Informe 35/09, de 1 de febrero de 2010. «Incompatibilidad de concejales».

Clasificación de los informes: 6. Prohibiciones para contratar. 6.2. Incompatibilidades.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Poio (Pontevedra) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

«Luciano Sobral Fernández, D.N.I. 35250235 y domicilio a efectos de notificación en Praza Mosteiro nº 1, 36995, Poio (Pontevedra), Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Poio, en ejercicio de las facultades otorgadas por los artículos 21 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases del Régimen Local, 61 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia y 10 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales,

FXPONGO

Recientemente una concejal de este ayuntamiento sin dedicación parcial o exclusiva puso en conocimiento de esta Alcaldía su nombramiento como secretaria-administradora de comunidad de propietarios de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13.6° de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, de un inmueble sito en el término municipal en el que la entidad que presido es propietaria de local, formando parte de la junta de propietarios legalmente constituida contribuyendo con las aportaciones correspondientes a su debido funcionamiento.

En virtud de tal nombramiento, la concejal emite mensualmente factura de honorarios que es retribuida por la comunidad con cargo a su presupuesto.

Dado el deber que pesa sobre la edil de solicitar la compatibilidad para el ejercicio de las referidas funciones, se desea conocer el parecer de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa por cuanto:

- El art. 178.2°.d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio de Régimen Electoral General, señala como causa de incompatibilidad con el cargo de concejal, ser contratista o subcontratista de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes.
- El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 7 de mayo de 2002, rec. núm.139/2002, en su fundamento jurídico cuarto señala:

"CUARTO. Vistos los antecedentes fácticos antes citados, resulta que el demandante es socio de una sociedad de responsabilidad limitada en un porcentaje aproximado del 50%, además de ser su administrador único. A este respecto en la STS de 16 Feb. 1998, resolviendo la concurrencia de la causa de incompatibilidad que nos ocupa respecto a un concejal que era el director gerente de la empresa suministradora de energía eléctrica del Ayuntamiento, se afirmó que «las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones o al menos desviaciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, de suerte que, siendo este el principio general, si el artículo 178 de dicha Ley Orgánica se refiere a los "contratistas o subcontratistas", no cabe extender la causa de incompatibilidad a quienes no lo son en realidad, por alta que sea su función en la empresa de que se trate». Por tanto, la condición de administrador en el demandante no puede incardinarse en el concepto de contratista o subcontratista establecido en la LO 5/1995, sino más bien su condición de socio, que por no ser tampoco única o en exclusiva, ofrece a esta Sala dudas en consideración a los anteriores argumentos.

Ahora bien, de lo que no cabe duda alguna es que la Mancomunidad es en este momento una de las partes contratantes (por subrogación) y es en relación con ella con la de debe examinarse la concurrencia de la incompatibilidad discutida. Configurada aquélla por la LBRL en su art. 3.2.d) como una entidad local, el art. 44.2 dispone que «Las Mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus estatutos propios». Así pues, es a la Mancomunidad a la que presta sus servicios la empresa, y que como ente local diferente de los municipios que la integren en cada momento (cabe su separación voluntaria o por sanción), tiene su propia personalidad jurídica, por lo que la mención que el art. 178.2.d) realiza al Ayuntamiento o establecimientos de él dependientes no se da en este caso, por no existir dependencia alguna. Abundando en tal idea los propios estatutos, que son su norma básica, así lo reconocen (art. 4 «personalidad»), en diversos aspectos tales como contar con potestad propia de contratación (art. 6.1.g), su propia organización y administración (Capítulo Tercero), sus propios fines (art. 7.1.b)) para lo que goza de propia competencia 8art, 7.2) y sus propios recursos económicos (art. 25), entre los cuales se encuentran como uno más, «las cuotas y otras aportaciones de los Ayuntamientos mancomunados». Así pues no puede considerarse, como se sostiene por el Ayuntamiento demandado, que su aportación para el servicio

de recogida de basuras constituya una financiación indirecta del mismo, porque son los recursos económicos propios de la Mancomunidad los que los financian, diferentes de los recursos de cada Municipio integrante de aquélla, aunque en un momento dado, como se certificó por la Secretaría de la Mancomunidad, la factura total del servicio prestado se abone con la cantidad que aporte cada municipio en función de su número de habitantes. La personalidad jurídica propia y diferenciada de la mancomunidad, reiteramos, impide apreciar la concurrencia de la causa de incompatibilidad aplicada, de modo que el acto recurrido, por suponer una restricción innecesaria e ilegítima del derecho del demandante a mantenerse en el cargo público de representación política de concejal para el que fue designado por infracción del ordenamiento jurídico (art. 178.2.d) de la LO 5/1985) determina la vulneración de tal derecho fundamental y conlleva, por tanto, la estimación del recurso interpuesto".

— No obstante, del informe 52/1999, de 21 de diciembre de esa Junta Consultiva se desprende la aplicación del régimen de incompatibilidades previsto en el citado art. 178.2°.d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, tanto a los contratos administrativos como a los privados que pueda concertar la Administración conforme actualmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público indicando así mismo como"... elemento básico de la incompatibilidad cual es el de que los concejales , vía contractual, perciban fondos del Ayuntamiento".

Teniendo en cuenta que el contrato de administración de finca aún de carácter privado que une a la concejal con la junta de propietarios es financiada con cargo al presupuesto de la comunidad en el que participa con sus cuotas el Ayuntamiento, asumiendo así su financiación parcial aunque sea de manera indirecta; que la prestación de servicios se realiza no meramente como socio sino como administrador y único titular de la sociedad que expide las facturas por la prestación de tales servicios; la existencia de órgano interpuesta como es la junta de propietarios y la doctrina jurisprudencialmente sentada por el Tribunal Supremo de aplicar las incompatibilidades previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de manera restrictiva,

SOLICITO

Se emita informe en el que se recoja pronunciamiento sobre la posible existencia de incompatibilidad sobrevenida para el ejercicio del cargo de concejal».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

- 1. La consulta formulada por el Alcalde de Poio (Pontevedra) se refiere a la consideración de si existe un supuesto de incompatibilidad desde la perspectiva de la legislación reguladora del régimen electoral y desde la que deviene de la legislación de contratos respecto de una persona que ostenta la condición de concejal del Ayuntamiento y al propio tiempo es secretario y administrador de una comunidad de propietarios de la cual es miembro el Ayuntamiento como propietario de un local, por entender que al contribuir a la misma por sus aportaciones de fondos correspondientes entiende que de manera parcial, se están retribuyendo con cargo al presupuesto del Ayuntamiento los honorarios que percibe la concejal, no en su condición de tal, por tales servicios que son de carácter privado.
- 2. Como es conocido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa es el órgano consultivo específico de la Administración General del Estado en materia de contratación administrativa sin que en las funciones que le están asignadas estén incluidas competencias referidas al régimen general electoral. En tal sentido no debe la misma versar en sus consideraciones sobre la interpretación que respecto del supuesto que se plantea puedan referirse a las que devienen de la posible aplicación de las citadas normas, limitándose así a expresar su criterio respecto de la interpretación solicitada en cuanto corresponda a la legislación en materia de contratos
- 3. Del planteamiento expuesto por el Alcalde de Poio no se alcanza a comprender una posible incompatibilidad por cuanto un secretario administrador de una comunidad de propietarios es remunerado por la propia comunidad que administra y no por los miembros de la misma que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 9.1 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal, contribuye con sus aportaciones de fondos, ya sea por cuotas o por derramas al sostenimiento de misma entre cuyas obligaciones se encuentran los honorarios que la Comunidad de Propietarios, no el Ayuntamiento, paga a quien le presta los servicios de secretario y

administrador. Tales aportaciones de todos los propietarios se integran en el presupuesto de la comunidad y no se distingue por las aportaciones de cada miembro de la misma.

Como advierte en su escrito el Alcalde de Poio la relación con el secretario administrador resulta de un contrato privado que une a éste con la comunidad de propietarios, cuya actividad, como comentamos, está financiada con cargo al presupuesto de la misma.

En tal sentido, no existe relación alguna de la que resulte de aplicación lo dispuesto en el artículo 49 de la Ley de contratos del sector público de una posible incompatibilidad a la situación expuesta en la consulta.

CONCLUSIÓN

En base a cuanto se ha puesto de manifiesto, debe concluirse que la actividad privada como Administradora Secretaria de una Concejal no constituye causa de incompatibilidad que permita apreciar la existencia de prohibición de contratar con arregla al artículo 49.1 f) de la Ley de Contratos del Sector Público.