

Informe 28/04, de 7 de junio de 2004. «Incompatibilidad de una concejala para ser concesionaria de explotación de un bar propiedad del Ayuntamiento».

Clasificación de los informes: 6.2. Prohibición para contratar. Incompatibilidades.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Monterrubio de la Serena (Badajoz) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguientes escrito:

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Monterrubio de la Serena cedió en precario a la Asociación de Pensionistas de la localidad el Bar-Cafetería del Hogar de Pensionistas, dependencia municipal, por acuerdo de Pleno.

Que la Asociación de Pensionistas procedió a conceder la explotación, mediante contrato, a D^a Sonia Partido Núñez, quien continúa explotando dicho bar, hasta el presente.

Que siendo concesionaria del servicio, es elegida concejala en el proceso electoral de Mayo de 2003.

Que con fecha 29 de diciembre de 2003, en sesión plenaria celebrada en el Ayuntamiento de Monterrubio de la Serena se procedió a rescatar la explotación de dicho servicio por el Ayuntamiento, poniendo fin a la cesión en precario efectuada a favor de la Asociación de Pensionistas, quedando a la espera de renegociar las condiciones de explotación entre la concesionaria en ese momento, Da Sonia Partido Núñez, concejal del Ayuntamiento, y el Ayuntamiento.

Ante esta situación

SOLICITAMOS

Informe sobre la legalidad de la continuación de la concesión para la explotación del servicio por parte de D^a Sonia Partido Núñez una vez elegida concejal estando cedido en precario dich bar a la Asociación de Pensionistas.

Informe sobre la legalidad de la subrogación del contrato de concesión siendo titular nuevamente el Ayuntamiento de Monterrubio de la Serena, por haberse puesto fin a la cesión en precario antes aludida, continuando D^a Sonia Partido Núñez como concesionaria siendo concejal en activo.

En el supuesto de que la Concejala aludida incurra en caso de incompatibilidad en base al arto 20 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas y su remisión a la Ley Electoral, procedimiento a seguir para la declaración de incompatibilidad de la concejala, para la revocación, renovación o apertura de nuevo concurso de concesión.

A la vista de que el contrato de concesión supuestamente subrogado por el Ayuntamiento de Monterrubio de la Serena tenía vigencia de un año, ya cumplido, y existiera incompatibilidad entre la concesión y el cargo de concejal, indemnización si procede por parte del Ayuntamiento a la concesionaria caso de no renunciar a su condición de concejala..

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como resulta del escrito de consulta, a efectos de emisión del presente informe, conviene distinguir, de un lado, la fase de cesión "en precario" a la Asociación de Pensionistas del Bar Cafetería del Hogar de Pensionistas y la concesión por la citada Asociación de la explotación a D^a Sonia Partido Núñez, elegida concejala en el proceso electoral de mayo de 2003 y, de otro lado, la situación que se produce cuando una vez rescatado el servicio por el Ayuntamiento se está "a la espera de negociar las condiciones de explotación entre la concesionaria en ese momento, D^a Sonia Partido Núñez, concejal del Ayuntamiento y el Ayuntamiento".

2. Respecto a la primera fase –cesión en precario por el Ayuntamiento a la Asociación de Pensionistas y concesión por esta última de la explotación por contrato a la posteriormente elegida concejala-, aunque resulta evidente la insuficiencia de datos y la dificultad, por ello, de entender ciertos conceptos como la cesión en precario y la cesión por contrato de la explotación, lo cierto es que esta fase no requiere pronunciamiento alguno de esta Junta por tratarse de un contrato celebrado por una Entidad privada como es la Asociación de Pensionistas con una persona privada como es la que posteriormente es elegida concejal por lo cual resulta ocioso plantearse cualquier cuestión de incompatibilidad para contratar con las Administraciones Públicas, único extremo sobre el que debe pronunciarse esta Junta.

3. En cuanto a la segunda fase –rescatado el servicio por el Ayuntamiento y renegociación de las condiciones de explotación- aunque también resulta evidente la insuficiencia de datos, se produce a juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa una situación en la que procede que el Ayuntamiento adjudique un nuevo contrato para la explotación del bar cafetería del Hogar de Pensionistas y, sin que sea procedente, exclusivamente con los datos facilitados, pensar en la subsistencia de una explotación concedida por una Asociación que la tenía “en precario”.

En la nueva adjudicación que puede realizar el Ayuntamiento es donde deberán entrar en juego el sistema de incompatibilidades que aplicando los reiterados criterios de esta Junta en relación con el artículo 20 letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General en el sentido de que “en definitiva, en tales criterios (se refiere a los de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) se determina que la incompatibilidad de Alcaldes y Concejales viene establecida en el artículo 20, apartado e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y que, por remisión al artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, existe, respecto de los Alcaldes y Concejales para los contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes, habiéndose sostenido, por otra parte que la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha derogado de manera expresa el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, por lo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, cualquiera que fuese la opinión que se sustentase sobre la subsistencia anterior de su artículo 5, que establecía una serie de incompatibilidades para ser contratista de obras y servicios, debe considerarse expresamente derogado sin que pueda ya surtir efectos en orden a la apreciación de las causas de incompatibilidad en dicho artículo establecidas, en particular la de su apartado 4 que consideraba incompatibles para ser contratista de obras y servicios públicos a las sociedades en las que el concejal, entre otras personas que mencionaba, tuviese al ser nombrado o adquiriese posteriormente más del 10 por 100 de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente en sus beneficios u ostentase en ellas algún cargo directivo”. Informes de 18 de diciembre de 1996 (expediente 60/96) dos de 30 de octubre de 2000 (expedientes 28/00 y 36/00) y de 13 de noviembre de 2001 (expediente 29/01).

Por otra parte para el supuesto de que el contrato no produzca gasto para el Ayuntamiento habrán de tenerse en cuenta los criterios de inexistencia de incompatibilidad expuestos por esta Junta en sus informes de 21 de diciembre de 1999 (expediente 55/99) reproducido en los de 17 de noviembre de 2003 (expediente 45/03) y en los de 12 de marzo y de esta misma fecha de 2004 (expedientes 48/03 y 43/04).

4. Por último en cuanto a las cuestiones planteadas sobre declaración de incompatibilidad y sobre indemnización por cese en la explotación, respecto a la primera el artículo 21.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas declara que la prohibición de contratar en el supuesto de la letra e) del artículo 20 se aprecia de forma automática por los órganos de contratación y en

cuanto a la segunda es difícil su admisión por cuanto la situación no es imputable al Ayuntamiento sino a la Asociación de Pensionistas que actúa en precario, situación que debió ser conocida al firmar con aquella contrato de explotación.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, aparte de la insuficiencia de datos suministrados, la cuestión de incompatibilidad de Alcaldes y Concejales habrá de ser resuelta de conformidad con el artículo 178 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General según criterios reiteradamente expuestos por esta Junta.