

Informe 10/2010, de 15 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Procedimiento para la adjudicación de un contrato patrimonial. Necesidad de pliego de condiciones. Las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP y los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Alcaldesa de Lumpiaque (Zaragoza) se dirige con fecha 10 de septiembre de 2010, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«1.- Este Ayuntamiento tiene intención de adquirir mediante compraventa un inmueble situado en esta localidad, de propiedad particular, para lo que se cuenta con una subvención del Gobierno de Aragón.

2.- Dicho inmueble según informe realizado por el Jefe de Servicio de Restauración de la Excm. Diputación Provincial de Zaragoza, “puede fecharse en el siglo XVIII y perteneció al Conde de Aranda”.

3.- El procedimiento previsto, es el negociado con un único adjudicatario, al amparo del artículo 17.3 a) del Decreto 347/2002, de 19 de noviembre de Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de Bienes Actividades Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, (por las características de singularidad y especificidad histórica, cultural, artística, técnica o social de los bienes).

4.- El precio de tasación del inmueble es de 120.102,55 €.

5.- Los propietarios del inmueble son un total de 4 personas, siendo uno de ellos concejal de este Ayuntamiento, con una participación del 25% del total.

Ante las dudas surgidas en cuanto a la preparación y adjudicación de este contrato patrimonial, y las incompatibilidades en que pudiera incurrirse, se formula consulta a esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, a fin de que se emita dictamen sobre los siguientes aspectos:

1.- Cual es el procedimiento y forma de adjudicación de este contrato, así como si es obligatorio la elaboración de un pliego de condiciones y la inclusión en el mismo de las prohibiciones de contratar del Art. 49 de la vigente Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público.

2.- Si los miembros de la Corporación están o no afectados por incompatibilidad para suscribir contratos de naturaleza patrimonial con el

Ayuntamiento, en los que el contrato va a ser financiado por el Ayuntamiento, aún cuando se cuente con una subvención para este fin.».

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 15 de septiembre de 2010, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para solicitar informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Lumpiaque (Zaragoza), es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

II. Sobre el procedimiento y forma de adjudicación del contrato, la obligatoriedad del pliego.

Como adecuadamente indica la consulta, el procedimiento para la compra de inmuebles viene establecido en el artículo 17.1 Decreto 347/2002, de 19 de noviembre del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes Actividades Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón. El apartado 3 de este mismo artículo señala que será el concurso la forma ordinaria para la adquisición de bienes a título oneroso. No obstante, podrá

realizarse la adquisición por el procedimiento negociado en los siguientes supuestos:

«a) Cuando así lo requieran las características de singularidad y especificidad histórica, cultural, artística, técnica o social de los bienes.

b) Cuando sea determinante de la adquisición el emplazamiento o situación concreta del inmueble que se precise adquirir.

c) Cuando existan circunstancias imprevisibles que justifiquen lo inaplazable de la adquisición y que no puedan lograrse mediante la tramitación urgente.

d) Siempre que su precio no exceda de 30.050,61 euros o, en su caso, de la cuantía establecida por la normativa de contratos de las Administraciones públicas para la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad».

Dado que, como se indica en la consulta, se trata de un inmueble que reúne determinadas condiciones de singularidad, *«es del siglo XVIII y perteneció al Conde de Aranda»*, nos encontramos en el supuesto de aplicación del apartado a) de dicho artículo. Sin que sea necesario insistir más sobre este particular.

Se consulta, expresamente, si es obligatoria la elaboración de un pliego de condiciones, en el procedimiento en el que se sustancie el contrato de adquisición del inmueble que pretende el Ayuntamiento de Lumpiaque, y la inclusión en el mismo de las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP. Del tenor de la consulta, cabe deducir que lo que se pretende saber, en definitiva, es si dicho documento es imprescindible. Dicho en otros términos, si la existencia del mismo afecta a la validez del procedimiento o del contrato.

La razón de la consulta deriva del artículo 174.3 de la Ley 7 /1999 de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, cuando dispone que la adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de las normas sobre contratación, tenor que acompaña al artículo 17.1 Decreto 347/2002, de 19 de noviembre de Gobierno de Aragón por el que se aprueba el Reglamento de Bienes Actividades Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón. Pues bien, en la medida en que los contratos patrimoniales han sido excluidos de la aplicación de la LCSP, como luego se dirá, estos reenvíos resultan en la práctica carentes de efectividad.

En todo caso, esta exclusión del ámbito de aplicación de la LCSP no significa que no sea necesario la elaboración de un pliego de condiciones de ejecución del contrato. En el orden común de las cosas se entiende por «*necesario*» todo aquello que es menester o preciso por la carencia o exigencia que satisface. La lógica del procedimiento negociado aconseja la aplicación analógica de las reglas del artículo 93 LCSP, que regula la iniciación y el contenido del expediente de contratación y que exige la incorporación al expediente del pliego de cláusulas administrativas particulares y del de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato. Bien es cierto que esta exigencia no se extiende a todos los contratos que se encuentran en el ámbito objetivo de aplicación de la LCSP, pues el precepto citado sustituye la existencia de dicho documentos por un «*documento descriptivo*», para los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. En definitiva, de cara a preservar la esencia del procedimiento de enajenación, y en ausencia de regulación específica, debe existir en el expediente un “pliego de condiciones” que defina y determine el objeto del contrato, su régimen jurídico, sus efectos, duración del contrato, criterios de negociación (en el procedimiento negociado), pago del inmueble, cumplimiento y extinción, especificación del régimen fiscal (sujeción al Impuesto sobre el Valor Añadido o al Impuesto de Trasmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados); y contener los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, y las demás menciones que sean necesarias para el buen fin del contrato.

Es indiferente, a los efectos que interesan, que el documento que contenga y defina el objeto del contrato sea denominado, en el expediente que se instruya, pliego de cláusulas administrativas particulares, «*documento descriptivo*», o cualquier otra denominación que responda a la naturaleza del mismo, es decir, que contenga los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato.

En este orden de cosas, ese documento es necesario, tanto desde el punto de vista material, de la regulación del alcance y extensión de los efectos del

contrato, como del formal, de la formación de la voluntad del órgano de la entidad local a quien corresponda la competencia para la aprobación del negocio jurídico concreto.

III. La exclusión de los contratos patrimoniales de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), y la comunidad de bienes como sujeto del contrato patrimonial. Aplicación de las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP a los contratos patrimoniales de las entidades locales.

Sobre la inclusión en el pliego de condiciones de las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su Informe 4/2009, de 15 de abril —al que nos remitimos con carácter general—, ya tuvo ocasión de pronunciarse sobre la exclusión, en el artículo 4.1 p) LCSP, de su ámbito de aplicación, de los denominados «*contratos patrimoniales*»; esto es, los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial.

Es cierto, sin embargo, que la exclusión de estos contratos de la LCSP en modo alguno es absoluta; primero porque la Disposición Adicional Segunda de la propia LCSP contempla las reglas referentes a las competencias de los órganos de contratación de las entidades locales referidas a los contratos patrimoniales y segundo porque, de conformidad con el artículo 4.2 LCSP, los contratos, negocios y relaciones jurídicas excluidos se regulan por sus normas especiales, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Como se indicaba en el informe referido, en la actualidad y conforme al artículo 4.1 p) y o) de la LCSP —que es exigencia del Derecho Comunitario, en

particular de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo (considerando 24) en cuanto considera que los contratos relativos a la adquisición o arrendamiento de bienes inmuebles o relativos a derechos respecto de dichos bienes, revisten características especiales, debido a las cuales no resulta adecuada aplicar a esos contratos las «*normas de adjudicación*» de la Directiva— por «*contratos patrimoniales*» hay que entender aquellos contratos regulados en la normativa patrimonial de las Administraciones Públicas.

De lo expuesto se deduce que los contratos patrimoniales de las Administraciones Públicas se rigen, como regla general, por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) en los aspectos que la Disposición Final segunda califica de carácter general, o de carácter básico; las demás normas, tanto de la Ley 33/2003, como de la propia Ley 30/2007, en lo que pudieran resultar aplicables con carácter supletorio. Para la Administración Local será de aplicación la Disposición Adicional Segunda LCSP.

En cuanto a las remisiones que la Ley 7/1999, de 9 de abril de Administración Local de Aragón, hace a las normas de contratación en materia de adquisición de bienes, hay que señalar —tal y como se indicó en el Informe 4/2009 de esta Junta— que, en la medida en que los contratos patrimoniales han sido excluidos de la aplicación de la LCSP, estos reenvíos, ya lo hemos indicado, resultan en la práctica carentes de efectividad. Nos referimos al artículo 174 de la Ley 7/1999, de 9 de abril de Administración Local de Aragón (referente a la adquisición de bienes) establece que «*la adquisición de bienes a título oneroso exigirá el cumplimiento de las normas sobre contratación*»; y al artículo 184 (referente a la utilización de los bienes patrimoniales) dispone que «*el arrendamiento y cualquier otra forma de cesión de uso de los bienes patrimoniales se regirán por la normativa reguladora de la contratación*». Como, también, al Decreto 347/2002, de 19 de noviembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes, Actividades, Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, que contiene diversas referencias a la

aplicación de la normativa reguladora de la contratación de las Administraciones Públicas en relación con el régimen jurídico de los bienes patrimoniales (artículos 17.1; 83.1; 86.1; 100.1).

Es oportuno señalar que, según el escrito de consulta de la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Lumpiaque, el inmueble que desea adquirir el Ayuntamiento —un edificio singular por su carácter histórico— pertenece a una comunidad de bienes. La comunidad de bienes es una figura jurídica reguladora de una situación jurídica, normalmente transitoria, la situación de copropiedad, que se basa en la existencia de una propiedad común y proindivisa de bienes o derechos, pertenecientes a diferentes titulares de forma conjunta y simultánea, y cuyo régimen jurídico resulta de las disposiciones del Código Civil (Título III Libro II).

El Código Civil define el condominio de forma imprecisa en su artículo 393 al decir que: «*Hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o derecho pertenece proindiviso a varias personas*». Pues bien, la simple comunidad de bienes, carece de personalidad jurídica y por tanto no puede ser titular de derechos y obligaciones, recayendo, tanto aquellos como estas, sobre los diversos miembros que integren la comunidad. Aunque no es menos cierto que, en ocasiones, la jurisprudencia o la legislación otorgan a las simples comunidades cierto grado de capacidad, atribuyéndoles responsabilidad administrativa por los actos que lleven a cabo, o permitiendo (en aplicación del artículo 181 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria) la imposiciones de sanciones fiscales por ser sujeto pasivo la comunidad, aun careciendo de personalidad jurídica, puede verse al respecto la sentencia del TSJ de Asturias de 14 de Enero de 1998. De hecho, las comunidades de bienes son reconocidas en el artículo 35 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, como entes sin personalidad jurídica pero con capacidad de obrar en el tráfico jurídico, y por tanto sujetos pasivos sometidos a tributación.

Es decir, en el condominio hay una pluralidad de sujetos que se confunden en una unidad, sin constituir una persona jurídica, y que requiere para la disposición del bien —enajenación— la unanimidad de los partícipes, según se deduce, a *contrario sensu*, de lo dispuesto en el artículo 398 del Código Civil. La sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 1990, alude a la falta de capacidad de contratar de los partícipes de la comunidad cuando no hay unanimidad, como falta de consentimiento, requisito que, unido al objeto cierto y a la causa de la obligación, son los necesarios para la existencia de todo contrato.

Pues bien, si fuera de aplicación la LCSP a los contratos patrimoniales, habría que convenir la imposibilidad de que, la comunidad de bienes propietaria del inmueble que desea adquirir el Ayuntamiento de Lumpiaque, tuviera capacidad para contratar con el Ayuntamiento, pues el artículo 43 LCSP establece que *«Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas»*, y, como ya se ha dicho, la comunidad de bienes carece de personalidad jurídica, y por tanto no puede ser titular de derechos y obligaciones. Y es que las normas de capacidad de obrar en los contratos patrimoniales, al igual que en el resto de los contratos del sector público, son las propias de los ordenamientos civil y mercantil, y el ordenamiento civil sí que reconoce capacidad de obrar a la comunidad de bienes, cuando actúa por acuerdo unánime de los copropietarios, para la enajenación de los bienes que le pertenecen.

Finalmente, la exclusión con carácter general de los contratos patrimoniales en la LCSP, como consecuencia de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, implica la no aplicación a los contratos patrimoniales de las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP. El legislador ha modificado el régimen jurídico de los contratos patrimoniales (opción adoptada igualmente por Ley Foral 6/2006, de

9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra). Los contratos patrimoniales en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ex artículo 5.3 TRLCAP, se encontraban en el ámbito objetivo de su aplicación, en cuanto a su preparación y adjudicación; pero ahora deben estar únicamente a lo que disponga la legislación patrimonial, que nada dice de la aplicación a estos contratos de las causas de prohibición para contratar, de manera que es de aplicación el aforismo jurídico «*lex posterior derogat anterior*».

IV.- Sobre la incompatibilidad y el deber de abstención del concejal copropietario del condominio del inmueble.

En el escrito de consulta de la Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Lumpiaque se pregunta, además, sobre la existencia de un supuesto de incompatibilidad, derivada del hecho de que uno de los copropietarios del condominio (25% de la cuota del dominio del inmueble) es concejal del Ayuntamiento de Lumpiaque.

En principio es obligado manifestar que no es competencia, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, proceder al examen concreto de las incompatibilidades en que pueda incurrir los miembros de una Entidad Local, función que corresponde realizar al Pleno de la Corporación, según establece el artículo 10 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales.

Debe indicarse que la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), en su artículo 178.2.d), dispone la incompatibilidad para ser concejal de «*los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes*», pero, como ya se ha indicado, quien dispone la enajenación del inmueble, quien tiene la capacidad de contratar en la comunidad de bienes son los partícipes de la misma por unanimidad, ellos conforman el consentimiento del contrato, de manera que el contratista es la comunidad de bienes y no un partícipe en concreto. Ello es así, porque las

comunidades de bienes son reconocidas como entes sin personalidad jurídica, pero con capacidad de obrar en el tráfico jurídico, según se desprende de su regulación en el Código Civil y en el artículo 35 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

De otra parte, y como insiste la jurisprudencia, las causas de incompatibilidad no admiten una interpretación extensiva ni analógica, pues nuestro ordenamiento jurídico impide extender la normas restrictivas de derechos, como son los que establecen incompatibilidades o prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas, más allá de lo estrictamente previsto en la ley. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1989 sostiene que las causas de incompatibilidad con la condición de Concejal lo que contemplan, no es sino, una limitación legal para el ejercicio de derecho fundamental del artículo 23 de la Constitución, y como tales, no consienten una interpretación ni extensiva, ni mucho menos analógica y remite a la doctrina del Tribunal Constitucional, por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 45/1983, de 25 de mayo, y 8/1986, de 20 de febrero.

Finalmente, y para concluir sobre la razón de la incompatibilidad del artículo 178.2 LOREG, debe insistirse en la existencia o ausencia de toda idea mercantil que supone aquella condición de contratista a la que el precepto indudablemente se refiere. Incluso, en estos supuestos, la Junta Electoral Central no aprecia la concurrencia de causa de incompatibilidad, con la condición de concejal en el socio de una sociedad limitada (gasolinera única en el municipio) que suministraba al Ayuntamiento, así en el Acuerdo de 27 de septiembre de 1999. En el mismo sentido La Junta Electoral Central, en el Acuerdo de 8 de junio de 2001, considera que no permite configurar como contratista o subcontratista, en los términos del artículo 178.2 LOREG, la participación minoritaria de una concejala en una empresa que suministraba materiales al Ayuntamiento.

Cuestión distinta es que el concejal del Ayuntamiento de Lumpiaque, copropietario del condominio del inmueble que pretende adquirir el Ayuntamiento, incurra en la obligación legal de abstención.

Hay que indicar, con carácter previo, que no se especifican en la consulta los datos necesarios para poder determinar, conforme a la Disposición Adicional Segunda LCSP, si la competencia de la adquisición del inmueble corresponde al Pleno del Ayuntamiento de Lumpiaque o a su Alcaldesa. La Disposición Adicional Segunda LCSP establece que la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial, cuando su valor no supere el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto, ni el importe de tres millones de euros, corresponde al Alcalde, y corresponde al Pleno, la adquisición de bienes inmuebles y derechos sujetos a la legislación patrimonial cuando no estén atribuidas al Alcalde, y de los bienes declarados de valor histórico o artístico, cualquiera que sea su valor.

En todo caso, y de acuerdo con el artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local; y el artículo 21 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales, los concejales deben abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto, cuando concurra alguna de las circunstancias referidas en la ley de procedimiento administrativo y la legislación en materia de contratos públicos.

El artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, establece como causa de abstención: «*Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado*».

El «*interés personal*» concurre cuando la actuación de la entidad local, para la que se exige la abstención, puede producir consecuencias en la esfera jurídica del concejal actuante, o le puede reportar cualquier clase de beneficio o ventaja personal. El interés ha de ser propio, particular y directo, y en este caso es obvio que existe, y la participación indebida del Concejal, cuando existe causa de abstención, puede originar la nulidad de pleno derecho del acuerdo adoptado en el órgano colegiado, si su participación mediante la emisión de su voto, ha sido esencial para la formación de voluntad de dicho órgano.

III. CONCLUSIONES

I. El procedimiento para la adjudicación de este contrato, conforme a lo establecido en el artículo 17.1 Decreto 347/2002, de 19 de noviembre de Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes Actividades Servicios y Obras de las Entidades Locales de Aragón, es el procedimiento negociado por concurrir el supuesto del apartado a) de dicho precepto.

II. Es necesario que en el expediente, en que se formalice el procedimiento de adquisición, exista un documento que contenga y defina el objeto del contrato, su régimen jurídico, sus efectos, cumplimiento y extinción, contenga los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes, y las demás menciones que sean necesarias para el buen fin del contrato.

III. La exclusión, con carácter general, de los contratos patrimoniales en la LCSP, como consecuencia de la Directiva 2004/18 de 31 de marzo, implica la no aplicación a los contratos patrimoniales de las prohibiciones de contratar del artículo 49 LCSP.

IV. El examen concreto de las incompatibilidades en que pueda incurrir los miembros de una Entidad Local, y la declaración en su caso de las mismas, es

una función que corresponde realizar al Pleno de la Corporación, según establece el artículo 10 del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las Entidades locales. En todo caso, el concejal del Ayuntamiento de Lumpiaque, copropietario del condominio del inmueble que pretende adquirir el Ayuntamiento, incurre en la obligación legal de abstención.

Informe 10/2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 15 de septiembre de 2010.