

Posible incompatibilidad entre el cargo de concejal de urbanismo, con dedicación parcial, y el ejercicio de la actividad profesional de arquitecto dentro del mismo término municipal

Carmen Fibla Nicolau
*Letrada del Servicio
 de Asistencia Jurídica Local
 de la Diputación de Barcelona*

1. Consulta

El Ilustre Alcalde de un ayuntamiento de la provincia de Barcelona solicita la emisión de un informe jurídico sobre posibles incompatibilidades del concejal de Urbanismo del ayuntamiento que preside, ya que, además de su cargo en el consistorio, desarrolla la actividad profesional de arquitectura en un despacho propio dentro del término municipal.

2. Normativa aplicable

–Artículo 23.2 de la Constitución española.

–Artículos 6, 177 y 178 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general (en adelante, LOREG).

–Ley 53/1984, de 26 de septiembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

–Artículos 75 y 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del régimen local (en adelante, LRBRL).

–Artículos 13, 21 y 96 del Real decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el cual se aprueba el Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de los entes locales (en adelante, ROF).

–Artículos 428, 439, 441 y 443 del Código penal.

3. Antecedentes

Según indica el Ilustre Sr. Alcalde en el escrito de petición de informe:

–El concejal lo es de Urbanismo (en el municipio las licencias de obras dependen de otro departamento) y pertenece al grupo político que gobierna el municipio.

–En cumplimiento de lo que determinan los artículos 75 de la LRBRL, y 30 y 31 del ROF, en la declaración que

presentó al inicio de la legislatura, relativa a los bienes, los intereses y las actividades que desarrolla, hizo constar que trabajaba en un despacho privado de arquitectura, del cual es titular, sin que, hasta este momento, constase ninguna objeción sobre este aspecto. En su vida profesional como arquitecto, elabora proyectos de obras de particulares (viviendas, parcelación, etcétera).

–Como concejal, realiza trabajos de estudio de planeamiento urbanístico para la ordenación futura del municipio.

–En el ayuntamiento, la concesión de las licencias de obras es competencia de la Comisión de Gobierno, de la que no forma parte el concejal de Urbanismo; el concejal asiste a las reuniones de la Comisión, por invitación expresa del alcalde.

–El concejal de Urbanismo no tiene dedicación exclusiva ni parcial: percibe una indemnización mensual igual que el resto de concejales por las horas que dedica a su cargo.

–El grupo de la oposición ha presentado una moción ante el Pleno, pidiendo su dimisión, en virtud de la presunta incompatibilidad de su cargo como concejal de Urbanismo, el cual, además, asiste a las comisiones de Gobierno y trabaja profesionalmente como arquitecto con despacho abierto en el mismo municipio. La oposición lo fundamenta en el hecho de que su cargo le puede proporcionar información, influencias o ventajas en beneficio de la labor que ejerce en el despacho profesional privado.

4. Respuesta

El estatuto de los miembros electos de las corporaciones locales lo encontramos recogido en los artículos 73 a 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. El artículo 75 ha tenido unas recientes e importantes modificaciones,¹ a las que nos referiremos a lo largo de este informe.

Por lo que respecta al régimen de incompatibilidades, el artículo 73.1 de la LRBRL señala que la determinación del número de miembros de las corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración de su mandato y los supuestos de inelegibilidad y *incompatibilidad*;² se regularán por la legislación electoral; es decir, nos encontramos (ante el caso de las incompatibilidades) con una remisión a la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

Las incompatibilidades a que se refiere la LOREG son incompatibilidades para acceder al cargo y mientras dure el mandato representativo como concejal. Por lo

1. Nos estamos refiriendo a la Ley 11/1999, de 21 de abril, y a la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

2. La cursiva es nuestra.

que respecta a los miembros locales, el régimen de incompatibilidades nos viene dado por los artículos 177³ y 178 de la citada ley orgánica. Podemos apreciar, de la lectura conjunta de este articulado, que el concejal de Urbanismo del ayuntamiento,⁴ que también dispone de un despacho propio de arquitectura abierto al público en el mismo municipio, no incurre en ninguna de las incompatibilidades establecidas por el régimen electoral.

Ahora bien, esta afirmación merece una serie de apreciaciones a tener en cuenta, y veremos cómo las conclusiones a que nos conducirá nuestro razonamiento jurídico pueden no ser coincidentes con conclusiones meramente éticas o morales.

4.1. Naturaleza de los cargos representativos

El derecho fundamental de acceso a los cargos públicos, proclamado en el artículo 23 de la Constitución española, no alcanza a todo cargo público, sino que exige que estos cargos hayan sido elegidos y que ostenten la representación política en entes territoriales del Estado, entre los que se encuentran los ayuntamientos.

¿Qué quiere decir ser un cargo público? Quiere decir ser un cargo con representación política, que ha sido elegido por sufragio universal ciudadano y que ostenta el ejercicio de la representación otorgada en los órganos del Estado.

La representación es el fundamento del concepto de cargo público representativo y es el bien jurídico protegido por el derecho fundamental proclamado en el artículo 23.2 de la Constitución española. El cargo público no es concebido como “un puesto de trabajo” de su titular, sino como una “comisión” o “encargo”⁵ para realizar la voluntad de los órganos del Estado, de acuerdo con los vínculos que provienen de los electores.

Así, vemos cómo en la Administración pública concurren dos ámbitos diferenciados:

–Un ámbito que sirve con objetividad los intereses generales con sumisión plena al derecho; ámbito que precisa de funcionarios reclutados objetivamente, de acuerdo con criterios de selección previamente aprobados.

–Un ámbito que tiene como objetivo la determinación de esos intereses generales, por medio de representantes, que lo son de la voluntad popular y que permiten el ejercicio de la soberanía en concurrencia electoral. Entre sus funciones, los cargos públicos representativos tienen la elaboración de políticas públicas, y tienen que responder políticamente de los criterios que han esco-

gido y que han llevado a la práctica, ejecutándolos, los funcionarios.

4.2. Miembros electos de los entes locales: concejales con dedicación exclusiva

El artículo 75.1 de la LRRL, en relación con los miembros de las corporaciones locales con dedicación exclusiva, determina lo siguiente: “[...] Los miembros de las corporaciones locales percibirán retribuciones por el ejercicio de sus cargos cuando los desempeñen con dedicación exclusiva, en cuyo caso serán dados de alta en el régimen general de la Seguridad Social, asumiendo las corporaciones el pago de las cuotas empresariales que corresponda. [...] En el supuesto de tales retribuciones, su percepción será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas y de los entes, los organismos o las empresas de ellos dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas [...]”

Como vemos, el legislador se ha mostrado especialmente sensibilizado por el tema de las incompatibilidades retributivas y, en especial, por lo que respecta a retribuciones a cargo de presupuestos públicos. Pero después ha añadido la frase que, a nuestro entender, constituye la clave interpretativa de este artículo: “[...] así como para el desarrollo de otras actividades [...]”; a continuación, el artículo establece la remisión en bloque a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

Es decir, si bien de una primera lectura cabría entender que las incompatibilidades lo son a escala retributiva, cuando las contraprestaciones dinerarias (por los distintos puestos de trabajo) provienen del erario, una segunda lectura más atenta nos lleva a considerar que las incompatibilidades también lo pueden ser en razón a otros elementos (de coincidencia horaria y de asuntos), ya que el artículo habla de una incompatibilidad para desarrollar otras actividades que no sea la meramente representativa. Pero esta incompatibilidad para poder trabajar en otras actividades, que parece absoluta, se modula, cuando el legislador hace, a continuación, una remisión en bloque a la Ley 53/1984: si el concejal con dedicación exclusiva decide, además, desarrollar otro trabajo público o privado, nos tenemos que remitir a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, para ver si incurre (o no) en incompatibilidad para llevarla a cabo.

3. Artículo que contiene una remisión al artículo 6 de la misma ley.

4. Con dedicación parcial según información telefónica facilitada por el secretario del ayuntamiento.

5. Todas las comillas del párrafo son nuestras.

A estos efectos, es importante recordar lo que dice la exposición de motivos de esta ley, que, en principio, es aplicable únicamente a los funcionarios y al personal laboral al servicio de las administraciones públicas: “[...] La nueva regulación de las incompatibilidades contenida en esta ley parte, como principio fundamental, de la dedicación del personal al servicio de las administraciones públicas a un solo puesto de trabajo, sin más excepciones que las que demande el propio servicio público, respetando el ejercicio de *las actividades privadas que no puedan impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia* [...]. *Por otra parte, la regulación de esta ley exige de los servidores públicos un esfuerzo testimonial de ejemplaridad ante los ciudadanos, constituyendo en este sentido un importante avance hacia la solidaridad, la moralización de la vida pública y la eficacia de la Administración* [...]”⁶

Como vemos, esta declaración encomiable sólo se aplica al trabajador público, entendiendo como tal al funcionario y al contratado laboral; ahora, con la última modificación del artículo 75 de la LRBRL, este régimen se ha hecho también extensible al concejal con dedicación exclusiva; no incluye, sin embargo, al concejal con dedicación parcial, como tendremos ocasión de ver en el siguiente apartado del presente informe.

Así, pues, si un concejal rebasa lo que le es propio, que le es inherente, a saber, su representación política, es cuando el legislador considera que no tiene que concederle una protección especial, porque a esta persona nadie le está impidiendo el acceso al cargo ni el posterior mantenimiento en el mismo, sino que le está modulando el hecho de que quiera compatibilizar trabajos, tanto desde el punto de vista retributivo como desde el punto de vista de coincidencia horaria y de asuntos para tratar.

Nos encontramos, pues, ante dos bloques de incompatibilidades; ahora bien, las incompatibilidades que regula la Ley 53/1984 no son una incompatibilidades que tengamos que añadir a las que contempla el artículo 178 de la LOREG,⁷ sino que operarán cuando el concejal con dedicación exclusiva y remunerada pretenda desarrollar, además, una actividad no representativa, una actividad meramente profesional, ya sea en el campo público o en el campo privado.

Las incompatibilidades a que hace referencia la Ley orgánica del régimen electoral son unas incompatibilidades que van unidas a la vertiente representativa de los cargos electos. Es decir, si una persona se presenta como concejal de un municipio, el régimen de inelegi-

bilidad y de incompatibilidad a que se encuentra sometido es el previsto en los artículos 177 y 178 de la LOREG, mientras que si este concejal, que ostenta como tal la representación popular, decide llevar a cabo una actividad profesional paralela, cuando quiere compaginar la representación (en este caso, un régimen de dedicación exclusiva) y la profesión (dentro del ámbito público o privado), el legislador lo ha querido equiparar al trabajador que forma parte de la Administración.

El legislador ha hecho esta equiparación para que el órgano administrativo decida, con adecuación a la normativa aplicable, si la compatibilidad de trabajos es posible, teniendo en cuenta el horario de ambos trabajos, y las retribuciones y la posible coincidencia de los asuntos a tratar. Sólo conociendo estos datos se podrá llegar a decidir si la compatibilidad es (o no) posible.

Evidentemente, en el caso de producirse una hipotética incompatibilidad, el concejal podría renunciar a percibir la retribución de alguno de los puestos de trabajo que desarrollase en el sector público. Cabe recordar que, de acuerdo con lo que determina el artículo 13.4 del ROF, el nombramiento de un miembro de la corporación para un cargo que comporte la dedicación exclusiva, solamente supondrá la aplicación de este régimen en el caso de contar con la aceptación de lo propuesto: no estaríamos, pues, ante un nombramiento automático, sino que la aceptación se configura como un requisito constitutivo de la condición de miembro electo con determinada dedicación.

Lo mismo se puede predicar cuando el puesto de trabajo a compatibilizar se encuentra en el sector privado, ya que, en aplicación del articulado de la Ley 53/1984, tendríamos que estudiar, caso a caso, si es posible la compatibilidad retributiva, horaria o de coincidencia de asuntos a tratar.

4.3. Miembros electos de los entes locales: concejal con dedicación parcial

Estas reflexiones, aplicables al concejal con dedicación exclusiva, no son, sin embargo, de aplicación al concejal con dedicación parcial: al margen de consideraciones éticas, lo cierto es que la norma diferencia claramente al representante con dedicación exclusiva del que la tiene parcial, y mientras que en el primer caso el legislador hace una remisión en bloque a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en el último, es decir, cuando el concejal tiene reconocida una dedicación parcial, únicamente se centra en el tema de incompatibilidades retributivas (cuando se perciben a cargo de presupuestos públicos)

6. La cursiva es nuestra.

7. Cosa que no podríamos hacer, porque nos estaríamos extralimitando (mediante una ley ordinaria) en los preceptos establecidos en una ley orgánica.

y de horarios; en cambio, el legislador no entra en el tema que, a nuestro entender, es el que más puede comprometer la imparcialidad que se tiene que predicar de las resoluciones administrativas, es decir, la confusión entre los intereses públicos y los privados, al tratar de los asuntos que tenga que conocer un concejal por razón de su cargo.

Las afirmaciones hechas en el párrafo anterior se desprenden claramente de la lectura conjunta de los artículos 75.2 de la LRRL y 5.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en la redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativa y del orden social.⁸

Por otra parte, resultaría ocioso, en algunos casos, entrar en la incompatibilidad horaria entre el trabajo dentro del ayuntamiento y el trabajo en la empresa privada, ya que ciertos concejales, al ser profesionales liberales que se fijan ellos mismos los horarios de trabajo, no encontrarían ningún obstáculo para cumplir temporalmente las funciones que les hayan sido atribuidas en razón de la representación que ostentan dentro del consistorio.

Tenemos que decir, asimismo, que hemos tenido acceso a un caso idéntico al consultado ahora, resuelto por el Tribunal Supremo, en Sentencia de 23 de enero de 1984,⁹ en el sentido de no apreciar ninguna incompatibilidad entre el desarrollo del cargo de concejal y el ejercicio libre de la profesión de arquitecto, dentro del mismo término municipal, al considerar que no se puede hacer extensible a los concejales el régimen de incompatibilidades aplicables a los arquitectos municipales. Arnaldo Arcubilla y Delgado Iribarren¹⁰ opinan que este pronunciamiento jurisprudencial, aun siendo anterior a la entrada en vigor de la LOREG, se puede interpretar, en la actualidad, en el mismo sentido.

A pesar de esta afirmación, opinamos que con la redacción actual del artículo 75 de la LRRL, si este concejal tuviera dedicación exclusiva, este pronunciamiento jurisprudencial seguramente no se hubiera producido en el mismo sentido, teniendo en cuenta la remisión que la LRRL hace a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, tal y como hemos apuntado en el párrafo dedicado a los miembros de las corporaciones locales con dedicación exclusiva.

Además, tampoco podemos obviar el hecho de que el concepto de cargo público se caracteriza por las ideas de desinterés privado y confianza pública: la responsabilidad de aspecto representativo tiene que dejar de lado los intereses particulares, por lo cual se nos hace

realmente difícil pensar que la imparcialidad o la independencia de un concejal (con dedicación parcial) no se vea comprometida cuando hay una coincidencia entre los asuntos públicos y los privados a tratar.

4.4. Miembros electos de los entes locales: concejal sin dedicación

Ya hemos visto, al analizar los dos apartados anteriores, que el legislador se ha centrado, por lo que respecta al tema de las incompatibilidades de los concejales, en que ostenten dedicación exclusiva (con una remisión en bloque a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre) o dedicación parcial (aquí, la incompatibilidad podría mostrarse, tanto desde el punto de vista retributivo como desde el punto de vista de horarios).

El legislador no dice nada de los casos en que un concejal no ostente ninguna dedicación. De hecho, este concejal no incurrirá en ninguna incompatibilidad retributiva, ya que sólo percibirá cantidades que no tienen la consideración de sueldos. Cuando no hay asignada dedicación, el concejal tiene derecho a percibir las indemnizaciones que le correspondan (previa justificación documental y si los gastos se han producido por razón de su cargo) y también cantidades dinerarias en concepto de asistencias efectivas a las reuniones de los órganos colegiados de la corporación.

Es difícil que el concejal sin dedicación incurra en incompatibilidades horarias, ya que no tiene asignado horario dentro de la corporación, a excepción de la asistencia a reuniones de órganos colegiados, o el que le marque puntualmente el alcalde por razón del volumen de los asuntos que tenga que conocer el departamento del que ostenta la dirección política.

Cuando estudiábamos el supuesto de las incompatibilidades en casos de dedicación parcial, decíamos que el legislador ha obviado entrar en el tema que más compromete la imparcialidad que se tiene que predicar de toda resolución administrativa: ha obviado entrar en la confusión que se puede producir entre los intereses públicos y los privados, al tratar de los asuntos que tenga que conocer un concejal por razón de su cargo. Siguiendo este tratamiento legislativo, con más motivo podríamos afirmar que cuando un concejal no tiene asignada la dedicación, no puede afectarle ninguna incompatibilidad.

Ahora bien, hay una serie de datos que sin duda tienen que centrar nuestra atención. En el caso que se no

8. Artículo, este último, que regula los casos en que un trabajador de la Administración local intenta compaginar este puesto de trabajo con el de cargo público electo. Esta situación permite compatibilizar las retribuciones procedentes de los dos puestos de trabajo, siempre que se desarrolle la labor de representación política fuera del horario de trabajo de la administración de la que sea funcionario o laboral. Ahora bien, ambas administraciones se ten-

drán que comunicar las jornadas y las retribuciones que perciba este trabajador.

9. Repertorio Aranzadi de jurisprudencia 1984\139.

10. ARNALDO ALCUBILLA, Enrique; DELGADO IRIBARREN, Manuel. "Código electoral", en *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados*. 3.ª edición. Madrid: Publicaciones Abella, 1999.

ha consultado, no encontramos ante un representante corporativo que, siendo concejal de Urbanismo:

–Dispone de un despacho de arquitecto dentro del municipio.

–En el despacho de arquitectura, del que es titular, elabora proyectos de obras que recogen las determinaciones del planeamiento urbanístico vigente en el municipio; planeamiento que ha sido elaborado por el departamento del que es responsable político.

–El departamento del que es responsable elabora y controla (bajo sus directrices) las determinaciones del planeamiento municipal que constituyen la base para que un proyecto de obras sea informado y obtenga, si procede, la correspondiente licencia de obras (que, en el municipio, es otorgada por la Comisión de Gobierno); no podemos olvidar que las licencias de obras son la última expresión de la ordenación urbanística: son la concreción de los planos urbanísticos y de los distintos instrumentos de planeamiento vigentes en un municipio.

–Es el responsable político del departamento que elevará propuestas relativas a la planificación y la ordenación del territorio municipal; propuestas que, posteriormente, serán resueltas por distintos órganos municipales, por razón de las competencias legalmente atribuidas.

Estos datos constituyen premisas que, a pesar de no estar incluidas en ninguna causa de incompatibilidad, no pueden dejar indiferente al operador jurídico; y este razonamiento aún puede llevarse más allá, al centrarnos en la información de la que dispone por razón de su cargo y que puede utilizar en su trabajo profesional. No se puede dejar al margen la interrelación existente entre el urbanismo y las licencias de obras: estas últimas sólo pueden otorgarse en el caso que el proyecto que las sustente cumpla con las determinaciones del planeamiento en vigor, y es este planeamiento el que elabora el departamento del que ostenta la representación política el concejal de Urbanismo.

Pero no queremos ser alarmistas; estas reflexiones lo son a título de reflejar hasta qué punto se muestra frágil la frontera que separa la imparcialidad y la parcialidad: conductas que, en el caso de ser traspasadas, tendrían que merecer una respuesta que, por lo que respecta a las situaciones de dedicación parcial y de no ostentar ninguna dedicación, no encuentran su ajuste legal en ninguna normativa electoral ni administrativa.

Nosotros pensamos que el peligro más grave que podría representar la actuación continuada del concejal del ayuntamiento sería su hipotético encaje en distintos

tipos definidos en el Código penal, que a continuación mencionaremos:

–El tipo definido en el artículo 428 del Código penal que se encuentra incorporado dentro del capítulo VI, dedicado al tráfico de influencias, y que determina lo siguiente: “[...] El funcionario público o autoridad que influyera en otro funcionario público o autoridad, prevaleciendo del ejercicio de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica con éste o con otro funcionario o autoridad para conseguir una resolución que le puede generar directa o indirectamente un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de prisión de seis meses a un año, multa del tanto al duplo del beneficio perseguido u obtenido, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si obtuviere el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior [...]”

–El delito tipificado en el artículo 439 del Código penal es, tal y como indica Quintero Olivares,¹¹ uno de los principales exponentes de la función supletoria que el derecho penal cumple en relación con la falta de aplicación o operatividad de otras ramas del ordenamiento jurídico: así, las conductas que están subsumidas en este delito suponen, en realidad, un incumplimiento del deber de abstención de funcionarios y autoridades. Este artículo determina lo siguiente: “[...] La autoridad o el funcionario público que, debiendo informar, por razón de su cargo, en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aprovechó de tal circunstancia para forzar o facilitar cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a cuatro años [...]”

–El artículo 441 tipifica la conducta siguiente: “[...] La autoridad o el funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizara, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviera destinado o del que dependa, incurrirá en las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años [...]”

En este artículo, el bien jurídico tutelado es el respeto del principio de imparcialidad en el ejercicio de funcio-

11. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo [et al.]. *Comentarios al nuevo Código penal*. Navarra: Aranzadi Editorial, 1996.

nes públicas: se trata de evitar la posible confluencia en la autoridad o el funcionamiento de intereses públicos y privados que puedan incidir en el ejercicio de sus funciones. Quintero Olivares¹² afirma, sin embargo, que con esta tipificación se elevan a la categoría de delitos meras infracciones disciplinarias.

—En último lugar, entre los delitos que suponen un abuso de las funciones del cargo, nos encontramos lo tipificado en el artículo 442 del Código penal, cuando determina: “[...] La autoridad o el funcionario público que haga uso de un secreto del que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo, o de una información privilegiada, con ánimo de obtener un beneficio económico para sí o para un tercero, incurrirá en las penas de multa de tanto al triplo del beneficio perseguido, obtenido o facilitado e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años. Si obtuviera el beneficio perseguido se impondrán las penas en su mitad superior. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a diez años. A los efectos de este artículo, se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto que se tenga exclusivamente por razón del oficio o el cargo público y que no haya sido notificada, publicada o divulgada [...]”

Con esta enumeración de conductas delictivas, no estamos significando que la conducta genérica del concejal se encaje en ninguna, sino que puede existir el peligro de poderse subsumir en alguna de ellas, en el caso de darse los elementos típicos de los tipos penales mencionados.

A título de ejemplo, citaremos cuatro sentencias recientes (de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo). Su contenido, en aquello que interesa a este informe, es como sigue:

a) Sentencia de 18 de julio de 1997 (RJ 1997/6238). El Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia que condenaba al recurrente como autor de un delito de prevalencia de cargo público incluido en el artículo 198 del Código penal de 1973 (en la actualidad, artículo 441 del Código penal, que no exige, sin embargo, la prevalencia). La conducta condenada consistió en la llevada a cabo por un alcalde que era administrador único o socio (*sic*) con otros familiares de distintas empresas de construcción y promoción de viviendas; una de estas empresas promotoras obtuvo con celeridad inusitada cuatro licencias municipales de obras, una de ellas obtenida el mismo día de la petición: incluso el mismo día, la Comisión de Gobierno del municipio ya había otorgado la licencia.

El recurso fue desestimado en su totalidad. Recordemos que el artículo 198 del Código penal sancionaba a la autoridad o el funcionario público que, valiéndose de su cargo, ejerciera alguna profesión directamente relacionada con la esfera de sus atribuciones oficiales o que interviniera directa o indirectamente en empresas o asociaciones privadas con ánimo de lucro. Destacaremos parte del fundamento de derecho cuarto de la sentencia:

“[...] A través de este mismo cauce casacional se interesa la aplicación retroactiva del nuevo Código penal, que se considera más favorable en cuanto se estima que no existe en el mismo un tipo correlativo o idéntico al aplicado artículo 198 del Código penal de 1973. Ahora bien, no nos encontramos en el caso actual ante un supuesto de absoluta despenalización de las conductas de los funcionarios o las autoridades que realicen legítimamente actividades privadas en el ámbito de los asuntos en que hayan de intervenir por razón de su cargo, pues dichas conductas siguen estando sancionadas a través del artículo 441 del nuevo Código penal, que si bien no exige expresamente el requisito de prevalimiento, lo cierto es que, atendiendo al fundamento material de su incriminación así como a la interpretación del tipo sujeta a su finalidad político-criminal y al bien jurídico que trata de tutelar, es indudable que recoge aquellos supuestos abusivos que exceden de la mera incompatibilidad administrativa [...]”

b) Sentencia de 14 de octubre de 1997 (RJ 1997/7603). El Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia que condenaba al alcalde recurrente como autor de un delito de prevalencia de cargo público incluido en el artículo 198 del Código penal (en la actualidad, artículo 441 del Código penal, que no exige, sin embargo, la prevalencia). La conducta condenada es la llevada a cabo por un alcalde que, condecorado que la corporación había encargado la elaboración de normas subsidiarias, recomendó la suspensión cautelar de las licencias de obras; el alcalde había adquirido acciones de una entidad urbanizadora, que tenía como objeto social la promoción, la construcción y la venta de viviendas y edificios. También era titular de acciones de otra entidad, cuyo objeto social era la comercialización de fincas rústicas y urbanas, y la construcción, la venta o la explotación de edificios y pisos. Ambas sociedades solicitaron la licencia de construcción de apartamentos en un barrio de municipio: en dos días fueron otorgadas por la Comisión de Gobierno, de la que formaba parte el alcalde, quien, además, votó a favor. Cuatro días más tarde, se convocó un Pleno y, fuera del orden del día, se sometió a deliberación la necesidad de suspender cautelarmente el otorgamiento de las licencias en el barrio

12. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo [et al.]. *Op. cit.*

donde se otorgaron cuatro días antes las licencias de las sociedades cuyas acciones poseía el alcalde: la propuesta fue aprobada por unanimidad; el alcalde también votó.

El recurso fue desestimado y se utilizaron fundamentos de derecho muy similares a los de la Sentencia de 18 de julio de 1997 (RJ 1997\6283).

c) Sentencia de 4 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9225). El Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia que absolvía a un alcalde como autor de los delitos de prevaricación, tráfico de influencias y malversación de caudales públicos. En este caso, el alcalde simultaneaba su cargo público con la profesión de aparejador: la sentencia es muy extensa, pero la parte que nos interesa es la que hace mención a si su conducta se puede incluir en el tantas veces mencionado artículo 198 del antiguo Código penal. El Tribunal entendió que:

“[...] El relato histórico de la sentencia recurrida no permite afirmar que el acusado se prevaliese de su cargo de alcalde para ejercer la profesión de aparejador en el pueblo del que era vecino. El acusado había ejercido antes libremente, puesto que no era aparejador municipal, dicha profesión y continuó ejerciéndola tras ser elegido alcalde –entre otras muchas razones porque ése era su medio de vida– comportándose, según se desprende de la declaración de hechos probados, de forma básico y generalmente correcta, puesto que, en la inmensa mayoría de los casos en que como profesional podía estar interesado en la concesión de una licencia de obras, se abstuvo de intervenir en las correspondientes deliberaciones y acuerdos de la corporación municipal. Es cierto que en algunos casos no se abstuvo, pero estas escasas y ocasionales infracciones del deber administrativo derivado de las normas que regulan las incompatibilidades de los funcionarios no pueden ser confundidas ni asimiladas a la conducta prevista en el artículo 198 del CP de 1973, que se configura como un delito de abuso de autoridad o función públicas –el núcleo del tipo es la prevalencia de la autoridad o función– realizado en ciertas condiciones de permanencia y continuidad y con perjuicio de los ciudadanos [...]. Acaso la mejor prueba de que la conducta del procesado no reprodujo en momento alguno el tipo de referencia, es la constatación, que encontramos en el segundo fundamento de derecho de la sentencia recurrida, de que la oposición política de la corporación municipal no halló nunca motivos para someter a revisión crítica el hecho de que el acusado simultanease el cargo de alcalde con la profesión de aparejador en la misma localidad [...].”

d) Sentencia de 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\10329). El Tribunal resuelve un recurso interpuesto contra la sentencia que condenaba a tres concejales de un ayuntamiento como autores del delito de negociaciones y actividades prohibidas a funcionarios públicos, incluido

en el artículo 401 del Código penal de 1973 (en la actualidad, artículo 439 del Código penal de 1995). Estos concejales contrataron para la corporación la realización de distintas obras y el suministro de materiales a dos empresas donde estaban integrados como presidente y como copropietario. Como dice la sentencia:

“[...] Ha de tenerse en cuenta finalmente que el artículo 401 del CP de 1973 no es un precepto penal en blanco que haya de integrarse por normas extrapenales, y que, por tanto, las reglas administrativas sobre prohibiciones e incompatibilidades desplegaran su operatividad en el campo jurídico administrativo, sin condicionar ni interferir la eficacia de las normas penales, según se señala en la sentencia de esta Sala de 13 de marzo de 1992 (RJ 1992\2258).”

Y finalmente:

“[...] Efectivamente, en el artículo 439 del CP de 1995 pueden apreciarse los elementos caracterizadores de la figura del 401 del CP de 1973, al contemplarse en ambos tipos la duplicidad de intervenciones del funcionario en un asunto, en calidad de tal, y como persona particular, movida por fines patrimoniales propios, y la prevalencia del cargo para la intromisión en el contrato u operación [...].”

Las consideraciones que se desprenden de este dictamen jurídico pueden resumirse en las siguientes conclusiones.

5. Conclusiones

Primera. El estatuto de los miembros electos de las corporaciones locales se encuentra recogido en los artículos 73 a 78 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local. Por lo que respecta al régimen de incompatibilidades, el artículo 73.1 de la citada ley nos señala que la determinación del número de miembros de las corporaciones locales, el procedimiento para su elección, la duración del mandato y los supuestos de ineligibilidad e incompatibilidad se regularán por la legislación electoral; en definitiva, nos encontramos con una remisión a la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general.

Segunda. En relación con los miembros electos locales, el régimen de incompatibilidades nos viene dado, en concreto, por los artículos 177 y 178 de la Ley orgánica 5/1985, de 19 de junio, del régimen electoral general. Ahora bien, se tendrá que hacer una distinción entre los miembros electos locales con dedicación exclusiva y los que tienen dedicación parcial, para apreciar el alcance legal de las incompatibilidades aplicables a cada uno de estos supuestos.

Tercera. De acuerdo con el contenido del artículo 75.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, los miembros electos de los entes locales con dedicación exclusiva tienen derecho a percibir retribucio-

nes en contraprestación a la dedicación. La percepción de las retribuciones es incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las administraciones públicas y de los entes, los organismos o las empresas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, en los términos que prevé la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas.

Cuarta. Una primera lectura del artículo 75 de la LRBRL nos da a entender que las incompatibilidades lo son únicamente a escala retributiva, en el caso en que las contraprestaciones dinerarias (obtenidas de los diversos puestos de trabajo) provengan del erario; una segunda lectura más atenta, sin embargo, nos lleva a considerar que las incompatibilidades obedecen también a otros elementos, como las coincidencias horarias y de conocimiento de asuntos.

Ahora bien, esta prohibición, que parece absoluta, la modula el legislador, cuando hace una remisión en bloque a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas; en definitiva, si un concejal con dedicación exclusiva quiere desarrollar, además, otro trabajo en el mundo público o en el mundo privado, nos tendremos que remitir al articulado de la Ley 53/1984, para ver si incurre (o no) en incompatibilidad para llevarlo a cabo y, por lo tanto, tendremos que valorar no sólo la incompatibilidad dineraria, sino la que se puede derivar de la coincidencia horaria y de tratamiento de asuntos: el legislador ha equiparado al concejal con dedicación exclusiva al trabajador de la Administración local.

Quinta. De acuerdo con el contenido del artículo 75.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, los miembros electos de los entes locales con dedicación parcial tienen derecho a percibir retribuciones en contraprestación a la dedicación efectiva prestada y, por lo que respecta a las incompatibilidades, hace una remisión al artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, y al apartado sexto del artículo 75 de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

En este caso, pues, la normativa aplicable únicamente se centra en el tema de incompatibilidades retributivas (cuando se perciben a cargo de presupuestos públicos por los diversos puestos de trabajo) e incompatibilidades horarias. El artículo 5.2 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre,¹³ regula los casos en que un trabajador de la Administración local intenta compaginar este puesto de trabajo con el de cargo público electo, mientras que el artículo 75.6 hace una remisión al Estatuto de los trabajadores y a la Ley 30/1984, para determinar cuál es el

tiempo indispensable para el desarrollo del cargo electo de una corporación local.

El legislador, sin embargo, no entra en el tema que más puede comprometer la imparcialidad que se tiene que predicar de las resoluciones administrativas, es decir, la confusión entre los intereses públicos y los privados.

Sexta. De acuerdo con el contenido del artículo 75 (puntos 3 y 4) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, los miembros electos de los entes locales que *no tengan asignada dedicación*, tienen derecho a percibir cantidades dinerarias en concepto de asistencias efectivas a las reuniones de los órganos colegiados de los que formen parte; también tienen derecho a percibir indemnizaciones por los gastos efectivos ocasionados en el ejercicio de su cargo.

La normativa de régimen local no ha previsto que esta situación pueda dar lugar a ninguna incompatibilidad.

Séptima. El concepto de cargo público se caracteriza por las ideas de desinterés privado y confianza pública: la responsabilidad de tipo representativo tiene que dejar de lado los intereses particulares, por lo que se nos hace realmente difícil pensar que la imparcialidad o la independencia de un concejal no se comprometa cuando hay posibilidad de coincidencia entre los asuntos públicos y privados a tratar.

Los datos que nos ha facilitado el ayuntamiento y que concurren en el concejal de Urbanismo son premisas que nos llevan a concluir la fragilidad de la frontera entre imparcialidad y parcialidad.

Octava. A pesar de que de la jurisprudencia del orden contencioso administrativo consultada (sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984 –RJCA 1984\139– y del Tribunal Superior de Justicia de Canarias –RJCA 1998\3504–) se deduce la inexistencia de incompatibilidad entre el ejercicio de la profesión de arquitecto en el término municipal y el desarrollo del cargo representativo como concejal en el mismo término, se tiene que advertir que el Código penal vigente (ver el artículo 441) castiga con “[...] las penas de multa de seis a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años [...]. La autoridad o funcionario público que, fuera de los casos admitidos en las leyes o reglamentos, realizare, por sí o por persona interpuesta, una actividad profesional o de asesoramiento permanente o accidental, bajo la dependencia o al servicio de entidades privadas o de particulares, en asunto en que deba intervenir o haya intervenido por razón de su cargo, o en los que se tramiten, informen o resuelvan en la oficina o centro directivo en que estuviere destinado o del que dependa [...]”.

13. En la redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social.

Supuestos similares al que hemos consultado ahora han obtenido pronunciamientos divergentes en el orden penal, de los que constituyen buena muestra las sentencias del Tribunal Supremo de 4 y 9 de diciembre de 1998 (RJ 1998\9225 y RJ 1998\10329, respectivamente).

Novena. Y todo esto, sin perjuicio que, en aplicación de lo que disponen los artículos 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, y los artículos 21 y 96 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de los entes locales, el concejal de Urbanismo, como asistente a la Comisión de Gobierno, a pesar de no tener voto, se tendrá que abstener y ausentarse de la Sala cuando se delibere y se someta a votación del órgano un expediente de petición de licencia de obras, en el que haya –como profesional– elaborado el proyecto. ■

Posibilidad de enajenación directa, por debajo del valor de mercado, de terrenos del patrimonio municipal del suelo con destino a la promoción y la construcción de viviendas de protección oficial¹

Francisco Cacharro Gosende
Vicesecretario
de la Diputación Provincial
de Ourense

1. Antecedentes

Un ayuntamiento de la provincia de Ourense suscribió, en fecha 26 de octubre de 1999, un convenio de colaboración con Xestión Urbanística de Ourense, S. A. (en ade-

lante, Xestur) con la finalidad de promover la construcción de viviendas de protección oficial en dicho municipio. En la cláusula primera del citado convenio, el ayuntamiento se comprometió a facilitar la compra por parte de Xestur de suelo con una repercusión máxima por parcela (vivienda) de 150.000 pesetas, siendo su superficie bruta de 120 m² como mínimo (exigiéndose además la existencia de una porción de terreno para ubicar el depósito de combustible y otras instalaciones necesarias para el servicio de las viviendas, y señalándose también que podría haber a mayores terrenos para uso común –zonas verdes, de esparcimiento o deportivas– y que dichos terrenos serán de cesión gratuita por el ayuntamiento, incluyéndose su valor en el correspondiente al de las parcelas de las viviendas).

Para dar cumplimiento a esta obligación, el ayuntamiento dispone de terrenos en una finca denominada Veiga de Baixo (que, en el propio acuerdo plenario de 28 de octubre de 1999 se ponían a disposición de Xestur para la construcción de las viviendas).

Dichos terrenos, según la ordenación urbanística vigente, se clasifican como suelo urbanizable, constituyendo un único sector (SUR-4) de 51.250 m² de superficie, según la corrección de errores de la Ordenanza del suelo urbanizable, norma 3.7.7.4 del Plan general de ordenación municipal del municipio (acuerdo plenario de 5 de mayo de 2001; BOP 107, de 11 de mayo). Al respecto, debe señalarse que el acuerdo de 26 de octubre de 1999 hacía referencia a una única finca de 25.000 m²; la discrepancia se debe a que en tal fecha, y debido a un error de medición, la superficie registrada e inventariada a favor del ayuntamiento se reducía a esa cifra, si bien en la actualidad se ha procedido ya a la inscripción del exceso de cabida detectado, figurando ahora en el Registro de la Propiedad núm. 2 de Ourense dos fincas de titularidad del ayuntamiento: la 11.027 (T.1506, L.97, F.24, 1.^a) con una superficie de 46.861 m² y la 11.028 (T.1506, L.97, F.27, 1.^a) con 2.486 m² (esta última, fuera del

1. En la fecha de emisión del informe, se encontraba vigente en Galicia la Ley 1/1997 de 24 de marzo, del suelo de Galicia, la cual, en la fecha de su publicación en este número 1 de *Cuadernos de Derecho Local*, ha sido derogada y sustituida por la Ley 9/2002 de 30 de diciembre, de ordenación urbanística y protección del medio rural en Galicia. Como es lógico, el informe analizaba el problema planteado a la vista de la Ley 1/1997.

Tras la lectura del nuevo texto legal, creo que las conclusiones del informe mantienen su vigencia, aun cuando para sostenerlas ahora se exige un esfuerzo argumentativo sensiblemente menor. En efecto, la nueva Ley 9/2002 se limita, al hablar de la enajenación de terrenos del PMS en su artículo 179.2, a prever la posibilidad de su enajenación (o su sustitución por el importe metálico, cuando se trate de los terrenos correspondientes al 105 de cesión del aprovechamiento urbanístico) “bien mediante los correspondientes instrumentos de equidistribución o bien mediante convenio”. Parece que el instrumento de equidistribución será el medio idóneo –aunque no exclusivo– para los supuestos de enajenación por sustitución de la cesión en terrenos por una cesión en metálico. Para el resto de casos, el convenio será el mecanismo de enajenación. Estos convenios deben conceptuarse entre los convenios urbanísticos de ejecución, regulados en el título VIII de la ley (de hecho, el artículo 239.2 alude a los convenios para sustituir en metálico las

cesiones de terrenos), lo que a efectos prácticos implicaría la obligación de someterlos a información pública antes de su aprobación, en los términos del artículo 240. Dado que nada se nos dice en la nueva ley sobre el régimen sustantivo de un convenio para enajenación de PMS como el que se plantea en el supuesto, habrá de acudirse, para determinar la legalidad de una enajenación directa, por debajo del valor de mercado, a una empresa pública promotora de viviendas protegidas, a la regulación supletoria contenida en el viejo Texto refundido de 1976, tal y como se plantea en el informe, aunque ahora sin el obstáculo que suponía, en la Ley 1/1997, la previsión de un mecanismo, aparentemente preferente, de enajenación mediante “oferta al mercado”.

Por lo demás, cabe destacar que la nueva ley contempla la posibilidad de constituir un patrimonio autonómico de suelo por parte de la Xunta de Galicia, en colaboración con los municipios, entre otras finalidades para atender la demanda de viviendas protegidas. De llevarse a la práctica, esta innovación podría, lógicamente, convertir en historia pasada la problemática abordada en nuestro informe, ya que la incorporación de terrenos del PMS al futuro patrimonio de suelo de la comunidad permitiría poner a disposición del organismo oficial de vivienda o de sus empresas instrumentales el suelo necesario para sus actuaciones.