



**DIPUTACIÓN DE CÁCERES**  
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

Asunto: Informe sobre posible incompatibilidad del hijo del Alcalde como adjudicatario contrato patrimonial.

## **INFORME**

De conformidad con lo solicitado por el Sr. Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ se emite el siguiente informe con bases en los hechos que el peticionario ha comunicado y en los fundamentos jurídicos de aplicación.

## **ANTECEDENTES**

**Único.**- El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe de los servicios jurídicos de la Excma. Diputación Provincial de Cáceres, en el que se exponga si se existe conflicto de intereses en el supuesto de que el hijo del Alcalde resulte adjudicatario de un contrato patrimonial de concesión demanial sobre el bar del Hogar del Pensionista. Al respecto expone que a partir del mes de julio/agosto del año en curso, debido a un pacto de Gobierno, se va a producir un cambio en la Alcaldía resultando que el nuevo Alcalde es progenitor de la persona que resultó adjudicataria del bar del Hogar del Pensionista, siendo intención de este último presentar nueva oferta una vez que finalice el plazo de la concesión de la que actualmente es adjudicatario. Se plantea por el actual Alcalde del Excmo. Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ las siguientes preguntas al respecto:

*“1.- Puesto que la Alcaldía ha de abstenerse de conformidad con lo señalado en el artículo 23 LRJSP, si delega la competencia en un concejal de su partido ¿Puede entenderse que subsiste conflicto de intereses?*

*2.- ¿Podría la Alcaldía delegar la competencia de contratación, de este expediente concreto, en el Pleno?*



*3.- A la hora de realizar una nueva licitación, ¿se trataría de un contrato administrativo de concesión de servicios, o un contrato privado de concesión demanial? Ya que, con frecuencia, se encuentra la licitación de este tipo de bares, con uno u otro tipo de contrato”*

De acuerdo con los anteriores antecedentes, se realizan las siguientes consideraciones jurídicas e:

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

### **PRIMERO.- Legislación aplicable:**

- Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales.
- Ley 7/1985 de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante, LBRL)
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
- Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

### **SEGUNDO.- Régimen de incompatibilidades en materia contractual.**



**DIPUTACIÓN DE CÁCERES**  
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

Se facilita junto con la solicitud de informe jurídico copia de los pliegos que rigen la actual concesión demanial que regula la explotación del bar del Hogar del pensionista del municipio de \_\_\_\_\_. Al respecto, en la Cláusula primera de los pliegos antes citados, y, en relación con las prohibiciones de contratación, se aplica lo previsto en el art. 94 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas por la cual: *“En ningún caso podrán ser titulares de concesiones sobre bienes y derechos demaniales las personas en quienes concorra alguna de las prohibiciones de contratar reguladas en el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*. Referido precepto se remite, como podemos comprobar, a la propia normativa contractual.

Dejando a un margen, ya que no es motivo ni objeto de la consulta, la aplicación de la actual normativa contractual, Ley 9/2017, en relación a los contratos patrimoniales, en general, y a las autorizaciones y concesiones demaniales, en particular, debido a la expresa sumisión vía pliegos, por lo que respecta a las prohibiciones de contratar, su regulación quedaría enmarcada en los arts. 65 y 71 de LCSP, principalmente. Al respecto, el art. 65 de la LCSP dispone que *“solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta ley, se encuentren debidamente clasificadas”*.

Por su parte, el art. 71 LCSP 2017, precepto que regula expresamente las prohibiciones de contratar establece que *“no podrán contratar con las entidades previstas en el art. 3 de la presente ley con los efectos establecidos en el art. 73, las personas en quienes concorra alguna de las siguientes circunstancias:*

(...)



- g) *Estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.*
- *La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.*
- *La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas conanáloga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero. ”*

Como puede comprobarse, y a los efectos que interesan para la emisión del presente informe, las prohibiciones de contratar no sólo alcanzarían, de producirse el hecho, al cargo electo sino de igual manera a sus descendientes.

Por su parte, y relación a lo anteriormente indicado, el régimen de incompatibilidad de los cargos electos viene regulado en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. En concreto, en su art. 178.2.d) establece como causa de incompatibilidad *los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.*



**DIPUTACIÓN DE CÁCERES**  
ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

En este punto, debemos partir del hecho de que el contrato, objeto del presente informe, es relativo a una concesión demanial para la explotación del bar integrado en el Hogar del pensionista del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_. En relación a la naturaleza del contrato de concesión demanial, el **Informe 3/2025, de 13 de Febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía**, dispone que “*la concesión demanial nace por un acto de la Administración titular del bien y es el título jurídico que habilita a una persona o entidad a hacer un uso y disfrute o aprovechamiento privativo de un bien o derecho de dominio público de forma temporal, imponiéndole derechos (uso privativo del bien, explotar las edificaciones, etc.) y obligaciones (destinar el bien al destino previsto, la fijación de un canon, de una serie de condiciones, etc.)*”. Por lo tanto, este tipo de contrato patrimonial prevé el uso o aprovechamiento de un bien de dominio público en favor de un tercero que procede a su explotación por un tiempo determinado y un precio, en el presente procedimiento, un canon, que sirve ademas de base a la licitación, susceptible de ser mejorado al alza. La presente concesión demanial fija, como único criterio de adjudicación, el canon antes citado, de tal forma y modo, que aquel licitador que oferte un mayor canon, y siempre que cumplan con las condiciones de participación, será el adjudicatario definitivo del contrato.

Es evidente, por lo tanto, que en el presente procedimiento no se cumple con el contenido del art. 178.2.d) de la LOREG debido a que el contrato objeto de informe en ningún caso implica financiación total o parcial por parte de la Administración con cargo a los presupuestos municipales, sino todo lo contrario, un contrato que supone un ingreso a la Administración que se fija en virtud del mayor canon ofrecido por los distintos licitadores sin que se restrinja su participación en referido procedimiento.

Por lo tanto, en relación con la primera de las cuestiones planteadas, este Servicio entiende que, a la luz de los argumentos antes citados, no se produce incompatibilidad del cargo electo ni se incurre en prohibición alguna para contratar de



## DIPUTACIÓN DE CÁCERES

ÁREA DE HACIENDA Y ASISTENCIA A ENTIDADES LOCALES

acuerdo con lo establecido en los pliegos que se remite expresamente al contenido del art. 71 de la LCSP.

No obstante lo anterior, y de conformidad con el contenido del art. 76 de la Ley 7/1985, que establece: “*Sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concorra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas.*” En este punto, en cuanto a la concurrencia de motivo de abstención, debemos informar que de conformidad con el contenido del art. 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, constituye motivo de abstención en el procedimiento administrativo el “*Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato*”, y en tal caso, la autoridad en quien concorra tal circunstancia, deberá abstenerse de intervenir en el procedimiento.

Parece indubitable la relación de parentesco con el interesado del procedimiento, por lo que entendemos concurre motivo de abstención. En este punto, de conformidad con lo dispuesto por el art. 47 del RD 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales:

“*Corresponde a los Tenientes de Alcalde, en cuanto tales, sustituir en la totalidad de sus funciones y por el orden de su nombramiento, al Alcalde, en los casos de ausencia, enfermedad o impedimento que imposibilite a éste para el ejercicio de sus*



*atribuciones, así como desempeñar las funciones del Alcalde en los supuestos de vacante en la Alcaldía hasta que tome posesión el nuevo Alcalde”.*

En cuanto a la cuestión relativa a la sustitución automática de la alcaldía por parte del Teniente Alcalde tal cuestión ha sido interpretada por la jurisprudencia en el sentido de que procede en todos aquellos supuestos en que concurra causa de abstención. En este punto podemos citar el contenido de la Sentencia del TS de 26 de diciembre de 2001, que establece:

*“(...) no hemos de olvidar que el artículo 47.2 de ese Reglamento de 1986, en su último párrafo dispone la sustitución automática del Alcalde por el Teniente Alcalde , cuando, según lo prevenido en el artículo 76 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (EDL 1985/8184), durante la celebración de una sesión, hubiera de abstenerse el presidente, en relación con algún punto concreto. Y ello, es lo que aquí ha sucedido en que al ser el Alcalde , el titular de la licencia solicitada, fue sustituido en el punto concreto del otorgamiento de esa licencia por el Teniente Alcalde ”.*

Por lo tanto, entendemos que procede la abstención del Alcalde en el presente procedimiento.

En cuanto a la segunda de las preguntas planteada relativa a la posibilidad de delegar la competencia en favor del Pleno por parte del Alcalde, debemos informar desfavorablemente debido a que no existe precepto legal que ampare tal delegación. En efecto, y a pesar de que el art. 21.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local disponga genéricamente que el Alcalde puede delegar el ejercicio de sus atribuciones, lo cierto que es, del contenido literal del art. 23.4 de la Ley 7/1985 se infiere que tal Delegación no incluye el Pleno de la Corporación. Al respecto, referido precepto legal dispone que “*el Alcalde puede delegar el ejercicio de determinadas atribuciones en los miembros de la Junta de Gobierno Local y, donde ésta no exista, en los Tenientes de Alcalde, sin perjuicio de las delegaciones especiales que, para cometidos específicos, pueda realizar en favor de cualesquiera Concejales,*



*aunque no pertenecieran a aquélla".* A mayor abundamiento, el art. 22 de la Ley 7/1985 que regula las competencia del Pleno no prevé el ejercicio de competencias "delegadas" por el Alcalde, a diferencia de lo que sí ocurre con la Junta de Gobierno Local y Tenientes Alcaldes. Misma conclusión podemos extraer del contenido de los arts. 43 y ss 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.

La doctrina jurisprudencial se ha posicionado en tal sentido, señalando el propio Tribunal Supremo en sentencia de 7/12/2000, que "*el régimen de delegaciones se debe ajustar a lo dispuesto en el artículo 23.4 de la LRBRL y 44 del ROF...*". Igualmente, es interesante citar el contenido de la sentencia del TSJ Madrid (Contencioso), sec. 2<sup>a</sup>, S 21-02-2025, nº 174/2025, rec. 295/2022, citando en parte el contenido de la resolución del TS de 23/11/1999 por la cual "...*es claro que es de la competencia del Alcalde y no del Pleno, el acuerdo sobre el vallado del solar a que esta litis se refiere, y siendo así, que a la Comisión de Gobierno, en la que se integra el Alcalde , conforme al art. 23 LRBRL, le corresponde la asistencia al Alcalde en el ejercicio de sus atribuciones esta fuera de duda que el acuerdo de la Comisión de Gobierno así adoptado era ajustado al Ordenamiento al estar integrado en esa Comisión de Gobierno el Alcalde , que era el órgano competente para adoptarlo*".

Por lo tanto, y en relación a la segunda de las cuestiones planteadas, debemos informar en el sentido de que no está prevista en la normativa de aplicación ni ha sido sustentada por la jurisprudencia la posibilidad de delegar, por parte del Alcalde, sus competencias en el Pleno de la Corporación.

En relación a la tercera pregunta relativa a la distinción de un contrato administrativo de concesión de servicios o un contrato privado de concesión demanial, debemos establecer que tal distinción en muchos casos no está del todo definida. Son muchas las resoluciones de Tribunales y Juntas Consultivas que se han pronunciado al respecto, en ocasiones, con posturas contradictorias. Tomaremos de base, para dar



debida contestación a la cuestión planteada, entre otros, el Informe 3/2025, de 13 de Febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía, la resolución del TSJ de Aragón, de fecha 13 de noviembre de 2023, n.º 304/2023; Informe 87/2018 y 29/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sentencia de la Audiencia Nacional de 27/09/2023, sec. 5<sup>a</sup>, rec. 1507/2021,... Al respecto, son varios los aspectos que deben tenerse en cuenta, para poder dilucidar si nos encontramos ante un contrato administrativo de concesión de servicios (si asumimos que el adjudicatario soporta el riesgo operacional) o ante una concesión demanial:

1.- La finalidad que se persigue, en concreto, la satisfacción del interés público (contrato administrativo) o, en mayor medida, la mera explotación de un bien propiedad de la Entidad Local (concesión demanial). Al respecto, citamos la resolución del TSJ de Aragón, de fecha 13 de noviembre de 2023, n.º 304/2023, que cita varios informes de la JCCE, que dispone: “*a efectos de determinar cuándo resulta procedente la institución del contrato administrativo y cuando la concesión o la autorización demanial, se haya de atender a un concepto clave como es la prevalencia del interés público del servicio o suministro que se licita mediante un contrato público frente al interés privado de la utilización de la instalación, negocio o servicio que requiera la ocupación privativa de un bien de dominio público*” (...) “*en la concesión o en la autorización demanial prevalecerá el interés económico del particular a quien se le concede el derecho a explotar bienes de carácter público, siendo el interés perseguido por la Administración en tales supuestos la mera obtención de unos ingresos (canon de explotación), sin que resulte prioritario el interés público*”.

2.- Igualmente será decisivo determinar quién es el beneficiario principal de la actividad objeto de explotación, si lo es la propia entidad, contrato administrativo, o si lo es el adjudicatario, más próximo a la concesión demanial. Al respecto, la JCCA de Andalucía, en su reciente informe 3/2015, informó: “*Otro aspecto a tener en cuenta es la identidad del beneficiario de la actividad: en el caso de un contrato público, lo sería*



*la entidad pública; en una concesión demanial , lo sería el propio tercero que persigue su lucro propio mediante la explotación del negocio privado ”.*

3.- Quién establece el régimen de derechos y obligaciones, así como la dirección, en la prestación de la actividad. Si tales extremos son fijado por la Administración estaríamos más cercanos la figura del contrato administrativo y si fuese el tercero interesado en la explotación de la actividad, nos encontraríamos ante una concesión demanial. En este punto podemos citar el contenido del Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, que estableció en su conclusión primera que «*La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato».*

4.- En algunos casos, puede ser indicativo de una u otra forma jurídica contractual el hecho de que la iniciativa en la prestación de la actividad parte de la Administración, contrato administrativo, o de un tercero, contrato privado de concesión demanial.

5.- Por último, otro aspecto a tener en cuenta sería la existencia o no de una obligación en el establecimiento del servicio o si supone una mejora fundamental y necesaria en el servicio principal (Informe 3/2025 JJCA Andalucía).

Por todo ello, cabe establecer la siguiente,

## **CONCLUSIÓN**

1) Dada la naturaleza contractual de la concesión demanial relativa a la explotación del Bar del Hogar del Pensionista, en la que no existe financiación parcial o total, con cargo a los presupuestos municipales, entendemos no se produce causa de incompatibilidad del cargo electo ni se incurre en prohibición alguna para contratar de acuerdo con lo



establecido en los pliegos que se remite expresamente al contenido del art. 71 de la LCSP. Procede, no obstante, la abstención del Alcalde en el procedimiento, todo ello de conformidad con el contenido del art. 23.2.b) de la Ley 40/2015.

2) No está prevista en la normativa de aplicación ni ha sido sustentada por la jurisprudencia la posibilidad de delegar, por parte del Alcalde, sus competencias en el Pleno de la Corporación.

3) La distinción entre un contrato de concesión de servicios y una concesión demanial dependerá de los siguientes elementos: la iniciativa de la Administración para la consecución de un interés público, la intervención de la entidad contratante en los términos en los que se desarrollará la actividad ejecutada por el tercero, y el hecho de que exista obligación en el establecimiento del servicio, pueden ser indicios que permitan considerar el contrato público como opción más adecuada; por el contrario, la iniciativa privada para la satisfacción del ánimo de lucro de un particular, la no intervención de la entidad contratante en la definición concreta de los términos en los que debe desarrollarse el negocio en cuestión o que no exista la obligación de prestar ese servicio, podrían inclinar la balanza a favor de la concesión administrativa o demanial (Informe 3/2025 JCCA Andalucía).