

Informe 5/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Incompatibilidad de concejal para continuar en la prestación de un contrato de servicios en un municipio, adjudicado antes de adquirir la condición de concejal. Supuesto de incompatibilidad sobrevenida.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Cedrillas (Teruel) se dirige, con fecha 15 de febrero de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«El pasado 13 de agosto de 2012, por el pleno del Ayuntamiento de Cedrillas, se aprobó el pliego de condiciones para la adjudicación del contrato negociado de servicios de limpieza de las dependencias municipales.

Finalizado el plazo de presentación de proposiciones se adjudicó el contrato negociado de servicios a D^a C.M, el 24 de septiembre de 2012, desde el 1º de octubre de 2012 hasta el 30 de septiembre de 2014.

Habiéndose presentado al cargo renuncia de una concejala de este Ayuntamiento, la Junta Electoral Central ha expedido, con fecha 31 de enero de 2013, Credencial de Concejala a favor de la mencionada D^a C.M.

Surge duda al respecto de la posible incompatibilidad para el desempeño del cargo de concejala de D^a C.M, por lo que se solicita asesoramiento jurídico en el caso de una próxima toma de posesión de su cargo».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 10 de abril de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Cedrillas (Teruel), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de las consecuencias jurídicas que tiene, tanto para el contrato como para el miembro de una corporación, la existencia de una prohibición para contratar sobrevenida con posterioridad a la formalización de un contrato administrativo de servicios.

La cuestión que motiva el escrito de consulta, tiene que ver con los efectos y consecuencias que produce la condición de contratista sobre el estatuto jurídico de los miembros de las entidades locales, en aquellos supuestos en que la condición de contratista se adquiere con anterioridad a la condición de concejal. Se trata pues, de examinar una cuestión del régimen jurídico local que trae causa del régimen de prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas, derivado de la legislación de contratos. Pues, la legalidad aplicable al caso no es la electoral, por cuanto no se trata de determinar si un contratista con la Administración Municipal puede ser elegido

concejal, sino si un concejal ya elegido y en el ejercicio de su cargo edilicio, puede ser contratista o mantener la condición de contratista de la Corporación de la que forma parte; es decir, es única y exclusivamente aplicable la legalidad sobre contratación administrativa local.

El Sr. Alcalde de Cedrillas (Teruel), es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Las prohibiciones de contratar del artículo 60 TRLCSP y la verificación de su inexistencia con carácter previo a la formalización del contrato.

A las prohibiciones para contratar de miembros de la corporaciones locales se refirió esta Junta en su Informe 24/2011, de 12 de septiembre, cuyas consideraciones de carácter general se dan por reproducidas.

Como recuerda el Tribunal Supremo (en adelante TS), en sentencias de 24 de noviembre de 2004 y 31 de enero de 2007, la contratación pública *«al igual que la contratación privada parte de la exigencia de la capacidad de obrar de las personas como condición previa. Pero, además, la validez del contrato exige unas específicas condiciones personales de los sujetos, fueren personas físicas o personas jurídicas, que pretendan contratar con la Administración»*. De ahí que el artículo 54 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), requiera a los contratistas, además de su plena capacidad de obrar y solvencia, que no estén incurso en una prohibición de contratar.

Las prohibiciones de contratar se encuentran actualmente reguladas en el artículo 60 TRLCSP. En concreto, el apartado 1.f de este artículo recoge la prohibición de contratar a que hace referencia el escrito de consulta, mediante una remisión genérica a las disposiciones que regulan el régimen de las incompatibilidades en nuestro Derecho. En concreto, dispone este precepto

que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

«f. Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, 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 de cualquier Administración Pública, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal».

Esta remisión, en el ámbito de las entidades locales debe entenderse realizada, respecto a los concejales, al artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en adelante LOREG), al declarar que son incompatibles con dicha actividad *«los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes»*. Con idénticos términos se establece para los Diputados provinciales en el artículo 203 LOREG.

La norma que contiene este precepto opera en dos sentidos diferentes, de un lado para que las personas mencionadas vean vedado su acceso a los cargos concejiles, o la continuidad en el ejercicio del cargo, si la causa sobreviene durante el mandato, y para que los miembros de las entidades locales tengan que renunciar a celebrar contratos con la Administración municipal de la que forman parte.

El origen de esta disposición hunde sus raíces en derecho histórico español, baste señalar que el artículo 43.4 de la Ley Municipal de 2 de octubre 1877

contenía una disposición en similares términos, que luego paso al artículo 83 del Estatuto Municipal, aprobado por Real decreto ley de 8 de marzo de 1924, y a partir de allí a todas las normas del régimen local español del siglo XX.

El fundamento de esta prohibición de contratar se encuentra en el principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE. Pues bien, la jurisprudencia ha identificado la exigencia del principio de imparcialidad que esta prohibición de contratar comporta, con la necesidad de que se preserve la «*moralidad administrativa*», en el sentido de que no basta con que la Administración contratante obre con total sometimiento a la legislación sobre contratación pública, sino que es preciso disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa. Y así, el Tribunal Supremo ha afirmado con énfasis que el fundamento del régimen de incompatibilidades en el ámbito de la contratación es preservar «*la moralidad administrativa*».

De este modo, la STS de 6 de noviembre de 1989, declaró que «*la prohibición de que se trata tiene por objeto no sólo dotar de claridad a la actuación administrativa, sino evitar en modo absoluto toda sospecha sobre la rectitud y moralidad en la actuación de todas las personas que intervienen en la vida pública*». Es decir, en puridad no nos encontramos ante una incompatibilidad, sino ante una prohibición para contratar, fundada en razones de moralidad pública que, a su vez, se asienta sobre los principios de objetividad e imparcialidad que presiden el ejercicio de todo cargo público. Pues, como pone de manifiesto la STS de 31 de mayo de 2004, en toda relación contractual se dan situaciones de intereses contrapuestos, propios de los contratos bilaterales, en las que no es posible actuar con la objetividad e imparcialidad que la ley requiere, si quien ejerce el cargo de concejal ostenta, a la vez, la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece.

Las prohibiciones para contratar con la Administración se configuran legalmente, no obstante, como un impedimento para poder contratar. De manera que, el requisito de no incurrir en ninguna causa de prohibición de

contratar debe cumplirse en el momento de presentación de las proposiciones, y debe mantenerse hasta el momento de adjudicación y de formalización del contrato. De celebrarse el contrato, cuando concurre una prohibición para contratar, se incurre en causa de nulidad de derecho administrativo, según se dispone en el artículo 32 b) TRLCSP. Nulidad que es absoluta, imprescriptible, insubsanable e indisponible por el particular. La adjudicación de un contrato a una persona incompatible, constituye un vicio de orden público declarable incluso *ex officio*, como declara la STS de 18 de julio de 1991.

Ahora bien, cuando la causa que da lugar a una prohibición de contratar —en el supuesto, la adquisición de la condición de concejal— tiene lugar con posterioridad a la formalización del contrato en el que se produce tal circunstancia, éste no se ve afectado en su validez en modo alguno. Y, precisamente por ello, el TRLCSP no contiene previsión alguna al respecto.

Así se han pronunciado, entre otros órganos consultivos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 52/07, de 24 de enero de 2008; y la Junta de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña, en su Informe 14/2012, de 30 de noviembre.

En el caso planteado, la causa que hubiera constituido una prohibición de contratar, antes de la presentación de proposiciones, se convierte en un supuesto de incompatibilidad para mantenerse en el contrato, al haber adquirido el contratista la condición de concejal, que debe resolverse conforme a las normas del régimen local.

III. La condición de contratista como supuesto de incompatibilidad. El procedimiento para la declaración de la incompatibilidad y sus consecuencias.

La condición de contratista constituye un supuesto de incompatibilidad con el ejercicio del cargo de concejal, que viene determinado en el artículo 178.2 LOREG. El régimen de incompatibilidades de los miembros de las entidades

locales viene establecido en el artículo 73.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local, así como el artículo 108 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón; y en los artículos 6.1, 9.5 y 10 del Real Decreto 2568/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF), que remiten a la legislación electoral, puesto que en nuestro derecho local el régimen jurídico de las incompatibilidades de los miembros de las corporaciones locales, se construye sobre la base de las causas de inelegibilidad para ser concejal.

De ahí que, el artículo 178.3 LOREG establezca que, cuando se produzca una situación de incompatibilidad, los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad.

El artículo 10 ROF, regula el procedimiento que es necesario observar cuando se produzca una causa de incompatibilidad:

«1. Los Concejales y Diputados deberán observar en todo momento las normas sobre incompatibilidad y deberán poner en conocimiento de la Corporación cualquier hecho que pudiera constituir causa de la misma.

2. Producida una causa de incompatibilidad y declarada la misma por el Pleno corporativo, el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquel en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de Concejal o Diputado o el abandono de la situación que dé origen a la referida incompatibilidad.

3. Transcurrido el plazo señalado en el número anterior sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de Concejal o Diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General».

Para garantizar el adecuado cumplimiento de las normas sobre incompatibilidades, el artículo 75.7 LBRL (en su redacción dada por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social) regula el Registro de Intereses, en que deben inscribirse las

declaraciones sobre causas de posible incompatibilidad. Este precepto es objeto de desarrollo reglamentario en los artículos 30 a 32 del ROF.

La declaración de incompatibilidad, que nunca se presume, es competencia del pleno municipal del que forma parte el concejal; y debe ser notificada al concejal para que, en el plazo de diez días, pueda optar en la forma que establece el artículo 10 ROF.

IV. Efectos y consecuencias jurídicas para el contrato, del ejercicio del derecho de opción por el miembro de la entidad local incurso en incompatibilidad sobrevenida.

Quedan por analizar, los efectos y consecuencias jurídicas que comporta para el contrato el ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 10 ROF.

Si el concejal renuncia a su condición de miembro de la corporación, una vez declarada la incompatibilidad por el pleno municipal y requerido para que ejerza la opción que considere oportuna, bien porque así lo manifiesta expresamente o bien por el transcurso del plazo previsto en la norma reglamentaria; el contrato seguirá desplegando todos sus efectos hasta su extinción por cumplimiento o resolución del mismo.

Si el concejal ejerce su derecho de opción, en el sentido de mantener la condición de miembro de la corporación, el contrato quedará automáticamente extinguido y entrará en fase de liquidación (similar a la de los supuestos de cumplimiento, pero con distinto alcance y efecto) y efectuada la misma se declarará extinguido sin mayores consecuencias.

Es oportuno poner de manifiesto, que no nos encontramos ante un supuesto de resolución del contrato de los tipificados en el TRLCSP, ni se ejerce una potestad o prerrogativa administrativa para dejar sin efecto las obligaciones derivadas de un contrato perfectamente válido; ni tampoco ante un supuesto de nulidad de pleno derecho, que constituye una situación patológica del acto o contrato administrativo que no produce efecto alguno, lo que conlleva la

inexistencia de obligaciones contractuales, como declara la STS de 11 de enero de 2013. Nos encontramos ante un supuesto de extinción del contrato con fundamento en la normativa de incompatibilidades en la Administración local, con funcionamiento *ope legis*.

De manera que a diferencia de los supuestos de nulidad de pleno derecho, en cuanto a los efectos que establece el artículo 35 TRLCSP, en este caso no puede haber lugar a indemnización alguna de los posibles daños o perjuicios ocasionados a la Administración como consecuencia de la extinción del contrato, pues es consecuencia del ejercicio de un derecho y no de la declaración de un vicio que determine la nulidad o anulabilidad del acto o contrato. Y, a diferencia de los supuestos de resolución contractual, tampoco existirá en la Administración la obligación de indemnizar daño, perjuicio o lucro cesante alguno; pues tampoco nos encontramos ante un supuesto de resolución contractual de los tipificados en el TRLCSP. Debe recordarse, en este sentido, que los contratos se resuelven por las causas previstas en la legislación sobre contratación pública y que, entre las causas generales previstas en el vigente artículo 223 TRLCSP, y en las específicas de cada figura contractual (recogidas en los artículos 237, 269, 286, 299 y 308 TRLCSP) no se encuentra ninguna que determine la resolución del contrato cuándo se produce una causa de prohibición de contratar después de la perfección del contrato. Y esta omisión, en modo alguno cabe atribuirla al descuido del legislador.

Con independencia de cuanto se ha dicho, respecto de la liquidación del contrato como consecuencia del ejercicio del derecho de opción previsto en el artículo 10 ROF; cabe también que el contrato sea objeto de cesión en los términos del artículo 226 TRLCSP.

A través de la cesión del contrato se produce una novación subjetiva de una de las originarias partes del contrato, de tal forma que el cesionario se limita a sustituir al cedente, asumiendo los derechos y obligaciones ya establecidos. Como declara la STSJ del País Vasco de 14 de junio de 2000: «*la figura*

jurídica de la cesión del contrato [...] supone un negocio jurídico de cesión entre cedente y cesionario de un contrato de prestaciones recíprocas, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria convergencia de tres voluntades contractuales que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional conservando el cedido su posición originaria, lo que determina que la situación negocial existente entre cedido y cedente al haber aceptado aquél el traspaso del contrato, salvo pacto expreso en contra, queda agotada con liberación del cedente de sus obligaciones que se traspasan al cesionario, si bien mantiene las que ligan a éste respecto a la existencia, validez y virtualidad del contrato traspasado, siendo requisito determinante de la eficacia de la cesión contractual la de que medie consentimiento».

Pues bien, si se dan y cumplen los requisitos del artículo 226 TRLCSP, y con la autorización del órgano de contratación (que tiene carácter discrecional) podrá cederse el contrato.

III. CONCLUSIONES

I. Las prohibiciones para contratar con la Administración se configuran legalmente, como un impedimento para poder contratar. De manera que, el requisito de no incurrir en ninguna causa de prohibición de contratar debe cumplirse en el momento de presentación de las proposiciones, y debe mantenerse hasta el momento de adjudicación y de formalización del contrato.

II. Cuando la causa que da lugar a una prohibición de contratar —en el supuesto, la adquisición de la condición de concejal— tiene lugar con posterioridad a la formalización del contrato en el que se produce tal circunstancia, éste no se ve afectado en su validez en modo alguno.

III. La condición de contratista constituye un supuesto de incompatibilidad con el ejercicio del cargo de concejal, que viene determinado en el artículo 178.2 LOREG, y cuando se produce tal situación el afectado debe optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la condición de contratista.

IV. La declaración de incompatibilidad es competencia del pleno municipal, previa tramitación del procedimiento que establece el artículo 10 ROF.

V. Si el concejal ejerce su derecho de opción, en el sentido de mantener la condición de miembro de la corporación, el contrato quedará automáticamente extinguido y entrará en fase de liquidación (similar a la de los supuestos de cumplimiento, pero con distinto alcance y efecto) y efectuada la misma se declarará extinguido sin mayores consecuencias.

Informe 5/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 10 de abril de 2013.