

Informe 7/2016, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Incompatibilidad de un concejal para efectuar suministros al ayuntamiento.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Luna (Zaragoza) se dirige, con fecha 22 de enero de 2016, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Que, de acuerdo con el artículo 8 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, está interesado en que por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, se emita informe sobre la consulta siguiente:

Antecedentes

En las pasadas elecciones municipales resultó elegida como concejala una vecina del municipio que ocupa actualmente el cargo de Primera Teniente Alcalde del Ayuntamiento. La referida vecina cuenta con una pequeña tienda de alimentación, habiendo venido suministrando a este Ayuntamiento durante los últimos años, hasta su incorporación como concejal, las siguientes cantidades: 4.969,23 € de 2012, 5.509,70 € de 2013, 6.680,25 € de 2014, y 1.428,40 € de 2015. Desde la toma de posesión de la Primera Teniente de Alcalde su tienda no ha venido suministrando a este Ayuntamiento. Dada la situación económica de la tienda (se viene sufriendo desde hace tiempo una importante disminución de la población de Luna, que actualmente es de 742 de los cuales 684 son propiamente de Luna y 58 del Barrio rural de Lacorvila), se plantea la necesidad de suministrar al Ayuntamiento para poder hacer viable la continuidad de su negocio y no perder un servicio necesario para todo el municipio.

Objeto Concreto de la consulta

Emisión del informe correspondiente sobre incompatibilidad o no de la Teniente de Alcalde para efectuar suministros de su tienda de alimentación al Ayuntamiento de Luna.

Por todo lo cual, SOLICITA: Que de acuerdo con el contenido del artículo 8 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, se emita el correspondiente informe sobre la consulta recogida en el presente escrito.».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 20 de abril de 2016, 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 de Luna (Zaragoza), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del régimen de las incompatibilidades de los concejales en relación al suministro de bienes a las entidades locales de las que forman parte.

El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Luna (Zaragoza), 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 las corporaciones locales se ha referido esta Junta, entre otros, en sus Informes 10/2010, de 15 de septiembre, 24/2011, de 12 de septiembre; 5/2013, de 10 de abril, 7/2013, de 10 de abril; 3/2014, de 22 de enero, 11/2015, de 30 de septiembre y 12/2015, de 30 de septiembre; cuyas consideraciones de carácter general se dan por reproducidas.

Las prohibiciones de contratar se encuentran actualmente reguladas en el artículo 60 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). Su apartado 1.g) dispone que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes:

« g) 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 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 con análoga 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».

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.

Esta Junta, en su Informe 5/2013, de 10 de abril, señalaba que el fundamento de esta prohibición de contratar se encuentra en el principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE; y que 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»*. Y, en apoyo de esta afirmación, se indicaba que:

«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.

III. El alcance de la expresión «*contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes*», del artículo 178 LOREG.

De cuanto se lleva dicho se deduce que la prohibición para contratar opera respecto de los concejales, cuando el contrato a celebrar por el Ayuntamiento se halle financiado total o parcialmente por éste.

La existencia de esa financiación total o parcial del contrato por la entidad local, se convierte en determinante, y debe ser comprobada y acreditada en cada supuesto, pues si no existe tal financiación, tampoco existirá causa prohibitiva para contratar. La prohibición descansa pues, en estos casos, no en la circunstancia de ser concejal (o cargo electo de la entidad local), sino en el hecho de que el contrato tenga una financiación a cargo del presupuesto de la entidad local.

De lo hasta aquí expuesto resulta que en el caso, la única disposición en la que se pueden fundamentar situaciones de incompatibilidad es la LOREG, a la que expresamente se remite el artículo 60 TRLCSP, y estableciendo el artículo 178 de la Ley Orgánica citada, por lo aquí interesa, que son incompatibles con la condición de Concejal los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya

financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependiente, con arreglo a este precepto deben ser resueltos los supuestos sometidos a consulta.

La Concejala, titular de la tienda de alimentación que suministra al ayuntamiento de Luna, incurre en incompatibilidad clara, puesto que los contratos de suministro de los bienes de su establecimiento al Ayuntamiento se financian por este último, sin que el artículo 178 LOREG, haga salvedad alguna por razón de la cuantía del contrato, ni resulte posible hacerla por la circunstancia de que la venta se efectuase con anterioridad, pues este informe se remite en relación con la situación planteada y su proyección de futuro, sin atender a situaciones anteriores.

Es indiferente que las prestaciones se lleven a cabo a través del régimen jurídico, excepcional, de los contratos menores, pues la limitación de la exigencia de requisitos de la capacidad de obrar ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente la misma. Sin embargo, evidentemente, si quien suministra se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación, como es evidente que así lo es, debe tenerla en cuenta. En este sentido se ha pronunciado el Informe 1/2009, de 25 de septiembre, de la Junta Consultiva del Estado.

III. CONCLUSIONES

I. Existe incompatibilidad en la Concejala titular de la tienda de alimentación, que suministra al Ayuntamiento, a que se refiere la consulta del Sr. Alcalde de Luna (Zaragoza).

II. La existencia de financiación total o parcial del contrato por la entidad local, la determinante para que exista causa prohibitiva para contratar.

III. La Ley no hace salvedad alguna por razón de la cuantía del contrato, ni por la circunstancia de que los suministros se efectuasen con anterioridad a la adquisición de la condición de concejala.

Informe 7/2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 20 de abril de 2016.