

Informe 11/2015, de 30 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Prohibiciones de contratar aplicables a las sociedades en la que participen miembros de una Corporación Municipal.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de El Cuervo (Teruel) se dirige, con fecha 3 de julio de 2015, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«En este Ayuntamiento de El Cuervo ha tomado posesión un concejal, en esta legislatura, que tiene el 8,57 % de la participación en una sociedad limitada que frecuentemente contrata con este ayuntamiento, única empresa de construcción existente en la localidad.

Por ello, se solicita,

Informe sobre si esta sociedad limitada estaría incurso en alguna causa de prohibición para contratar, con este ayuntamiento, de conformidad con lo establecido en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 y demás normativa aplicable».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 30 de septiembre de 2015, 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 El Cuervo (Teruel), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del régimen de las incompatibilidades de los concejales, en función de su participación en el capital de sociedades, en relación con los procedimientos de contratación de las entidades locales de las que forman parte.

El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de El Cuervo (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. Régimen general de las prohibiciones de contratar por razón de incompatibilidad, que afectan a los cargos electos de las Corporaciones Municipales.

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; 15/2010, de 26 de noviembre; 24/2011, de 12 de septiembre; 5/2013, de 10 de abril; 7/2013, 10 de abril; 3/2014, de 22 de enero; 14/2014, de 25 de junio y 15/2014, de 25 de junio, 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.f) dispone 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.

Esta Junta, en su Informe 5/2013, de 10 de abril, señaló 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.

La aplicación de cualquier causa de incompatibilidad, sin embargo, debe ser efectuada conforme a un principio general de nuestro Derecho, según el cual las normas prohibitivas o limitativas de derecho —entre las que se encuentran las causas de incompatibilidad para ser concejal— deben ser interpretadas restrictivamente, sin que sea posible su aplicación extensiva o analógica. Este principio general rige en la aplicación no solo de las prohibiciones para contratar con las Administraciones Públicas, sino también para ser beneficiarios de subvenciones, como las establecidas en el artículo 13.2 de Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones.

Son numerosas las resoluciones judiciales y los acuerdos de la Junta Electoral Central, que se pronuncian en el sentido indicado. Así, Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de enero de 1984, o la de 26 de abril de 2002. La Junta Electoral Central, en numerosos acuerdos, alude a la doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual en materia de incompatibilidades debe hacerse una interpretación restrictiva, por todos puede verse el acuerdo de 15 de septiembre de 2011.

III. La participación de los miembros de la Corporación Municipal en el capital de una persona jurídica como causa de prohibición de contratar con dicha Corporación.

En el Informe 24/2011, de 12 de septiembre, de esta Junta Consultiva, abordamos la cuestión acerca de si la prohibición de contratar, que afecta a aquellas empresas en las que los miembros de la Corporación Municipal —o sus cónyuges y asimilados, o descendientes— tengan una participación en el capital social, se aplica cualquiera que sea el porcentaje de participación que ostenten; o si es necesario que esa participación supere un determinado porcentaje, como ocurre con los funcionarios públicos y los altos cargos.

Y es que el artículo 60.1 f) TRLCSP extiende la prohibición de contratar a las personas jurídicas en cuyo capital participen el personal de las Administraciones Públicas, los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la

Administración General del Estado y los cargos electivos regulados en la LOREG, en los términos y cuantías que establecen la Ley 53/1984, la Ley 5/2006 y la LOREG respectivamente, términos y cuantías que no son homogéneos.

El artículo 12.1, letra d) de la Ley 53/1984 dispone que el personal incluido en su ámbito de aplicación (con carácter general personal al servicio de las Administraciones Públicas), no podrá tener una participación superior al 10 por 100 en el capital de las empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

Por su parte, el artículo 5.1 de la Ley 5/2006, establecía que los Miembros del Gobierno y Altos Cargos de la Administración General del Estado, no podrán tener, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un 10 por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza, con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o que reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado. En la actualidad, esta limitación se contiene en el artículo 14 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Sin embargo, el artículo 178 LOREG, respecto de Alcaldes y Concejales, no contiene más que una referencia a la incompatibilidad para ser contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes. De conformidad con la literalidad del precepto, las personas jurídicas en cuyo capital participen cargos electos locales, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes de aquéllos, sea cual sea esa participación, no pueden contratar con la Corporación respectiva,

ni por tanto, participar en las licitaciones convocadas para la adjudicación de los contratos financiados por ellas.

Frente a esta interpretación literal, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se planteó en el Informe 6/2010, si no cabría la aplicación por analogía a los Alcaldes y Concejales, del porcentaje regulado para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y los Altos Cargos del Gobierno de la Nación. Argumentaba la Junta, que puesto que la LOREG no contiene norma alguna respecto de si se exige una determinada participación en el capital social o si la incompatibilidad opera cualquiera que sea la misma:

«debe entenderse que la incompatibilidad afecta a todos los que se encuentren en tal situación, aún cuando la participación en el capital de la persona jurídica sea muy escaso. En apoyo de esta tesis puede mencionarse el hecho de que la ley al declarar la incompatibilidad lo que está tratando de evitar es el conflicto de intereses entre el cargo electo y la entidad en que él o sus familiares más próximos participan. Y ello porque cualquiera que sea el porcentaje de participación en el capital, es evidente que los intereses de las personas indicadas resultan directamente afectados y, además, de forma incompatible con los de la Corporación Municipal contratante.

Frente a este criterio, también cabe afirmar que lo mismo podría decirse respecto de los afectados por las otras dos leyes mencionadas en la letra f) del artículo 49.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, y sin embargo, se ha establecido un límite porcentual para que la participación en el capital de la entidad sea relevante a los efectos que aquí interesan.

De conformidad con ello, se podría entender que el mencionado límite es de aplicación también a los cargos electos de las entidades locales en razón de dos ideas fundamentales. De una parte porque de entenderlo de forma diferente estaríamos consagrando un supuesto de desigualdad al tratar de forma diferente dos casos iguales con clara vulneración del artículo 14 de la Constitución Española (“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) y, en segundo lugar, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

Ambas razones parecen de suficiente peso al juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como para fundamentar la aplicación al supuesto de los cargos electos a que se refiere el artículo 178 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General del límite porcentual de participación en el capital de una persona jurídica a efectos de que ésta sea relevante para determinar la existencia de prohibición de contratar.

Frente a ello no puede aducirse que los límites previstos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas o para el de los Altos Cargos del Gobierno de la Nación están contenidos en leyes distintas de la que regula la incompatibilidad de los cargos electos de las entidades locales, pues de la redacción dada al artículo 4.1 del Código Civil no se deriva en absoluto que las normas cuya aplicación analógica se pretende deban estar en el mismo cuerpo legal que regula el supuesto para el que no exista norma expresa. Por el contrario el artículo en cuestión se limita a indicar que las normas de que se trate no contemplen un supuesto específico pero regulen otro semejante “entre los que se aprecie identidad de razón”, y nadie podrá negar que entre los supuestos contemplados en este dictamen existe la indicada identidad.

A mayor abundamiento puede entenderse que la propia Ley de Contratos del Sector Público está dando argumentos suficientes para entender que existe esta identidad al tratar de forma conjunta los tres casos y, más aún, cuando para referirse al límite de participación en las empresas, lo hace de forma genérica refiriéndose a los tres supuestos conjuntamente, indicando que “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”, de lo que incluso podría deducirse, aunque no es ésta opinión que comparta sin más la Junta, que es propósito del legislador hacer extensivo a los cargos electos el límite establecido en dos de las normas a que hace referencia».

Todo ello, le lleva a concluir que para que la participación de los cargos electos de las entidades locales en el capital de las personas jurídicas que contraten con aquéllas de las que forman parte, sea relevante a la hora de determinar la prohibición de contratar prevista en el artículo 49.1 f) TRLCSP, será preciso que supere el límite establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y de los Altos cargos del Gobierno de la Nación, es decir el 10%.

En apoyo de esta tesis de la Junta del Estado, puede argumentarse también que la exigencia de ese límite mínimo de participación en el capital social está

implantado de forma casi general en nuestro ordenamiento jurídico, así según el artículo 159 LOREG el mandato de los Diputados y Senadores es incompatible con la participación superior al 10%, adquirida en todo o en parte con posterioridad a la fecha de su elección como Diputado o Senador, salvo que fuere por herencia, en empresas o sociedades que tengan contratos de obras, servicios, suministros o, en general, cualesquiera otros que se paguen con fondos de organismos o empresas del sector público estatal, autonómico o local. Esta regla se aplica también a los Diputados del Parlamento Europeo (artículo 213 LOREG). Idéntico porcentaje aplica la normativa aragonesa como limitación a las participaciones societarias de los miembros del Gobierno de Aragón y de los altos cargos de la Administración de la Comunidad Autónoma, en empresas que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas, o reciban subvenciones provenientes de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 33 y Disposición Adicional quinta de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón).

Por otro lado, señalar que si se revisan los antecedentes legislativos, se observa que el distinto tratamiento que da la LOREG en esta cuestión, a Diputados y Senadores de las Cortes Generales y Diputados del Parlamento Europeo por una parte y a los cargos electos municipales por otra, no es una opción consciente del legislador, sino que al contrario, tiene su explicación en que el momento de la promulgación de la LOREG, estaba en vigor el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (en adelante RCCL), cuyo artículo 5 disponía la incompatibilidad para ser contratista de obras y servicios públicos a las sociedades en las que el Concejal tuviese más del 10% de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente de sus beneficios. Podemos por tanto entender que el legislador no vio necesario incorporar la regla del artículo 5 RCCL a la LOREG, sin embargo, posteriormente, el RCCL fue derogado de forma expresa por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, produciéndose

una laguna, que no fue advertida en el momento de redactar la LCSP, y, en consecuencia, no puede recoger el TRLCSP.

Todo lo cual lleva a concluir, la aplicación a Alcaldes y Concejales, del límite del 10% como umbral a partir del cual la participación en el capital social de una persona jurídica supone para ésta una causa de prohibición de contratar.

III. CONCLUSIONES

I. A los Alcaldes y Concejales les resulta de aplicación el artículo 60.1 f) TRLCSP en todos sus términos, de forma que están incurso en prohibición de contratar para aquellos contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal, o de establecimientos de ella dependientes:

II. La participación en el capital social de las personas jurídicas, solo será relevante a efectos de determinar la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1 f) TRLCSP, si supera el 10% de las participaciones de la entidad.

Informe 11/2015, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 30 de septiembre de 2015.