

Informe 1/2018, de 11 de enero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Prohibiciones de contratar de los concejales.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Sabiñánigo (Zaragoza), se dirige con fecha 28 de noviembre de 2017, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito, que tuvo entrada en la Dirección General de Contratación, Patrimonio y Contratación el 11 de diciembre de 2017, en el que plantea la consulta del siguiente tenor literal:

El Pleno Ordinario del 29 de junio de 2017 tomó conocimiento de la renuncia realizada por un Concejales perteneciente a un Grupo Municipal del Ayuntamiento de Sabiñánigo.

Con fecha de 4 de julio se envió a la Junta Electoral Central petición de nombramiento como Concejales de otro miembro de la lista presentada por ese partido político en las elecciones celebradas en mayo de 2015.

Con fecha 26 de julio se recibe en el ayuntamiento la credencial del nuevo Concejales expedida por la Junta Electoral Central. Se le da traslado de la misma y se le informa de sus derechos y deberes como Concejales de la Corporación. Se el informa que el siguiente pleno ordinario se celebrará el último jueves del mes de agosto posteriormente se aplazó al 11 de septiembre.

Con fecha 29 de agosto se recibe en el registro municipal una factura de trabajos realizados por el Concejales mencionado en uno de los municipios dependientes de Sabiñánigo.

Con posterioridad a esa factura, se registran tres facturas más emitidas por el mismo Concejales de realización de obras en municipios dependientes de Sabiñánigo. Una de ellas de fecha 26 de agosto, registro de entrada 14 de septiembre, otra de fecha 1 de septiembre, registro de entrada 21 de septiembre y la última de fecha 1 de septiembre, registro de entrada 26 de septiembre de 2017.

Con fecha 5 de septiembre el concejal presenta en el Registro de Intereses del ayuntamiento de Sabiñánigo, Declaración de bienes patrimoniales y Declaración de causas de posible incompatibilidad y actividades, declarando que no existe ninguna incompatibilidad. El 11 de septiembre se celebra Pleno Ordinario y el nuevo Concejal toma posesión de su cargo.

Ante las numerosas dudas que surgen tanto a la Intervención como a la Secretaría General sobre la procedencia del abono de las facturas, se procede a preguntar a los representantes del alcalde en los distintos pueblos las fechas en las que verbalmente se acordaron la realización de esas obras (son facturas de importes inferiores a 1000 euros). Obteniendo por escrito la siguiente respuesta:

-Factura fecha 1 de septiembre, fecha registro de entrada 21 de septiembre, conformada el 21 de septiembre por el representante del pueblo y según consta en el certificado, contratada verbalmente el 4 de agosto.

-Factura de fecha 1 de septiembre, fecha registro de entrada el 26 de septiembre, conformadas por el representante del pueblo en la misma fecha y según el mismo acordado con fecha 25 de agosto y realizado el 1 de septiembre.

OBJETO DE LA CONSULTA. *Emisión de informe correspondiente sobre compatibilidad o no del mencionado Concejal para efectuar las mencionadas obras al Ayuntamiento de Sabiñánigo y procedencia del abono de las citadas facturas.*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 11 de enero de 2018, 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 Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, 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 del asunto que plantea el Sr. Alcalde de Sabiñánigo de si es posible que un Concejal que cuenta con la credencial expedida por la Junta Electoral Central realice prestaciones al Ayuntamiento antes de la toma de posesión de su cargo, para que esta Junta se pronuncie sobre las cuestiones planteadas con carácter general.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, g) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

Al citado escrito no se acompaña documentación alguna que permita constatar la información que se facilitó al concejal electo y el procedimiento seguido para la contratación de las obras, si bien se parte del hecho de que las obras se encargaron verbalmente. En la respuesta dada por los representantes del Alcalde se indica que una de las facturas de 1 de septiembre fue contratada verbalmente.

II. Las prohibiciones de contratar del artículo 60 TRLCSP. La incompatibilidad de las condiciones de concejal y contratista.

A las prohibiciones para contratar de miembros de la corporaciones locales se refirió esta Junta en sus Informes 18/2011, de 6 de julio; 24/2011, de 12 de septiembre; 5/2013 y 7/2013, de 10 de abril; 3/2014, de 22 de enero; 11/2015 y 12/2015 de 30 de septiembre; 7/2016, de 20 de abril; cuyas consideraciones de carácter general se dan por reproducidas.

En el informe 5/2013, de 10 de abril se indicaba que: *“Como recuerda el Tribunal Supremo, 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 apartado 1.g) del TRLCSP que establece 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, 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, 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».

Este artículo no contiene una regulación material concreta y específica de las causas que inhabilitan para contratar con el sector público, sino que remite a otras normas jurídicas.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 71.1, apartado g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público que entrará en vigor el próximo día 9 de marzo.

La normativa específica de las entidades locales que regula las incompatibilidades, Ley 7/1985, de 2 de abril de Bases de Régimen Local, artículo 73.1, (en adelante LRBRL); Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, artículo 108; y 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, artículos 6.1, 9.5 y 10, (en adelante ROF), 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.

Esta remisión 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) que señala en su punto 2 que también son incompatibles:

Letra d) *«los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes»*.

Como también señalamos en el informe 5/2013, de 10 de abril: *“La norma que contiene el artículo 178 opera en dos sentidos diferentes, de un lado para que las personas mencionadas “contratistas” 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 fundamento de esta prohibición de contratar se encuentra en el principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE. 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.”

No obstante lo anterior, las prohibiciones de contratar en tanto que normas que suponen una limitación de derechos, deben ser interpretadas de forma restrictiva respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o analógica. En este sentido existen pronunciamientos tanto de esta Junta Consultiva, en nuestro informe 11/2015, de 30 de septiembre, como la jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencias de 23

de enero de 1984, o la de 26 de abril de 2002 y los acuerdos de la Junta Electoral Central (en adelante JEC), por todos, el acuerdo de 15 de septiembre de 2011 de la JEC.

III.- La adquisición de la condición de concejal. Toma de Posesión.

Es esencial concretar no solo el momento en que se adquiere la condición de concejal, sino también los derechos y obligaciones inherentes al cargo y para ello tendremos en cuenta lo previsto en el artículo 108 de la LOREG que regula entre otras “la proclamación de electos por la Junta Electoral, así como la expedición a los electos de las credenciales de su proclamación”.

De esta normativa se desprende que se adquiere la condición de “concejal electo” con la expedición de la credencial de su proclamación por la Junta Electoral. En ese sentido se viene manifestando la doctrina de la JEC (por todos Acuerdo 44/2017) que señala que *“no es causa de pérdida de la condición de concejal la no formalización de la toma de posesión, por cuanto ni la legislación electoral ni la de régimen local establecen un plazo para la toma de posesión del cargo de concejal, por lo que quien no hubiera formalizado la misma conserva la condición de concejal electo en tanto no renuncie a la misma”*.

El procedimiento para adquirir la plena condición del cargo está regulado en el punto 8 del citado artículo 108 que dice: *“En el momento de tomar posesión y para adquirir la plena condición de sus cargos, los candidatos electos deben jurar o prometer acatamiento a la Constitución, así como cumplimentar los demás requisitos previstos en las Leyes o reglamentos respectivos.”*

Vemos que la LOREG distingue entre “cargo electo” y “cargo efectivo”; el cargo electo no puede ejercer sin el cumplimiento de los requisitos de incorporación al ejercicio entre los que se encuentra el juramento de la toma de posesión.

Igualmente la normativa local, artículos 73.2 de la LRBRL y 6 del ROF, que señalan que *“Los miembros de las Corporaciones locales gozan, una vez que tomen posesión de su cargo, de los honores, prerrogativas y distinciones propios del mismo que se establezcan por la Ley del Estado o de las Comunidades Autónomas y están obligados al cumplimiento estricto de los deberes y obligaciones inherentes a aquél.”*

La “toma de posesión”, supone, por tanto, la asunción personal de la plena condición del cargo y es en ese momento cuando el concejal puede gozar de los derechos inherentes al cargo y consecuentemente debe asumir los deberes y las obligaciones propios del mismo. A partir de dicho momento pues serán aplicables las causas de incompatibilidad y de prohibición de contratar a las que se refiere la normativa sobre contratos del sector público. La propia JEC en acuerdo 683/2011 señala que: *“La declaración de incompatibilidad de un concejal por el Pleno de la Corporación Local solo puede producirse a partir del momento en que este haya podido tomar posesión del cargo. Por eso, el artículo 178.3 de la LOREG señala que cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia de 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.”*

Por todo ello, las prestaciones que el Concejal electo hubiese realizado con anterioridad a la “toma de posesión del cargo”, deberán ser liquidadas.

Finalmente y a la vista de lo manifestado en el escrito de consulta, queremos recordar que tanto el artículo 28 del vigente TRLCSP como el artículo 37 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, establecen el carácter formal de la contratación, que imposibilita la contratación verbal, salvo que el contrato tenga, conforme a lo señalado en el artículo 113.1 del TRLCSP, carácter de emergencia.

III. CONCLUSIONES

UNICA. El acto de “toma de posesión” implica la asunción por el concejal electo de la plena condición del cargo, y es el momento a partir del cual el concejal electo puede hacer efectivos los derechos y asume los deberes y obligaciones inherentes al cargo, de manera que es a partir de tal momento cuando podría incurrir en causa de prohibición de contratar con las administraciones públicas

Informe 1/2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 11 de enero de 2018.