

Informe 14/2014, de 25 de junio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

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

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Villarroya de la Sierra (Zaragoza) se dirige, con fecha 3 de abril de 2014, 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 se produce la siguiente circunstancia

- 1.- El Pleno de la corporación está integrado por siete concejales.*
- 2.- Uno de los concejales, que forma parte del equipo de gobierno, tiene constituida una sociedad civil, de la que forma parte con un 20 %.*
- 3.- Esa sociedad civil regenta un negocio de panadería.*
- 4.- Esa panadería es el único negocio de esa naturaleza que existe en el municipio.*
- 5.- En ocasiones, este Ayuntamiento para las distintas actuaciones que realiza (fiestas, vinos de honor etc.) adquiere productos de este establecimiento, de forma ocasional y esporádica.*
- 6.- En el último ejercicio las adquisiciones no han alcanzado el importe de 500 euros.*

Por todo lo expuesto:

Solicita informe de esa Junta Consultiva de Contratación acerca de si esta sociedad civil, de la que participa el concejal de este Ayuntamiento con el 20 %, es incompatible para vender productos de la panadería al Ayuntamiento de Villarroya de la Sierra».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 25 de junio de 2014, 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 Villarroya de la Sierra (Zaragoza), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del régimen de las incompatibilidades de los concejales en relación a la participación en procedimientos de contratación de las entidades locales de las que forman parte.

El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Villarroya de la Sierra (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. 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; y 3/2014, de 22 de enero; cuyas consideraciones de carácter general se dan por reproducidas.

Y, en cuanto a la capacidad para contratar con las Administraciones públicas de las sociedades civiles, esta Junta se pronunció en su Informe 8/2012, de 7 de marzo; cuyas consideraciones de carácter general se dan también 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 concorra 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.

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 cuanto a la prohibición de contratar que afecta a aquellas empresas, o sociedades, en las que los miembros de la Corporación Municipal, o sus cónyuges y asimilados, o descendientes, tengan una participación en el capital social, se ha suscitado en ocasiones la cuestión de si la misma 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. Esta Junta, en su Informe 24/2011, de 12 de septiembre, se pronunció en el sentido de entender 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 60 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%.

Esta Junta, es consciente de las dificultades que este régimen de prohibiciones genera en los pequeños municipios. Y así, en el Informe 15/2010, de 26 de noviembre, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local, advirtió de la necesidad de flexibilizar el régimen de prohibiciones para contratar por incompatibilidad para los

Concejales de pequeños municipios, por entender que la aplicación estricta del artículo 60.1 f) TRLCSP *«causa graves problemas en los municipios pequeños, en los que no existe una diversidad de proveedores que puedan realizar prestaciones para la entidad local, por lo que una prohibición tan rigurosa como la del artículo 49.1.f) deviene en la práctica en la paralización del servicio público o en la necesidad de infringir la norma. En Aragón, hay que recordar que existe un numeroso grupo de municipios de pequeño e incluso ínfimo tamaño, por lo cual el problema es aún más importante»*.

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 incursos 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 14/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 25 de junio de 2014.