

Informe 24/2011, de 12 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Prohibiciones de contratar aplicables a las personas jurídicas en cuyo capital social participen miembros de una Corporación Municipal, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o sus descendientes.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de La Codoñera (Teruel) se dirige, con fecha 25 de julio de 2011, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«En el Ayuntamiento de La Codoñera existe una concejal en esta legislatura cuyo esposo tiene el 33% de la participación en una sociedad limitada y cargo de administrador de una empresa contratista de ejecución de obras que frecuentemente contrata con este Ayuntamiento.

La consulta es la siguiente; estaría esa sociedad limitada incurso en alguna causa de prohibición para contratar de acuerdo con la ley de contratos del sector público de 2007 y demás normativa aplicable».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 12 de septiembre de 2011, 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 recordar, 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 de las Administraciones Públicas. 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, en que se pronuncie sobre cuestiones propias de un determinado contrato si de las mismas puede extraerse un criterio de general aplicación, que sirva de base a la interpretación de la legislación en materia de contratos públicos, como ocurre con la cuestión planteada por la Alcaldesa-Presidenta de La Codoñera, relativa a las prohibiciones de contratar que afectan a las personas jurídicas en cuyo capital social participan miembros de una Corporación Municipal, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o sus descendientes.

La Sra. Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de La Codoñera, 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.

Las causas de prohibición de contratar por razón de incompatibilidad, están reguladas en el artículo 49.1 f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

El artículo 49.1 f) establece que no podrán contratar con el sector público las personas en las que concurran las siguientes circunstancias:

«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».

Es este un supuesto de prohibición de contratar que impide la participación en la licitación de los contratos del sector público de determinadas personas, físicas o jurídicas, por estar incurso en circunstancias que pueden poner en peligro la objetividad e imparcialidad de los órganos contratantes.

Se trata de una prohibición de contratar que no tiene un antecedente inmediato en la Directiva 2004/18/CE sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, pero que se enmarca en la facultad que la jurisprudencia comunitaria ha reconocido a los estados miembros para establecer causas de exclusión diferentes de las previstas en las Directivas, si las mismas tienen por finalidad

garantizar el principio de igualdad de trato y el de transparencia, siempre que, al mismo tiempo, se observe el principio de proporcionalidad (STJCE 16 de diciembre de 2008 (Asunto C-213/07, Michaniki) y STJCE de 19 de mayo de 2009 (Asunto C-318/07, Assitur).

En aras del principio de transparencia y con el fin de garantizar la imparcialidad del ente público contratante, la LCSP —continuando la tradición legislativa anterior en este punto— incorpora en el artículo 49.1 f), este supuesto de prohibición en virtud de incompatibilidad que afecta a miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General de Estado, personal al servicio de las Administraciones Públicas y a determinados cargos electivos, extendiendo además sus efectos a las personas físicas vinculadas afectivamente con los sujetos afectados por la incompatibilidad, y a las personas jurídicas en las que ostenten el cargo de administrador o en cuyo capital social participen cualquiera de ellos. El supuesto de hecho que origina la prohibición, es una incompatibilidad declarada legalmente, y que por tanto no admite posibilidad de prueba en contra, entre los intereses personales de los que ocupan ciertos cargos o desempeñan ciertas funciones públicas y el interés público de la contratación, que tiene por fin garantizar la objetividad en el procedimiento, evitando la eventual colisión entre distintos intereses ajenos al propio de la licitación.

La aplicación de la prohibición de contratar por razón de incompatibilidad a los Alcaldes y Concejales, es una cuestión que se ha suscitado con frecuencia ante las diferentes Juntas Consultivas de contratación que le han dedicado numerosos informes.

La problemática específica deriva de que la LCSP, como también hacía la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, remiten para los cargos electivos a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG) «*en los términos establecidos en la misma*».

La LOREG regula las causas de incompatibilidad con la condición de concejal en el artículo 178, que por lo que interesa a efectos de este informe, dispone en el apartado 2.d) la incompatibilidad de *«los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes»*.

La aplicación de la extensión de la incompatibilidad a los familiares de los Concejales y a las personas jurídicas en cuyo capital participen ambos, y que se recogen en los párrafos segundo y tercero del artículo 149.1 f) LCSP, ha sido cuestionada por algunos sectores doctrinales en base a considerar que al tener la LOREG naturaleza de ley orgánica, se ha producido una congelación de rango, y la LCSP como ley ordinaria no puede ampliar las causas de incompatibilidad establecidas en el artículo 178 LOREG. Esta interpretación no es en absoluto compartida por esta Junta, porque además de considerarla excesiva, resulta contraria a los principios de transparencia, igualdad y no discriminación que deben inspirar la contratación pública y en general la actividad de los entes públicos. Además daría lugar a una situación incoherente en la que a los funcionarios al servicio de los entes locales se les aplicaría un régimen de incompatibilidades mucho más riguroso que aquel al que se sometería los cargos electos de las mismas. Por lo tanto a los miembros de las Corporaciones Municipales les resulta de aplicación el artículo 49.1 f) LCSP en todos sus términos, en tanto norma general en materia de contratos públicos.

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

Sentada la aplicación de los supuestos de extensión de la incompatibilidad para contratar regulados en los párrafos segundo y tercero del artículo 49.1 f) LCSP, a Alcaldes y Concejales, queda pendiente una cuestión que se ha suscitado en

diversas ocasiones, y es 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 49.1 f) LCSP 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, establece 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.

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.

Argumenta 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) LCSP 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.

Todo lo anteriormente expuesto 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 esta una causa de prohibición de contratar.

Por último, indicar que esta Junta abordó en el Informe 15/2010, de 26 de noviembre, relativo al Anteproyecto de Ley reguladora del Patrimonio, el Servicio Público y la Contratación Local, la necesidad de flexibilizar el régimen de prohibiciones para contratar por incompatibilidad para los Concejales de pequeños municipios. El artículo 73 del Proyecto sometido a informe establecía que en las entidades locales con población inferior a 250 habitantes y sólo para contratos menores, la existencia de un supuesto de incompatibilidad fuera únicamente causa de abstención siempre que el concejal no se encontrara sujeto a régimen retributivo por la entidad. La Junta se pronuncia favorablemente sobre este precepto e incluso sugiere su aplicación a municipios de hasta 500 habitantes, por entender que la aplicación estricta del artículo 49.1 f) LCSP *«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 49.1 f) LCSP 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:

a) Los Alcaldes y Concejales.

b) Sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes respecto de los que ostenten su representación legal.

c) Las personas jurídicas en las que los sujetos a los que se refieren los dos párrafos anteriores, ostenten el cargo de administrador o participaciones en su capital social.

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 49.1 f) LCSP, si supera el 10% de las participaciones de la entidad.

Informe 24/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 12 de septiembre de 2011.