

Informe 3/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Compatibilidad de concejal para participar en la licitación de un contrato para la gestión del servicio público de albergue municipal.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Alcalá de Moncayo (Zaragoza) se dirige, con fecha 12 de diciembre de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Con fecha 2 de diciembre de 2013, este Ayuntamiento publicó en el BOP de Zaragoza el anuncio de la convocatoria por procedimiento abierto, atendiendo a la oferta económicamente más ventajosa, varios criterios de adjudicación, para la adjudicación del contrato de gestión del servicio público de Albergue Juvenil Municipal.

Con fecha 11 de diciembre de 2013, el concejal de este ayuntamiento Don Carlos Azagra Galindo, presenta escrito argumentando su posible compatibilidad para participar en el citado procedimiento, basada en el Informe 34/2004 [aunque es el 30/2004], de 7 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que se adjunta.

Como quiera que el informe al que hace referencia en su escrito se refiere a la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas surge la duda sobre la vigencia de tal informe, por lo que se solicita la emisión del informe correspondiente sobre la cuestión planteada».

Se acompaña al escrito del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Alcalá de Moncayo (Zaragoza), copia del escrito del concejal y del Informe de la Junta Consultiva del Estado a que se hace referencia.

No se acompaña ninguna otra documentación, pero del anuncio de convocatoria del Boletín Oficial de la Provincia de Zaragoza (BOP del 2 de diciembre de 2013) y de la página Web de la Diputación Provincial de

Zaragoza, en la que puede accederse al Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares del contrato, se deducen las principales características del mismo.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 22 de enero 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 Alcalá de Moncayo (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 Alcalá de Moncayo (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, y 7/2013, 10 de abril; 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, 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. La aplicación del principio general, conforme al cual las normas prohibitivas, o limitativas de derechos, deben ser interpretadas restrictivamente sin que quepa su aplicación extensiva o analógica.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, con fundamento en el artículo 178 LOREG, y en la jurisprudencia sentada por el Tribunal Constitucional —Sentencia 45/1983, de 25 de mayo y Sentencia 8/1986, de 21 de enero—, de la que cabe deducir que las causas de incompatibilidad no permiten una interpretación extensiva ni analógica; ha venido admitiendo la contratación de las Corporaciones locales con sus miembros siempre que éstos sean los que tengan que sufragar el objeto del contrato (arrendamientos de locales de las Entidades locales, compra de inmuebles a dichas Entidades; en general en contratos de carácter patrimonial).

Y así, indica la Junta del Estado, para el supuesto de que el contrato «*no produzca gasto*» para el Ayuntamiento, habrán de tenerse en cuenta los criterios de inexistencia de incompatibilidad expuestos por esta Junta en sus informes de 21 de diciembre de 1999 (expediente 55/99) reproducido en los de 17 de noviembre de 2003 (expediente 45/03) y en los de 12 de marzo y de esta misma fecha de 2004 (expedientes 48/03 y 43/04), y en el de 7 de junio de 2004 (expediente 30/04) que se cita en la consulta, referido a un contrato de arrendamiento de un local para la explotación de un alojamiento turístico. También en el Informe de 26 de febrero de 2010 (expediente 62/09).

En el mismo sentido el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 26 de abril de 2002, recordó que *«como ha señalado el TC desde su primera doctrina, el art. 23.2 CE consagra el derecho de acceso a los cargos públicos como un derecho de configuración legal, pero que comprende y forma parte de su contenido el de la permanencia en ellos. Y así este Alto Tribunal ha señalado que las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restrictivo. En el bien entendido de que con el régimen de incompatibilidades se trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo o función pública de que se trata. Por consiguiente, no cabe una interpretación extensiva de las incompatibilidades, cuya interpretación y precisión ha de estar presidida por la indicada finalidad de preservar la función pública de una influencia desviada del interés público, por la posible contaminación o incidencia en la toma de decisiones que puede representar una eventual colisión con intereses extraños a los de la ciudadanía a que ha de servir el cargo que se ostenta o por la incidencia en dichas decisiones de intereses privados o particulares»*.

Y en la STS de 31 de mayo de 2004, se advierte que *«no se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido»*.

La Junta Electoral Central también ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión y alude a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, conforme a la cual en materia de incompatibilidades debe hacerse una interpretación restrictiva. Entre otros en su Acuerdo de 15 de julio de 1998 (en

el que se consideró compatible la explotación de un puesto el mercado de abastos municipal por un concejal, previo pago del precio público correspondiente); en el Acuerdo de 19 de septiembre de 2001 (se admitió la compatibilidad de un concejal para ser concesionario del bar de refugio turístico del municipio); y más recientemente el acuerdo de 15 de septiembre de 2011, en que se hace referencia y mención expresa de la STS de 26 de abril de 2002, anteriormente citada.

IV. 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.

En este orden de cosas, y a la vista de la calificación del contrato objeto de licitación, que se realiza por el Ayuntamiento de Alcalá de Moncayo en el escrito de consulta, como contrato de gestión de servicio público; resulta difícil entender que el contrato no se financia con cargo al presupuesto de la entidad local. Pues, en principio, el ejercicio de todas las prerrogativas que son inherentes a todo contrato administrativo de gestión de servicios públicos (modificación, reestablecimiento del reequilibrio económico del contrato, resolución y el posible rescate del servicio) se financian con cargo a los presupuestos de la entidad.

III. CONCLUSIONES

I. Las causas de incompatibilidad no permiten una interpretación extensiva ni analógica. No existe incompatibilidad en los concejales para contratar con las Corporaciones locales, siempre que aquellos sean los que tengan que sufragar el objeto del contrato (arrendamientos de locales de las Entidades locales, compra de inmuebles a dichas Entidades; en general en contratos de carácter patrimonial).

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

III. En los contratos administrativos, el ejercicio de todas las prerrogativas exorbitantes que les son inherentes, se financian con cargo a los presupuestos de la entidad. De manera que, respecto de los mismos, los miembros de las entidades locales son incompatibles para contratar.

Informe 3/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 22 de enero de 2014.