

INFORME 5/2007, DE 24 DE ENERO DE 2008. INCOMPATIBILIDAD DE CONCEJALES Y PROHIBICIÓN DE CONTRATAR.

ANTECEDENTES

Con fecha 19 de noviembre de 2007 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe por el Ayuntamiento de Càlig, al amparo de lo dispuesto en el art. 15 del Decreto 79/2000, de 30 de Junio, del Consell, de creación de la Junta Superior de Contratación Administrativa; con el siguiente tenor literal

"Al efecto de no incurrir en incompatibilidad alguna, el Ayuntamiento de Càlig desea que le resuelvan la siguiente consulta:

¿Puede la empresa del cónyuge del Concejal de Hacienda de este Ayuntamiento realizar obras de un considerable montante económico para el municipio costeadas por el Ayuntamiento?

Este cónyuge es propietario (socio), junto a otros, de una empresa de electricidad. Está casado con la Sra. Concejal de Hacienda en régimen de separación de bienes.

¿Le afecta alguna incompatibilidad para contratar?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La cuestión que plantea el Ayuntamiento de Càlig ha tenido una amplia respuesta en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, así como en otros órganos consultivos en materia de contratación administrativa, pues ha sido frecuente el supuesto planteado por la entidad consultante.

Dado lo genérico de la consulta, esta Junta debe plantear a los efectos de la incapacidad para contratar con la Administración diversas cuestiones a la luz del art. 20 apartado e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) y hacer referencia necesaria a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, por cuanto cambia radicalmente la aplicación de esta prohibición en relación con los miembros electos de las Corporaciones Locales, y aunque en este aspecto, su entrada en vigor será el 2 de mayo del 2008.

Pues bien, en esta línea argumental, debemos primeramente transcribir el apartado e) del citado art. 20 que dispone que será causa de prohibición para contratar con las Administraciones:

“e) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación 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 alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

Las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las Entidades locales en los términos que respectivamente les sean aplicables. “

Por tanto de la lectura del precepto se concluye que la prohibición de contratar en este caso afectara:

- 1º.- A la misma persona física cuando el licitador sea un empresario individual.
- 2º.- A los administradores de la persona jurídica cuando el licitador sea empresario colectivo.
- 3º.- En ambos supuestos alcanzará igualmente cuando la situación de incompatibilidad no se produzca por el propio licitador sino por razón de matrimonio, convivencia análoga y por tanto legalmente reconocida y sus descendientes sobre los que deberán ostentar su representación legal.
- 4º.- Asimismo, en ambos casos, el supuesto de incompatibilidad debe haberse previamente regulado por la legislación específica en la materia, así:

Tratándose de cargos electos en las Corporaciones Locales habrá que distinguir si éstos, a su vez tenían una relación de empleo de la administración local para la que han sido elegidos, y se hallan en régimen de servicios especiales. En este caso, les será de aplicación la Ley 53/84, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas y su normativa de desarrollo.

En caso de que el citado cargo electo no tuviere previamente a su elección una relación de empleo con la administración local será de aplicación el art. 178.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General según la cual son incompatibles con el cargo de concejal los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes.

A la vista de la redacción del art. 20.e) del TRLCAP, el hecho de ser socio el marido de la concejal del Ayuntamiento de Cáliz, no da lugar a esta prohibición, la que se produciría en caso de ser –de acuerdo con el citado precepto– administrador de la misma, lo que deberá tener en cuenta el Ayuntamiento consultante, que por si se produce esta circunstancia.

Así el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de julio de 2006 estima que: “Las prohibiciones para contratar cuando se trata de los cargos electivos de las Corporaciones Locales se rigen también por este artículo 20 de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas toda vez que el mismo remite a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio del Régimen Electoral General, en los términos en ella establecidos. Y esos límites son los contenidos en el art. 178.2.d) que no contempla estrictu sensu esta prohibición de contratar. Pero en nuestro supuesto la misma es evidente dada la remisión del art. 20 de la Ley a la legislación electoral para los cargos electivos locales. La prohibición de contratar se impone a los administradores de la persona jurídica y no a la sociedad propiamente dicha de la que podría formar parte un concejal o el propio alcalde pero esa prohibición sin duda se hace efectiva cuando como en este caso ocurre el alcalde es administrador de la sociedad que contrató con la Corporación. Es precisamente en este caso y no en otro en el que se produce la prohibición ineludible para contratar que afecta a los administradores de la persona jurídica y en este caso al alcalde que ostentaba esa condición en el seno de la sociedad recurrente.” (El subrayado es nuestro).

No obstante todo ello, esta Junta advierte que esta situación cambia radicalmente en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector público, en el sentido de que la nueva redacción que el citado texto da a la prohibición de contratar por mor de incompatibilidad Así el nuevo art. 49 apartado f) in fine establece: *“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.

Por tanto a la entrada en vigor de la citada Ley, que se producirá como hemos señalado el 2 de mayo de 2008, la situación que plantea el Ayuntamiento de Cáliz respecto a nuevas licitaciones, afectará de pleno la situación que se deriva del escrito de consulta, resultando la incapacidad para contratar que, con el actual Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas, no se da en la actualidad.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El hecho de participar en una sociedad el marido de la concejal del Ayuntamiento de Càlig, no da lugar por sí solo a la prohibición de contratar del art. 20.e) del Texto Refundido de la Ley de contratos de las administraciones Públicas, hasta tanto esta ley sea de aplicación para los contratos licitados y adjudicados en virtud de la misma.

SEGUNDA.- A partir de la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, existirá incapacidad de contratar, y por tanto prohibición de contratar, en virtud de la nueva redacción dada por el art. 49.f) de la misma para los contratos que se liciten en aplicación de la misma.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

VºBº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(p.s. Art.1.1ª) Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/7/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACION ADMINISTRATIVA en fecha 24
de enero de 2008.