

Ref.: SUB/SCC/mvt-asm
Asunto: Informe 3/2015

INFORME 3/2015 DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2015. INCOMPATIBILIDADES DE LOS MIEMBROS DE LA UNIVERSIDAD EN LAS LICITACIONES DE LA FUNDACIÓN JAUME I-EMPRESA.

ANTECEDENTES

En fecha 22 de abril de 2015 ha tenido entrada en la Secretaria de la Junta Superior de Contratación Administrativa escrito de 15 de abril de 2015, suscrito por el Rector de la Universitat Jaume I, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Consulta que realiza la Universitat Jaume I a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana de acuerdo con el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, de su creación.

La Fundación Universitat Jaume I-Empresa es una fundación cultural privada sin ánimo de lucro, cuyo Patronato está compuesto por los siguientes miembros, según determinan sus Estatutos:

- *El Rector de la Universitat Jaume I*
- *El Presidente del Consejo Social de la Universitat Jaume I*
- *Un representante de cada una de las entidades públicas o privadas que promocionan la Fundación.*
- *Todos los miembros del Consejo Social de la Universitat Jaume I*
- *Dos vocales nombrados por el Rector entre los vicerrectores de la Universitat Jaume I.*
- *Nueve vocales elegidos por el Consejo de Gobierno de la Universitat Jaume I de entre sus profesores ordinarios.*

La participación de los miembros de la Universitat Jaume I no es actualmente mayoritaria en la composición del Patronato de la Fundación. Su presidencia la ostentan un empresario de una de las entidades que la promocionan, siendo vicepresidentes el Rector, el Presidente del Consejo Social, un vicerrector y un representante de las organizaciones empresariales en el Consejo Social.

A su vez, el Consejo Social de la Universitat Jaume I está compuesto por miembros de diversa naturaleza, según sus Estatutos (aprobados por Decreto 116/2010, de 27 de agosto, del Consell):

- *Tres representantes de la Universitat natos: rector, secretario general y gerente.*
- *Tres representantes de la Universitat elegidos por su Consejo de Gobierno entre sus miembros: un profesor, un miembro del personal de administración y un estudiante.*
- *Dieciocho representantes de los intereses sociales.*
- *Su presidente, nombrado por el Consell de la Generalitat.*

En fecha reciente, el Consejo Jurídico Consultivo de la Comunidad Valenciana, en su Dictamen 659/2014, de 4 de diciembre de 2014, aborda "la conveniencia y adecuación legal del 'convenio' como fórmula jurídica pertinente para la cobertura de las relaciones entre la Universitat de Valencia y la Fundación-Universidad Empresa de la Universitat de Valencia (ADEIT)". El patronato de la Fundación-Universidad Empresa de la Universitat de Valencia (ADEIT), igualmente de naturaleza privada, está compuesto por cargos directivos y de gestión de la Universitat y miembros del Consell Social, entre otros. En su Consideración Sexta analiza, atendiendo a la composición estatutaria del Patronato de la Fundación ADEIT, si existe algún tipo de incompatibilidad o limitación a la presencia y actuación de dicho Patronato y la participación en sus decisiones aplicable a sus patronos que ocupan cargos directivos y de gestión en la Universitat de Valencia, así como a sus miembros del Consejo Social. Concluye que, por cuanto afecta al personal que ocupa cargos directivos y de gestión en la Universitat de Valencia no se aprecia, en principio, incompatibilidad en relación con su condición de Patronos que ostentan precisamente en representación de la Universidad y como consecuencia de la participación de ésta en la Fundación Universidad-Empresa. Respecto a los miembros del Consell Social que, a su vez, sean, a título personal, Patronos de la Fundación, deberá tenerse en cuenta el artículo 8 de la Ley 2/2003, de 28 de enero, en sus eventuales relaciones contractuales con la Fundación.

El artículo 8.1 de la Ley 2/2003, 28 de enero, de la Generalitat, de Consejos Sociales de las Universidades Públicas Valencianas, dispone que "La condición de miembro del Consejo Social será incompatible con la pertenencia a órganos rectores o con el desempeño de cargos de todo orden, por sí o mediante sustitución, en empresas o sociedades que contraten con la universidad la ejecución de obras, la gestión de servicios, la realización de suministros o trabajos de consultoría y asistencia o de servicios, así como con la participación superior al 10 por 100 en el capital social de las mismas, excepto en los casos a que se refiere el artículo 83.1 de la Ley orgánica de universidades".

A la vista de lo anterior, y de acuerdo con la normativa vigente en materia de contratación del sector público, se formula la siguiente consulta:

Dado que los miembros del Consejo Social de la Universitat Jaume I son miembros natos del Patronato de la Fundación Universitat Jaume I-Empresa, y atendiendo a su diversa naturaleza,

1.-¿Existiría algún impedimento o causa de incompatibilidad de alguno de estos miembros en el supuesto de que esta Fundación concurriera a una licitación convocada por la Universitat Jaume I, y, en su caso, contratar con ella?

2.- ¿Existiría algún impedimento o incompatibilidad por lo que respecta a los miembros de la Universitat Jaume I elegidos por su Consejo de Gobierno presentes en dicho Patronato, y que no pertenecen al Consejo Social?

3. - ¿Existiría algún tipo de limitación o causa de abstención de los miembros de la Universitat que forman parte del Patronato de la Fundación para intervenir en los procedimientos contractuales en los que ésta pudiera concurrir?"

En fecha 8 de mayo de 2015 se ha recibido también copia de los vigentes Estatutos de la Fundación Universitat Jaume I-Empresa de Castellón, solicitados por la Secretaría de la Junta.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las cuestiones planteadas en la consulta formulada por la Universitat Jaume I sólo pueden responderse tangencial o parcialmente recurriendo a la legislación en materia de contratación del sector público puesto que pertenecen principalmente al ámbito del régimen de incompatibilidades



personales o incluso al de las normas que regulan el procedimiento administrativo común. Sin embargo, como se verá más adelante, la cuestión planteada puede tener una relevancia que no se limita a las incompatibilidades que puedan afectar, subjetiva e individualmente, a las personas en su calidad de miembros del órgano de administración de una persona jurídica que aspira a contratar con el sector público, sino que tiene también trascendencia en relación con los principios que han de regir la contratación del sector público, motivo por el que se estima que el presente informe facultativo entra dentro de las competencias de esta Junta.

El texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, (en adelante TRLCSP) establece las circunstancias que originan la prohibición de contratar con las personas en quienes concurren siendo, además, su ausencia uno de los requisitos que determinan la aptitud de cualquier persona física o jurídica para contratar con el sector público prestaciones comprendidas dentro del ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP.

Concretamente, entre las circunstancias que guardan relación con la consulta objeto del presente informe, el artículo 60.1 del TRLCSP, en su apartado g),¹ establece la prohibición de contratar con aquellas personas jurídicas cuyos administradores se encuentren 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, o de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, o bien si se trata de cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, en los términos en ella establecidos.

Aunque en la redacción utilizada por el TRLCSP no se concreta qué se entiende por encontrarse en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984 damos por sentado que dicha circunstancia viene referida a la necesidad de que los administradores de la persona jurídica que pretenda contratar con el sector público no se encuentren en situación de incompatibilidad para el desempeño de dicho cargo o bien hayan obtenido la correspondiente declaración de compatibilidad para ejercerlo. Ello es consecuencia de los principios que establece esta Ley al prohibir, con carácter general y al personal comprendido en su ámbito de aplicación, el desempeño de un segundo cargo o actividad en el sector público o la percepción de más de una remuneración con cargo a los presupuestos públicos, salvo en los supuestos y condiciones previstos en la misma Ley.

En lo que se refiere a la incompatibilidad para desempeñar actividades privadas por el personal del sector público el artículo 12.1 de la Ley 53/1984 establece, entre otras prohibiciones, las siguientes:

"1. En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:

(...)

b) La pertenencia a Consejos de Administración u órganos rectores de Empresas o Entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el Departamento, Organismo o Entidad en que preste sus servicios el personal afectado.

¹ El antiguo apartado 1. f) pasa a ser el apartado 1. g) del art. 60, según modificación del TRLCSP por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. BOE 2.10.2015

c) *El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en 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.*

(...)”

En el caso que nos ocupa, aceptando que la Fundación Universitat Jaume I-Empresa de Castellón (en adelante, la Fundación) es una fundación cultural de carácter privado, según el artículo 1 de sus Estatutos, y teniendo en cuenta que su Patronato es el máximo órgano de administración y representación, tal como establece el artículo 14 de sus Estatutos, debe deducirse que las dos circunstancias anteriores suponen un obstáculo para la compatibilidad del desempeño del cargo de patrono de la Fundación por los miembros del Universitat Jaume I, si la Fundación aspira actuar como una empresa contratista de servicios, especialmente para la Universitat Jaume I pero también para cualquier otra entidad del sector público. Esta posible incompatibilidad está reforzada en el caso de los miembros del Consejo Social de la Universitat, al estar establecida para ellos también en el artículo 8.1 de la Ley 2/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Consejos Sociales de las Universidades Públicas Valencianas, que dispone: *“La condición de miembro del Consejo Social será incompatible con la pertenencia a órganos rectores o con el desempeño de cargos de todo orden, por sí o mediante sustitución, en empresas o sociedades que contraten con la universidad la ejecución de obras, la gestión de servicios, la realización de suministros o trabajos de consultoría y asistencia o de servicios, así como con la participación superior al 10 por 100 en el capital social de las mismas, excepto en los casos a que se refiere el artículo 83.1 de la Ley orgánica de universidades”.*

Si, por el contrario, el desempeño del cargo de patrono de la Fundación tuviera la consideración de actividades públicas para las que no se incurre en incompatibilidad, el artículo 8 de la repetida Ley 53/1984 establece que el personal incluido en su ámbito de aplicación -entre el que se encuentra el personal docente o funcionario de las Universidades de titularidad pública- que en representación del sector público pertenezca a Consejos de Administración u órganos de gobierno de Entidades o Empresas públicas o privadas, sólo podrá percibir las dietas o indemnizaciones que correspondan por su asistencia a los mismos, ajustándose en su cuantía al régimen general previsto para las Administraciones Públicas. Las cantidades devengadas por cualquier otro concepto serán ingresadas directamente por la Entidad o Empresa en la Tesorería pública que corresponda. Además, el mismo precepto establece que no se podrá pertenecer a más de dos Consejos de Administración u órganos de gobierno a que se refiere el apartado anterior, salvo que excepcionalmente se autorice para supuestos concretos mediante acuerdo del órgano competente de la Comunidad Autónoma.

En consecuencia, vistos los estatutos de la Fundación, su carácter privado y teniendo en cuenta que el Patronato es su máximo órgano de gobierno y administración, una primera conclusión es que, para que la Fundación pueda contratar con el sector público, los miembros del Patronato deben no encontrarse en ninguno de los supuestos de incompatibilidad a los que se refiere el artículo 60.1.g) del TRLCSP, lo que no parece posible en el supuesto de pertenecer al colectivo del personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, a tenor de lo dispuesto en su artículo 12 y considerando tal actividad como de carácter privado, en general. En segundo lugar, por lo que respecta a su pertenencia o no al Consejo Social de la Universitat Jaume I, hay que destacar que dicho requisito es independiente de dicha circunstancia al tratarse el artículo 60.1 del TRLCSP de un precepto básico de aplicación general a todos los entes del sector público.

No muy diferente sería el resultado anterior si el desempeño del cargo de patrono de la Fundación tuviera la consideración de actividad 'pública' a efectos de la Ley 53/1984, posibilidad que guarda relación con la circunstancia de que algunos miembros del Patronato lo son en función de su cargo en la Universitat, como es el caso del Rector y del Presidente del Consejo Social, y el hecho de que, independientemente de lo que declaren los estatutos de la Fundación y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1.f) del TRLCSP, forman



parte del sector público las *“fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades”*. Desconocemos si esta circunstancia se da en el caso de la Fundació Universitat Jaume I-Empresa de Castellón pero, si se diera, cabría entender que existe compatibilidad del personal de la Universitat para desempeñar el cargo de miembro del Patronato de la Fundació respetando lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley 53/194 antes citado y en base a que su redacción permite presuponer tal compatibilidad.

Sin embargo, independientemente del régimen de incompatibilidades, una cosa es que cumpliendo dicho precepto la Fundació pudiera contratar, en general, con entidades del sector público de las que no depende ni tiene vinculación, y otra muy distinta es que pueda hacerlo con la Universitat Jaume I para contratos comprendidos en el ámbito de aplicación del TRLCSP o para los que su adjudicación deba someterse a los principios establecidos en dicha Ley. En este último supuesto no es la incompatibilidad subjetiva en la que pueden incurrir los administradores, o en este caso los miembros del Patronato, la causa principal que obstaculiza la concurrencia de la fundación a contratos que hayan de ser adjudicados por la Universitat Jaume I con arreglo a los principios de transparencia y libre concurrencia, no discriminación e igualdad de trato a los candidatos potenciales o efectivos, establecidos en la legislación reguladora de dicha materia, sino la especial vinculación y relación existente entre la Universitat Jaume I y la Fundació que impide el cumplimiento de dichos principios por los motivos que se exponen a continuación.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de los estatutos de la Fundació, ésta, tiene por objeto *“promover y fomentar la relación de la Universitat Jaume I y su entorno socioeconómico, mediante la realización de acciones y proyectos propios o concertados entre la Universitat Jaume I y las empresas privadas o administraciones públicas”*, lo que incluye diversos objetivos generales relacionados en el artículo 3, tales como *“la prospección del entorno socioeconómico en los ámbitos de competencia de la Fundació”*; potenciar y promover la realización de contratos de investigación; incrementar la oferta universitaria de formación posgrado; promover actividades de extensión universitaria; ampliar la realización de prácticas en empresas; poner en marcha programas de orientación y de inserción profesional y laboral, y crear premios, becas y ayudas a la investigación y a la formación. Asimismo, en lo que se refiere a las relaciones entre la Universitat Jaume I y la Fundació, el artículo 4 de sus estatutos establece que se regirán por un convenio específico de colaboración.

Por tanto, a la vista del objeto de la Fundació y excluyendo las relaciones que pueden ser objeto del citado convenio de colaboración, puede deducirse que, de los contratos celebrados por la Universitat Jaume I, sólo cabría inicialmente imaginar la posibilidad de que la Fundació pretendiera concurrir a licitaciones de dos tipos de contratos a los que les son de aplicación las normas de la Ley de Contratos del Sector Público, al menos en lo que se refiere al procedimiento para su adjudicación:

- a) Contratos de servicios de los definidos en el artículo 10 del TRLCSP que tengan por objeto prestaciones comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad de la Fundació y para los cuales esta reúna los correspondientes requisitos de aptitud y solvencia.
- b) Contratos de investigación y desarrollo a los que se refiere el artículo 4.1.r) del TRLCSP que, pese estar excluidos del ámbito de aplicación de esta ley, su adjudicación se rige también por los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación y de elección de la oferta económicamente más ventajosa.

Por otra parte, suponiendo que dicha posibilidad se diese, ha de tenerse en cuenta que, de conformidad con lo establecido en el artículo 156 de los Estatutos de la Universitat Jaume I, aprobados por Decreto

116/2010, de 27 de agosto, del Consell, el Rectorado es el órgano de contratación de la Universitat, dándose al mismo tiempo la circunstancia de que el Rector y dos Vicerrectores son también miembros del Patronato de la Fundación, según se establece en el artículo 15 de sus respectivos estatutos.

Todo ello configura un marco en el que se produce una incompatibilidad objetiva para que la Universitat Jaume I pueda contratar a la Fundación contratos como los descritos sometiéndose a principios de transparencia, confidencialidad de las ofertas, igualdad de trato y no discriminación de los licitadores. No es posible presumir que la Fundación concurriría a una contratación de la Universitat Jaume I en condiciones de igualdad frente a cualquier otro licitador cuando el órgano de contratación de la Universitat forma parte del órgano de administración de la Fundación y todos los que intervienen en la contratación se encuentran en una situación de dependencia jerárquica respecto de él, así como tampoco es posible garantizar el secreto de las proposiciones hasta el momento del acto público de la licitación cuando el órgano de contratación de la Universitat o personal que depende de él conocen o pueden conocer una de las proposiciones, la de la Fundación, e incluso participar en su elaboración. O viceversa: tampoco es posible que miembros del Patronato de la Fundación participen en la elaboración de las especificaciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, pues en ese caso la concurrencia de la Fundación a su licitación debe considerarse expresamente prohibida por el artículo 56 del TRLCSP ya que dicha participación puede provocar restricciones a la libre concurrencia y supone un trato privilegiado respecto al resto de licitadores.

Entendemos también que esta circunstancia que hemos dado en llamar incompatibilidad objetiva para que la Fundación pueda participar en procedimientos de adjudicación convocados por la

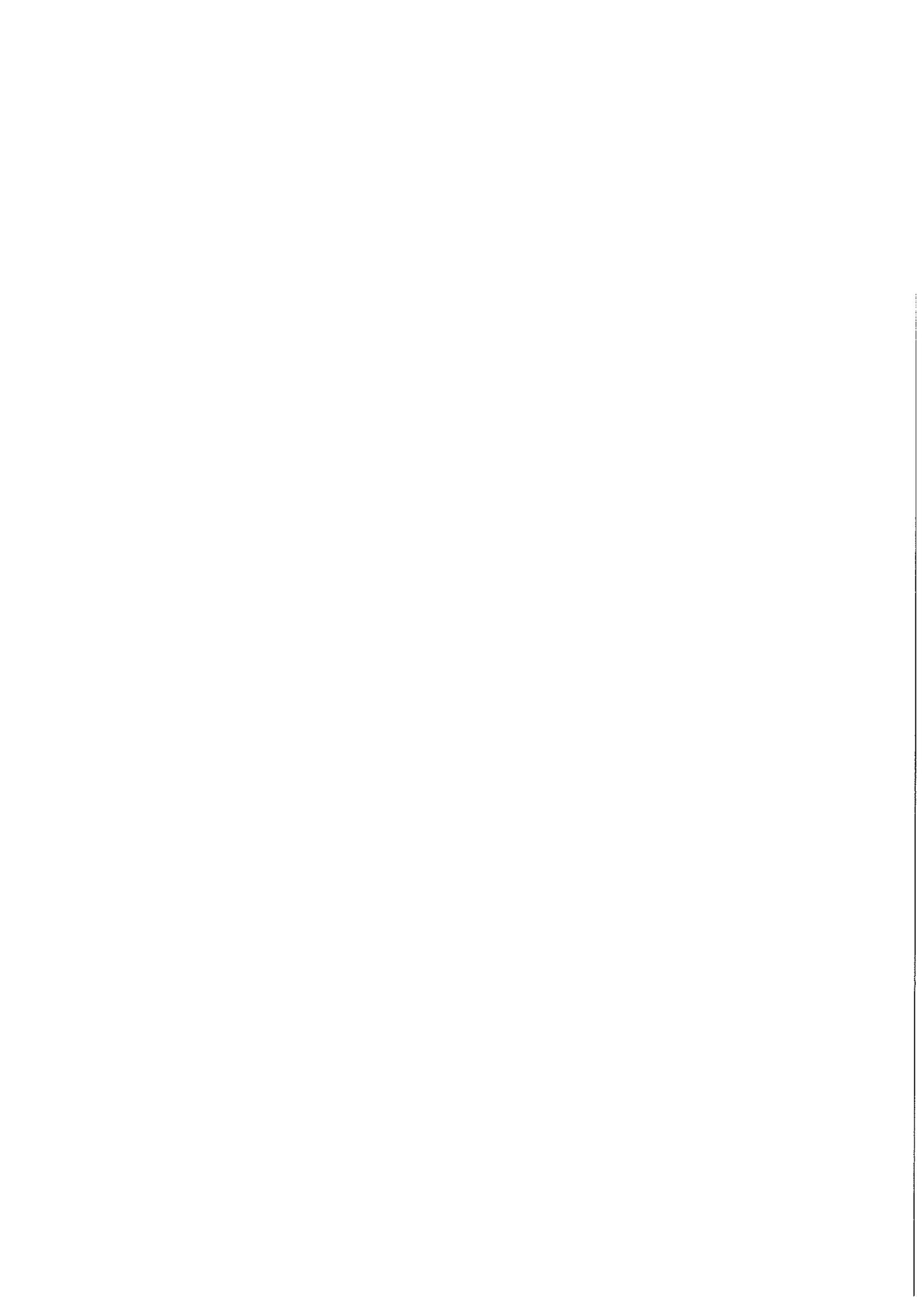
Universitat Jaume I, para su adjudicación conforme al TRLCSP, no puede subsanarse con el recurso a la abstención previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común. Es cierto que el Rector de la Universitat Jaume I puede delegar las facultades del órgano de contratación o abstenerse de participar en cualquier procedimiento de contratación de la Universitat en el que concurra la Fundación de cuyo Patronato es miembro, pero ello no supone mayores garantías de igualdad de trato para los otros licitadores interesados en la contratación porque no desaparece la coincidencia de intereses entre la Universitat como poder adjudicador y uno de los licitadores -la Fundación-, ni pueden asegurarse las condiciones de igualdad en la información previa o los requisitos de confidencialidad de la licitación, por la doble condición del Rector y otros miembros del Patronato que, a su vez, pertenecen a la Universitat Jaume I pudiendo desempeñar funciones del órgano de contratación o de asistencia a éste.

CONCLUSIONES

Primera.- De conformidad con lo previsto en el artículo 60.1, apartado g, del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no pueden ser contratistas de servicios para el sector público las personas jurídicas en las que, como actividad de carácter privado, desempeñen cargos en sus órganos de administración o dirección personas comprendidas en el ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas.

Segunda.- No se encuentra en supuestos de incompatibilidad de la Ley 53/1984 y, en consecuencia, no incurre en la causa de prohibición de contratar establecida por este motivo en el artículo 60.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, la entidad o empresa de cuyo órgano colegiado de administración o gobierno forme parte, en representación del sector público, personal incluido en el ámbito de aplicación de la citada Ley 53/1984, siempre que este personal sólo pueda percibir dietas o indemnizaciones por su asistencia a dicho órgano en los términos establecidos en el artículo 8 de esta Ley.

Tercera.- Sin perjuicio de lo anterior, conforme a principios de transparencia, no discriminación e igualdad





de trato a todos los licitadores o candidatos, no puede participar en un procedimiento de contratación de un poder adjudicador del sector público una empresa o entidad de cuyo órgano de administración forme parte la propia persona titular del órgano de contratación de dicho poder adjudicador, o personal dependiente o vinculado a ella que pudiera participar en la elaboración de las especificaciones técnicas o los documentos preparatorios del contrato, o pudiera conocerlos con anterioridad a su licitación o participar en el procedimiento ejerciendo funciones para el órgano de contratación de forma que no quede garantizada la confidencialidad de las ofertas hasta su apertura o la imparcialidad de su valoración.

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.

Vº Bº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA

LA SECRETARIA

Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 13 de
noviembre de 2015.