

Informe 6/10, de 23 de julio de 2010. «Duda sobre si de la aplicación literal del artículo 49.1 f), párrafo 2, de la Ley de contratos del sector público se desprende que la prohibición para concurrir a contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Local alcanza a personas jurídicas en cuyo capital participen miembros de la Corporación Local, sin hacer referencia a porcentaje de participación por mínimo que sea»

Clasificación de los informes: 6. Prohibiciones para contratar. 6.1. Cuestiones generales.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Huétor Vega (Granada) se formula consulta en los siguientes términos:

"Al amparo de lo establecido en el art. 17 del Real Decreto 30/1991 de 18 de enero solicito que por esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa se emita dictamen respecto a la posible prohibición de contratar de una sociedad mercantil que está participada en un 2% por un Concejales de este Ayuntamiento.

La cuestión se suscita porque el art. 49.1.f) en su párrafo 2 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre de Contratos del Sector Público extiende la prohibición para contratar 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.

Esta Junta Consultiva ha señalado en varios informes que ni la Ley 12/1995 de 11 de mayo de incompatibilidad de los miembros del Gobierno, hoy Ley 5/2006 de 10 de abril de regulación de conflictos de intereses de los miembros del gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado, ni la Ley 53/1984 de 26 de diciembre de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas son de aplicación a los concejales o miembros de la corporación, de manera que la única disposición en la que se pueden fundamentar situaciones de incompatibilidad es la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio de Régimen Electoral General.

En el informe 6/1997 de 20 de marzo se dice textualmente que "existirá incompatibilidad cuando el Concejales o las personas a las que extiende la incompatibilidad según el propio art. 20 e) de la LCAP concurren a contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación Municipal. Sin embargo, la nueva LCSP extiende la prohibición de contratar a las personas jurídicas en cuyo capital participen.... "Cargos electos al servicio de las mismas; y la LOREG no hace alusión a ningún porcentaje de participación".

Existiendo por tanto dudas de esta Alcaldía se solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el siguiente extremo:

Si de la aplicación literal del art. 49.1 f) párrafo 2 de la LCSP se desprende que la prohibición para concurrir a contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Local alcanza a las personas jurídicas en cuyo capital participen miembros de la Corporación Local, sin hacer referencia a porcentaje de participación por mínimo que este sea".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta formulada por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Huétor Vega plantea una sola cuestión relativa a si la prohibición de contratar contenida en el artículo 49.1 f), párrafo segundo de la Ley de Contratos del Sector Público es de aplicación cualquiera que sea el porcentaje de participación en la persona jurídica contratista por parte del cargo electo.

Ante todo conviene recordar el contenido del precepto mencionado. Dicho artículo dispone que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurre 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 signo legal".

2. La cuestión se plantea de forma especial respecto de los cargos electos en la Corporaciones Locales, porque, en tanto las leyes que regulan las incompatibilidades del personal al servicios de las Administraciones públicas o los conflictos de intereses de los Altos Cargos del Gobierno de la Nación establecen porcentajes de participación por debajo de los cuales no existe incompatibilidad, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General no contiene norma de naturaleza similar.

En efecto, 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 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 titulares de los cargos previstos en el artículo 3 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 diez 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, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General a que se refiere el artículo 49.1 antes mencionado, en su letra f) no contiene más que una referencia a la incompatibilidad de los cargos electos 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*" (artículo 178.2 d) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General), circunstancia ésta que por mor de lo dispuesto en el artículo 49.1, f) de la Ley de Contratos del Sector Público se extiende también a las personas jurídicas en cuyo capital participe.

De conformidad con ello, las personas jurídicas de cualquier naturaleza en cuyo capital participen cargos electos municipales, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes de aquéllos, no pueden contratar con las corporaciones locales de las que forman parte ni, por ende, participar en las licitaciones convocadas para la adjudicación de los contratos financiados por ellas.

3. Queda por resolver, de conformidad con lo anterior, la cuestión relativa a si esta incompatibilidad se refiere a cualquier participación o si por el contrario cuando ésta no supere un determinado límite no debe ser tenida en cuenta a los efectos examinados.

Al respecto cabe decir, en primer lugar, que puesto que la Ley indicada no contiene norma alguna al respecto 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.

4. 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 limite 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 a 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.

CONCLUSIÓN.

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 letra f) de la Ley de Contratos del Sector Público 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.