

Informe 23/92, de 16 de septiembre de 1992. "Posible incompatibilidad para contratar de una empresa de la que el cónyuge de un funcionario de la Diputación forma parte del Consejo de Administración y cuenta con más del 10 por 100 del capital social"

Clasificación de los informes: 6.2. Incompatibilidades.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Huesca se dirige escrito a esta Junta Consultiva redactado en los siguientes términos:

"Como consecuencia de la modificación del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, operada por la Ley 9/91, de 22 de marzo, esta Corporación Provincial solicita informe a esa Junta sobre el asunto que a continuación se expone.

1. Funcionario de esta Institución cuyo cónyuge forma parte del Consejo de Administración de una empresa -contando además con más del 10% del capital social-, que licita para un contrato de suministro en la misma. Se plantea la posible incompatibilidad para contratar por parte de dicha empresa.

2. En el supuesto de que el funcionario tuviese asignado complemento específico en cuantía superior al 30% de su sueldo base -excluida antigüedad-, ¿tendría alguna incidencia en el expediente de contratación, de conformidad con el artículo 9.6 de la Ley de Contratos del Estado?. Por otro lado, ¿cuál es el alcance de aplicación del artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales?.

Esta Presidencia solicita de esa Junta la remisión del presente informe con la máxima urgencia posible dado el interés público de esta Corporación en adquirir el suministro, objeto de contratación, máxime cuando la tramitación del mismo se encuentra en la fase previa a la adjudicación."

CONSIDERACIONES

1. Del propio escrito en el que se formula la consulta resultan ser tres las cuestiones suscitadas, consistiendo la primera en determinar la posible incompatibilidad para contratar con la Diputación una empresa de la cual el cónyuge de un funcionario forma parte del Consejo de Administración, contando con más del 10% del capital social.

La Ley 9/1991, de 22 de marzo, por la que se da nueva redacción al apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado introduce en el mismo la novedad, aparte de referirse a los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que carece de interés a efectos del presente informe, de declarar que la prohibición de contratar alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes menores de edad de las personas incompatibles, por lo que en el presente caso, tratándose de la persona del cónyuge, habrá que determinar si las circunstancias reseñadas, de concurrir en la persona del funcionario, determinarían la incompatibilidad de la empresa para contratar con la Diputación pues éste es el sentido de la expresión "alcanza igualmente" que utiliza el citado apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por la Ley 9/1991, de 22 de marzo.

Para resolver la cuestión suscitada resulta necesario acudir a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, de cuyo artículo 2º resulta su plena aplicación al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes.

El artículo 12 apartados c) y d) de la citada Ley 53/1984, de 26 de diciembre, señala al respecto que el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la misma no podrá desempeñar, por sí o por persona interpuesta 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 aquellas, ni participar en más del 10 por 100 en el capital de las dichas empresas o sociedades.

Prescindiendo de la dificultad de desentrañar el significado de los términos abstractos de "sociedades contratistas de obras, servicios o suministros" que es lógico entender referidos a la Administración contratante, aunque en el presente caso tal dificultad debe considerarse inexistente al aclararse que se trata de celebrar un contrato de suministro entre la Diputación de Huesca y la empresa de la que forma parte como Consejero el cónyuge de un funcionario, lo cierto es que a dicho funcionario le sería de aplicación los dos supuestos de los apartados c) y d) del artículo 12, sin que dicha aplicación quede enervada por lo dispuesto en el artículo 19 a) de la propia Ley 53/1984, ya que al declarar exceptuadas del régimen de incompatibilidades de la misma las actividades derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar, deja a salvo expresamente lo dispuesto en el artículo 12 de la propia Ley.

Por todo ello debe concluirse que, dado que la condición de funcionario de la Diputación de Huesca determinaría la prohibición por incompatibilidad de celebrar un contrato de suministro con empresa de la que forme parte del Consejo de Administración con participación superior al 10 por 100 del capital social, idéntica consideración debe ser mantenida cuando dichas circunstancias concurren en su cónyuge, ya que a éste "alcanza igualmente la prohibición", según los términos del artículo 9, apartado 6 de la Ley de Contratos del Estado, en su nueva redacción, cualquiera que sea el juicio que de "lege ferenda" suscite la extensión de la prohibición.

2 - Resuelta la primera cuestión planteada procede abordar la segunda consistente en determinar si tendría alguna incidencia en el expediente de contratación, de conformidad con el apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado el que el funcionario tuviera asignado complemente específico superior al 30 por 100 de su sueldo base, excluida antigüedad.

Aunque no se alcanza a comprender con exactitud el extremo consultado, ya que si el incompatible es el cónyuge, resulta indiferente el complemento específico que tenga asignado el funcionario, quizá pueda aventurarse que lo que se consulta es si la incompatibilidad prevista en el artículo 16-1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, en el sentido de que no podrá autorizarse o reconocerse compatibilidad alguna al personal que desempeñe puestos que comparten la percepción de complementos específicos o concepto equiparable, alcanza igualmente, a efectos de contratación administrativa, a los respectivos cónyuges, imponiéndose a juicio de esta Junta una contestación negativa basada en el fundamento de las respectivas incompatibilidades, puesto que la del complemento específico o concepto equiparable tiene por exclusivo fundamento el de la necesaria dedicación, por mayor retribución, al puesto de trabajo, mientras que la del cónyuge trata de evitar colisiones de intereses públicos o privados independientes de la percepción de complementos específicos o conceptos equivalentes por parte del otro cónyuge, por lo que debe concluirse que la circunstancia de que un funcionario perciba complemento específico o concepto equivalente no determina, por sí sola, la incompatibilidad determinante de la prohibición de contratar para el otro cónyuge, pues, incluso, sería dudosa la constitucionalidad de la norma que estableciera tal conclusión.

3 - Por último, en el escrito de consulta se formula la del alcance del artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 que enumera las personas incompatibles para ser contratistas de obras y servicios públicos entre los que, por lo que aquí interesa, figuran los funcionarios públicos en activo de la Administración Local, estatal y de Organismos autónomos y las sociedades en las que los funcionarios tuviesen al ser nombrados o

adquiriesen con posterioridad más del 10 por 100 de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente en sus beneficios u ostentase en ellas algún cargo directivo.

A juicio de esta Junta resulta evidente que al señalar la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, su expresa aplicación al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes, en su artículo 2º, por regular idéntica materia y ser de superior rango y fecha posterior ha derogado las disposiciones del artículo 5º del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, de 9 de enero de 1953 respecto a funcionarios, por lo que en este sentido debe responderse a la consulta sobre el alcance del citado artículo.

CONCLUSION

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1º. Que la prohibición de contratar del artículo 9, apartado 6 de la Ley de Contratos del Estado, en la redacción dada al mismo por la Ley 9/1991, de 22 de marzo, debe apreciarse para la colaboración de un contrato de suministro con empresa de la que el cónyuge de un funcionario forme parte del Consejo de Administración y participe en el capital social con más de un 10 por 100.

2º. Que la prohibición de contratar derivada del artículo 16-1 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas -percibo de complemento específico o concepto equivalente- no debe extenderse, por responder a distinto fundamento, al cónyuge y demás personas a que se refiere el segundo párrafo del apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado.

3º. Que en materia de incompatibilidades de funcionarios de las Corporaciones Locales, el artículo 5 al Reglamento de Contratación de 9 de enero de 1953 debe considerarse derogado por la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.