Informe 44/03, de 17 de noviembre de 2003. "Incompatibilidades para contratar de funcionarios de la Administración Local y concejales".

Clasificación de los informes: 6.2 Prohibiciones para contratar. Incompatibilidades.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Huesca se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito solicitando informe en relación con dos supuestos que se transcribe literalmente:

"Primero.-_El art. 20.e) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que es causa de prohibición para contratar el estar incurso la persona física o administrador de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas, señalando que tal prohibición alcanza, igualmente y entre otros, a los cónyuges de aquéllos.

Dadas las dificultades que entraña interpretar tal artículo, y dada la diversidad de opiniones, así como el carácter prohibitivo de la misma, con las consecuencias que pudieran derivarse de su incorrecta aplicación, se solicita informe de esa Junta Consultiva, acerca de las siguientes cuestiones:

1.- ¿Qué se entiende por supuestos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre? , ¿los citados supuestos son, sin más, el ámbito de aplicación de la citada Ley, previsto en el art. 2.1 de la misma, es decir, el hecho de ser personal al servicio de las entidades que figuran en el citado artículo? o, por el contrario, ¿hace referencia, únicamente, alas actividades del art.12?

Esta cuestión se plantea porque desde esta Diputación se viene interpretando que, los supuestos del citado art. 12, únicamente se refieren a la incompatibilidad del personal al servicio de la Administración para el ejercicio de actividades privadas, tratándose de una incompatibilidad autónoma de la incompatibilidad para contratar con las Administraciones Públicas, en la que se incurre por el hecho, sin más, de que una persona, sea personal al servicio de la Administración pública en la que presta sus servicios, en cuyo caso afecta, igualmente, a su cónyuge.

2.- De acuerdo con lo expuesto, la cuestión concreta a plantear sería si ¿puede contratar con la Diputación Provincial el cónyuge -persona física- de un funcionario que presta sus servicios en la misma?

Segundo. -El citado art. 20 e) señala, igualmente, que son incompatibles para contratar la persona física, o administrador de la persona jurídica, que se encuentren incursos en alguno de los supuestos 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.

Desde esta Diputación siempre ha estado claro que la primera premisa a tener en cuenta -en materia de incompatibilidades para contratar con la Administración- es que, en el supuesto de encontramos ante una persona jurídica, se ha de tratar de la figura del administrador, por lo que, teniendo en cuenta además la doctrina emitida por esa Junta en diversos Informes, si no se trata de tal administrador resulta indiferente, a efectos de incompatibilidad, la participación que el cargo electivo ostente.

No obstante lo señalado, las dudas surgen a la vista de lo manifestado por la Junta Electoral Central, en Acuerdo de 3 de diciembre de 2001, -al que no se ha tenido acceso-, según figura en el Código Electoral (4º edición), del Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 2003, pág. 829, en relación alas causas de incompatibilidad con la condición de concejal -art. 178.2.d) de la LOREG-, ya que según aquella sí concurre causa de incompatibilidad con la condición de concejal el hecho de tener una participación del 50% de una sociedad civil que suministra materiales al Ayuntamiento.

La cuestión que se plantea es si, a la vista de tal Acuerdo, ¿puede considerarse incompatible para contratar con un Ayuntamiento la empresa en la que uno de los socios -concejal de ese Ayuntamiento- cuenta con una participación del 50% en el capital social de la misma, sin ostentar la condición de administrador? o, por el contrario, ¿la incompatibilidad a que se refiere el Acuerdo de la Junta Electoral es para ser concejal, en cuanto causa de incompatibilidad autónoma e independiente de la de incompatibilidad para contratar con la Administración?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como claramente se expone en el escrito de consulta son dos las cuestiones que se someten a informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa relativas a incompatibilidad para contratar con la Administración Local de funcionarios y concejales, debiendo matizarse al respecto, que al extenderse exclusivamente la competencia de la Junta a emitir informes en materia de contratación administrativa (artículo 10 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículo 1 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) el presente informe debe circunscribirse a tal circunstancia es decir, al examen de la incompatibilidad o prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, sin que deba extenderse a cuestiones ajenas a esta materia, como pueden ser las relativa a incapacidades o incompatibilidades para ser funcionario de la Administración Local o concejales de Ayuntamientos.

Por lo que respecta a funcionarios el artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas considera causa de prohibición de contratar al estar incurso la persona física o administrador de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, precisando que la prohibición alcanza, igualmente y entre otros, a los cónyuges de aquéllos.

La remisión que el artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas hace a los supuestos de la Ley 53/1984, de 28 de septiembre, debe entenderse hecho a los funcionarios sujetos a su ámbito de aplicación, por tanto a los funcionarios de la Administración Local, según su artículo 2.1, letra c), sin que pueda circunscribirse a las actividades comprendidas en las letras c) y d) de su artículo 12, pues a éstas últimas no puede quedar limitada la incompatibilidad para contratar. En este sentido, el informe de esta Junta de 30 de enero de 2002 (expediente 45/01) declara que "los preceptos de la Ley de incompatibilidades deben ceder ante el taxativo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues, aparte de la dificultad de desentrañar los términos abstractos de "empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros o arrendatarios o administradoras de monopolios o con participación o aval del sector público" dado que, por ejemplo, la condición de contratista se adquiere una vez y no con anterioridad a la adjudicación del contrato no es misión de la Ley de Incompatibilidades, sino de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determinar los específicos contratos a los que se aplican las prohibiciones de contratar y ya hemos visto que esta última lo hace con carácter general para todos los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas".

Descartado por tanto, que las incompatibilidades para contratar puedan limitarse a los supuestos del artículo 12.1, letras c) y d), de la Ley de Incompatibilidades procede responder a la primera cuestión suscitada que el cónyuge de un funcionario que presta sus servicios en la Diputación Provincial de Huesca están incurso, tanto el funcionario como el cónyuge, en la incompatibilidad que determina la prohibición de contratar con dicha Administración, de conformidad con el artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

3. Por lo que respecta a concejales de Ayuntamientos el citado artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas declara incompatibles para contratar con la Administración a la persona física o administrador de la persona jurídica que se encuentren incurso en alguno de los supuestos de los cargos electivos regulados en la Ley orgánica 5/1985,

de 19 de junio, de Régimen Electoral General en los términos establecidos en la misma, habiendo declarado reiteradamente esta Junta Consultiva, entre otros, en sus informes de 18 de diciembre de 1996 (expediente 60/96), dos de 30 de octubre de 2000 (expedientes 28/00 y 36/00), de 13 de noviembre de 2002 (expediente 29/01) y de 28 de febrero de 2003 (expediente 2/03) que la incompatibilidad alcanza la persona física o al administrador de la persona jurídica, habiendo desaparecido, por derogación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la incompatibilidad prevista en el artículo 5, apartado 4, del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 9 de enero de 1953 que consideraba incompatibles para ser contratista de obras y servicios públicos a las sociedades en las que el concejal, entre otras personas que mencionaba, tuviese al ser nombrado o adquiriese posteriormente más del 10 por 100 de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente en sus beneficios.

Con esta conclusión que da respuesta a la segunda cuestión planteada resulta ocioso abordar cuestiones de incompatibilidad para ser concejal, de un lado, por tratarse de cuestiones ajenas a la contratación que escapan, por tanto, a la competencia de la Junta y, del otro lado, porque al plantear la cuestión, se hace referencia a un Acuerdo de la Junta Electoral Central, cuyo contenido y circunstancias de hecho se desconocen, aludiéndose como única fuente de conocimiento a una publicación privada a la que se incorpora la cita del referido Acuerdo.