



Informe 3/17, de 27 de abril de 2017 Posible incompatibilidad de concejal vinculada con una empresa que pretende participar en licitación del propio Ayuntamiento. AYUNTAMIENTO DE MORAL DE CALATRAVA.

Clasificación del informe: 6. Prohibiciones para contratar. 6.2. Incompatibilidades.

ANTECEDENTES.

El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Moral de Calatrava dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando que se emita informe sobre la posible concurrencia de prohibición de contratar.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Se plantea en la presente consulta si una empresa en la que trabaja una concejala que es hija de su titular (no se especifica en qué concepto) puede presentarse a la licitación de un contrato iniciada por el Ayuntamiento.

Se plantea en una petición complementaria si la eventual prohibición de contratar sería aplicable también a un concejal de la oposición, si la prohibición seguiría existiendo en caso de abstenerse de votar la concejala y, para el supuesto de que se considerara la existencia de la prohibición de contratar, si sería factible que la empresa se presentase mediante una UTE con un administrador diferente del padre de la concejala, si ambas UTEs tienen la misma representación a la hora de presentar una oferta y si tendría que dimitir la concejala en caso de existir la prohibición de contratar.

2. Antes de entrar en el examen de las cuestiones planteadas procede reiterar el criterio de esta Junta Consultiva, expresado en anteriores ocasiones (informes 62/96, 46/98, 31/98, 7/06 o 18/12, entre otros) en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales atribuyen a órganos distintos de esta Junta Consultiva, como sucede, por ejemplo, con el informe preceptivo de los pliegos.



Por el contrario a esta Junta Consultiva le compete dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general. Por ello la intervención de esta Junta, vía de informe, debe limitarse a señalar criterios jurídicos de carácter general sin entrar a dirimir controversias concretas.

3. El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público indica en su artículo 60 que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 61 bis, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias:

“g) 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 o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, 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 a que se refiere el párrafo anterior, 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, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.”

La meritada prohibición puede separarse en distintos supuestos que serían los siguientes: _____



- Que o bien la persona física o bien los administradores de la persona jurídica que se proponga licitar estén afectados por algún tipo de incompatibilidad de las descritas para los miembros del Gobierno y para los altos cargos de la Administración General del Estado; que estén afectadas por las previstas en la normativa de las Comunidades Autónomas; que les sean aplicables alguna de las descritas en la ley de Incompatibilidades o que se trate 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.

Desde el punto de vista subjetivo, un caso como el que se analiza no puede considerarse incluido en este apartado toda vez que la concejala no se presentaría a la licitación como persona física ni tampoco es administradora (al menos no se ha explicitado tal condición) de la persona jurídica. Tampoco cabe la aplicación objetiva del supuesto toda vez que el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, incluye entre las causas de ineligibilidad a los contratistas o subcontratistas de contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes. Que una concejala tenga también un trabajo en una empresa de la que no resulta ni administradora ni titular no permite identificar a la empresa y a la concejala a los efectos de calificarla como contratista del Ayuntamiento.

- El segundo supuesto de prohibición se refiere a las personas jurídicas en cuyo capital participen el personal y los altos cargos a que se refieren las leyes que hemos citado, así como los cargos electos al servicio de las mismas. Pues bien, en este caso no se nos especifica si la concejala es titular de alguna parte del capital de la empresa. En el caso de que no lo fuera no existiría prohibición alguna. En caso de que sí lo fuera y superarse las cuantía previstas en cada caso, la prohibición existiría.

- El último supuesto de prohibición alude los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se



produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero. Este precepto exige una doble condición:

1. Que exista la relación que el precepto contiene, en este caso, la de ascendiente. Por lo que hace esta cuestión en la consulta se dice que el titular de la empresa es el padre de la concejala.
2. Que se produzca un conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

Este último elemento se configura como capital en el presente caso. En este caso, el órgano de contratación es, según se nos indica, el Pleno de la Corporación, órgano del que forman parte todos los concejales. En este sentido, no cabe duda de que la concejala pertenece al órgano de contratación y que su padre es el titular de la empresa que quiere licitar. Por tanto, existe un conflicto de interés real en la medida en que el Pleno de la Corporación es un órgano de naturaleza política, que toma sus decisiones por mayoría y en el que el sentido de la decisión puede estar afectado por la influencia de la concejala que es miembro de la Corporación Municipal.

Por tanto, entiende esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en efecto, existe en casos como el que se nos plantea una prohibición de contratar con el Ayuntamiento.

4. Por lo que hace al resto de las cuestiones planteadas en la consulta, hemos de comenzar con la referente a si la eventual prohibición de contratar sería aplicable también a un concejala de la oposición. La respuesta es que sí lo sería puesto que la propia naturaleza democrática del Pleno y el hecho de que las decisiones se tomen tras una votación en la que puede existir una influencia previa de uno de los miembros de la Corporación determina que sea indiferente que exista un



control aparente del órgano, pues es posible que en la decisión que se tome concurren diferentes fuerzas políticas y que se altere el sistema aparente de mayorías.

La misma conclusión cabe llegar en cuanto a la cuestión de si la prohibición seguiría existiendo en caso de abstenerse de votar la concejala. La mera pertenencia al órgano de contratación permite esa potencial influencia en el sentido de la decisión a que antes hemos aludido.

5. Igualmente inquiriere la presente consulta si sería factible que la empresa se presentase mediante una UTE con un administrador diferente del padre de la concejala, si ambas UTEs tienen la misma representación a la hora de presentar una oferta y si tendría que dimitir la concejala en caso de existir la prohibición de contratar.

Respecto de la primera cuestión es menester recordar que la ley no diferencia el caso de una UTE en cuanto a la existencia de una prohibición de contratar. Por su propia naturaleza una UTE es un sistema de colaboración entre empresarios por tiempo cierto para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro que carece de personalidad jurídica propia. Es cierto que conforme al artículo 59 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público los empresarios que concurren agrupados en uniones temporales deberán nombrar un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo, pero también lo es que los empresarios quedarán obligados solidariamente con la administración contratante y que, aunque frente a la Administración sólo exista un representante, materialmente la contratación afecta a todos los miembros de la UTE, pudiendo quedar todos ellos afectados por la concurrencia de una causa de prohibición para contratar.

Con esta conclusión se puede responder también a la segunda cuestión, atinente a si ambas UTEs tienen la misma representación a la hora de presentar una oferta. Aunque técnicamente la consulta no esté correctamente planteada, pues lo correcto sería preguntar si ambas empresas de la UTE tienen la misma representación, ambas contratan con la entidad contratante y ambas quedan afectadas por el interlocutor con poderes suficientes que se designa para hacer viable el



funcionamiento del contrato. Por eso, a los efectos del presente informe, no se trata tanto de saber a quién pertenece el apoderado seleccionado, sino si concurre la causa de prohibición de contratar en la empresa que conforma la UTE, cosa que ya hemos visto que sí sucede.

Por lo que hace a la cuestión de la dimisión de la concejala, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa ya se ha pronunciado en alguna ocasión sobre esta cuestión recordando lo que la LOREG establece a este respecto en el artículo 178.3 en el que se indica que cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, dé origen a la referida incompatibilidad.

Obviamente la renuncia es absolutamente voluntaria en uno u otro sentido, sin que ello implique necesariamente que la renuncia debe ser necesariamente a la condición de concejala del Ayuntamiento.

CONCLUSIONES.

Con base en lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que:

1. Existe en casos como el que se nos plantea una prohibición de contratar con el Ayuntamiento.
2. Tal prohibición es independiente del hecho de que la concejala esté en la oposición o de que vote de manera efectiva al tomar la decisión.
3. La conformación de una UTE no supone en este caso variación de las circunstancias, por lo que la prohibición seguiría existiendo.
4. Cabe la renuncia voluntaria a la condición de concejal, supuesto en el que ya no existiría la prohibición de contratar.