

Informe 55/00, de 5 de marzo de 2001. "Consulta sobre incompatibilidad de un Consejero de Comunidad Autónoma".

ANTECEDENTES.

1. Por el Consejero de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Junta de Galicia se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

El que suscribe, Conselleiro de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de la Xunta de Galicia, al amparo de lo previsto en el artículo 17, párrafo 2 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, y estimando de especial interés la cuestión que se plantea, que ha suscitado opiniones contradictorias (se envía copia del informe de la Asesoría Jurídica General de la Xunta de Galicia y del dictamen emitido por el catedrático de Derecho Administrativo, D. Rafael Gómez-Ferrer Morant), es por lo que SOLICITO de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, emita INFORME sobre las cuestiones que se precisarán, teniendo en cuenta el siguiente planteamiento:

1.- El reciente fallecimiento de mi padre supondrá -a la vista de sus disposiciones testamentarias- la adquisición, junto con dos hermanos, formando un proindiviso hereditario, de una participación en el Grupo de empresas AURELA, S.L., que, a su vez, ostenta participaciones en varias empresas entre las que se encuentra INASUS. A través de aquel Grupo adquiriría una participación indirecta del 16,64% en INASUS, empresa esta que en ningún momento realiza concierto o sólo por vía de subcontratación con empresas adjudicatarias de obras públicas, pero nunca en licitación que tuviera que ver con órganos o entidades dependientes de esta Consellería.

2.- El artículo 20 del Texto Refundido de la LCAP (precepto de carácter básico a tenor de lo establecido en su Disposición Final Primera) dispone que no podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes::

e) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado Las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas ya las Entidades Locales en los términos que respectivamente les sean aplicables".

Por su parte, la Ley gallega 9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Xunta de Galicia y altos cargos de la Administración autonómica, establece en su artículo 3.4, con una redacción casi idéntica la contenida en el artículo 2.2 de la Ley estatal 12/1995, que:

"Las personas que ostenten un cargo de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley (entre los que se encuentran los Conselleiros) no podrán poseer la titularidad de participaciones, junto con su cónyuge, persona unida por análoga relación, hijos dependientes y personas tuteladas, superiores al 10% en empresas que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local.

En el supuesto de que la persona que sea nombrada para ocupar un puesto de los comprendidos en el artículo 2 de la presente Ley poseyera la participación a la que se refiere el apartado anterior, tendrá que desprenderse de la misma en el plazo de un mes a contar desde su nombramiento. Si la participación fuera adquirida por sucesión hereditaria durante el ejercicio del cargo, tendrá que desprenderse de la misma en el plazo de tres meses desde su adquisición".

C O N S U L T A:

Como se ha expuesto anteriormente, la empresa INASUS ha celebrado subcontratos con empresas adjudicatarias de obras públicas (excepto las licitadas por órganos o entidades dependientes de esta Consellería), pero no realiza contrato alguno con las Administraciones Públicas, ni, en términos más generales, con el sector público.

Teniendo en cuenta, por una parte, que el subcontrato se produce entre el contratista y el subcontratista, y no crea relación jurídica entre el subcontratista y la Administración; y, por otra parte, que, aunque la finalidad de la prohibición contenida en el artículo 3.4 de la Ley autonómica es garantizar la imparcialidad, su interpretación debe realizarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho a acceder y permanecer en las funciones y cargos públicos, recogido en el artículo 23.2 de la Constitución, se formulan las siguientes cuestiones:

A)) Se considera que dentro de la expresión "conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local" se encuentra incluida la subcontratación con contratistas privados, no pertenecientes ni incluidos en el sector estatal, autonómico o local? .

B) De contestar afirmativamente a la pregunta anterior,)Conllevaría para la empresa INASUS la prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que no ostento la cualidad de administrador, tal y como exige el apartado e) del artículo 20 para el supuesto de que el contratista sea una persona jurídica? .

C) En el supuesto de que la contestación a la primera pregunta sea negativa, y suponiendo que se hiciera efectiva la adquisición hereditaria de la participación indirecta de 116% en INASUS,)incurriría esta empresa, a la vista de lo establecido en lo previsto en la Ley Gallega 9/1996, en alguna prohibición para contratar o subcontratar de las previstas en la LCAP?"

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo los informes siguientes:

a) De la Asesoría Jurídica General de la Junta de Galicia, fechado el 31 de mayo de 2000 en el que se por las razones que expone y, aún reconociendo que "la cuestión es dudosa en términos estrictamente jurídicos" concluye que "existen razones suficientes para entender que, en el supuesto manifestado en el escrito de consulta, podría existir la causa de incompatibilidad prevista en el artículo 3.4 de la Ley 9/1996" analizando a continuación las consecuencias jurídicas que de ello derivarían y el modo de proceder frente a las mismas, que incluyen la necesidad de enajenar sus participaciones sociales o renunciar a sus derechos hereditarios.

b) De un Catedrático de Derecho Administrativo emitido a solicitud del Grupo AURELA, S.L. fechado en 16 de octubre de 2000, en el que se sienta la conclusión, de acuerdo con los antecedentes que se le han indicado y las consideraciones contenidas en el cuerpo del dictamen, que el Consejero no está incurso en la prohibición que establece el artículo 4.3,

párrafo primero, de la Ley de Galicia 9/1996, ni tiene la obligación de desprenderse de su participación indirecta en INASUS, S.L., en cuanto excede del 10%.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1.- Antes de entrar en el examen de la cuestión de fondo suscitada y para su concreta delimitación conviene realizar una serie de precisiones y matizaciones acerca de la forma en que se formula la consulta.

Ante todo debe destacarse que la documentación básica que ha sido remitida, aparte del escrito en que se formula la consulta, está constituida por los informes de la Asesoría Jurídica General de la Junta de Galicia de 31 de mayo de 2000 y por un Catedrático de Derecho Administrativo de 16 de octubre de 2000, este último solicitado por la empresa AURELA, S.L. en los que, como expresamente se afirma en el escrito de consulta se sostienen "opiniones contradictorias sobre la cuestión suscitada".

Por ello debe comenzarse por examinar el alcance de los informes jurídicos, en general, en particular, de los que emite esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, deslindando claramente los supuestos de informes que son emitidos por órganos consultivos específicos de las Administraciones Públicas de aquéllos otros que, solicitados por empresas particulares, son emitidos por Licenciados en Derecho aunque en ellos concorra la condición de catedrático.

Como ya ha puesto de relieve esta Junta Consultiva en su informe de 18 de diciembre de 1996 (expediente 62/96) *"dejando aparte el supuesto de informes vinculantes, equivalente a verdaderas resoluciones, los no vinculantes tienen la finalidad de ilustrar al órgano consultante sobre la decisión a adoptar, sin que quede vinculado por el contenido del informe, sino que puede apartarse de sus criterios sin otro requisito que el motivar su decisión, según resulta del artículo 54.1 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a cuyo tenor, serán motivados con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho los actos administrativos que se separen del dictamen de órganos consultivos"*. En el mismo informe se insistía, a continuación, sobre la posibilidad del órgano de contratación de apartarse del criterio del Servicio Jurídico en la aprobación de los pliegos, añadiendo *"sin que para ello sea necesario acudir a informes de Catedráticos, utilizar criterios de informes del Servicio Jurídico del Estado o los de esta propia Junta que, al no ser vinculantes, dejarían al órgano consultante en la misma libertad de decisión, teniendo en cuenta, por lo razonado, la inexistencia en nuestro ordenamiento jurídico de recursos de alzada contra los informes jurídicos, partiendo, por el contrario, del idéntico valor e idénticos efectos de todos ellos"*.

En un caso muy similar al presente, en cuanto a su tramitación, el informe de 17 de marzo de 1999 (expediente 46/98), aparte de remitirse a los criterios del anterior transcrito parcialmente, señalaba la diferencia entre los informes del Letrado asesor de la Administración (un Cabildo insular) y de la Asesoría Jurídica de la empresa pública que pretendía celebrar un convenio de colaboración con aquélla, indicando que mientras los informes del primero -Letrado asesor de la Administración- *"son informes del órgano que tiene encomendado su asesoramiento jurídico y, por tanto, reciben el tratamiento previsto en los artículos 82, 83 y 54.1.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es decir, son informes no preceptivos, ni vinculantes, de cuyos criterios el Cabildo puede apartarse con el requisito de motivar expresamente su decisión"*, añadiendo a continuación que, por el contrario, los informes de la Asesoría Jurídica de la empresa pública *"deben considerarse opiniones de dicha empresa, sin el significado de los que emite el órgano de asesoramiento del Cabildo"*. En el citado informe se concluía que el Cabildo contaba con informes suficientemente expresivos de su Letrado asesor y que quedaba en libertad de resolver la cuestión ajustándose o apartándose de sus criterios, lo cual le exigiría motivar su decisión, sin apreciar especial dificultad para ello, dado -se decía- los extensos informes o manifestaciones incorporados al expediente procedentes de la Asesoría Jurídica de la empresa pública.

Los anteriores criterios de esta Junta Consultiva son perfectamente trasladables al supuesto de hecho consultado y permitirían dar por concluido el presente informe.

En efecto el Consejero o Consejería de Política Territorial, Obras Públicas y Vivienda de Galicia cuenta con un informe de la Asesoría Jurídica General de la Junta suficientemente expresivo en cuanto a la cuestión suscitada, lo que le permite adoptar las decisiones pertinentes ajustándose o no a sus criterios, motivando, en este último caso sus decisiones, lo que tampoco le será difícil si utiliza los criterios del informe del Catedrático de Derecho Administrativo emitido a solicitud de AURELA, S.L., sin que la discrepancia de opiniones entre ambos informes sea causa justificadora de la nueva solicitud de informe a esta Junta Consultiva o a otros órganos consultivos dada la igualdad de efectos que en nuestro ordenamiento jurídico tienen atribuidos los distintos informes.

2.- La conclusión anterior no obsta para que, dado el interés general que puede suscitar para otros supuestos la cuestión de prohibición de contratar por causa de incompatibilidad y las modificaciones normativas que últimamente se han producido en la materia, esta Junta Consultiva realice algunos pronunciamientos concretos sobre la cuestión suscitada.

La causa de prohibición de contratar incorporada al artículo 20 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, no puede ser aplicada de una manera autónoma o independiente, sino que, por las remisiones que comprende, obliga a examinar las respectivas normas de las que resulta o no la situación de incompatibilidad y, en este caso concreto, al tratarse de un Consejero de la Comunidad Autónoma de Galicia, de la Ley 9/1996, de 18 de octubre, de Régimen de Incompatibilidades de los miembros de la Junta y de la Administración, toda vez que el tercer párrafo del citado artículo 20 e) establece que "las disposiciones a que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales, en los términos que respectivamente les sean aplicables".

El artículo 3.4 de la Ley Gallega 9/1996 viene a establecer que "las personas que ostenten un cargo de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrán poseer la titularidad de participaciones superiores al 10% en empresas que tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local" detallando a continuación la manera de proceder distinguiendo que la persona nombrada para el cargo poseyera la participación o la adquiriese por sucesión hereditaria en el ejercicio del cargo.

La verdadera cuestión interpretativa en este caso surge del alcance que haya de darse a la expresión "conciertos o contratos de cualquier naturaleza" y si en dicha expresión están comprendidos los subcontratos. Aun admitiendo la consideración de relación privada entre contratista y subcontratista y las dificultades de aceptar lisa y llanamente la inclusión de los subcontratos en la expresión "conciertos o contratos de cualquier naturaleza" por la sencilla razón de que los subcontratos no se celebran con el sector público estatal, autonómico o local, sino entre empresas privadas, esta Junta Consultiva entiende que la redacción dada al artículo 115.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por la Ley 53/99, de 28 de diciembre, ha venido a disipar toda clase de dudas interpretativas al establecer que en ningún caso podrá concertarse por el contratista la ejecución parcial del contrato con "personas comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20, con excepción de su letra k)" supuesto que significativamente viene a añadirse a los que inicialmente comprendía la primitiva redacción de este artículo 115.4 referente sólo a personas incurso en suspensión de clasificaciones y o inhabilitadas para contratar.

La nueva redacción del artículo 115.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas viene a demostrar que, a partir de su entrada en vigor, ya no será posible subcontratar con personas incompatibles, con independencia de que se haya declarado la prohibición de contratar o declarada la suspensión de clasificaciones.

La aplicación necesariamente combinada del artículo 20 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 3.4 de la Ley de Incompatibilidades de Altos

Cargos de Galicia conduce a la conclusión de que en la expresión "conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local" han de incluirse, a efectos de incompatibilidad legal, los subcontratos celebrados entre una empresa y otra contratista de cualquiera de aquellos sectores.

3.- Contestada afirmativamente la primera cuestión consultada, procede examinar la segunda que consiste en determinar si la empresa INASUS estaría incurso en la prohibición de contratar prevista en el artículo 20.e del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que el consultante no es administrador de dicha Sociedad.

La prohibición de contratar prevista en la letra e) del art. 20 del TRLCAP sólo es aplicable a las personas jurídicas si alguno de sus administradores está incurso en causa de incompatibilidad legal. Por tanto, si la persona física en la que concurra una causa de incompatibilidad legal sólo es partícipe en el capital social, y no es administradora, la persona jurídica no incurrirá en aquella causa de prohibición legal de contratar, siempre que, además, no sean administradores alguna de las personas a que se refiere el párrafo segundo de la letra e) del artículo 20 citado.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, con independencia de las consideraciones realizadas sobre el alcance de sus informes en la primera consideración de este informe, la situación de incompatibilidad que resulte del art. 3.4 de la Ley de Galicia 9/1996, de 18 de octubre, es causa determinante de la prohibición de contratar del art. 20.e del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, siempre que, en el caso de personas jurídicas, la persona incurso en incompatibilidad sea administradora de aquéllas o lo sea alguna de las personas vinculada a aquélla por alguna de las relaciones a que se refiere el párrafo segundo de la letra e) del precepto legal citado, y de la imposibilidad de acceder a subcontratos de conformidad con la nueva redacción del art. 115.4 del mismo Texto Refundido.