Informe 29/01, de 13 de noviembre de 2001. "Incompatibilidad de concejales y de personas unidas por análoga relación de convivencia afectiva de la que existe entre cónyuges".

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Alcobendas se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"SOLICITA a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión de informe sobre la posible existencia de causa de prohibición de contratar con el Ayuntamiento y/o organismo autónomo por concurrir causa de incompatibilidad de las determinadas en el apartado e) del artículo 20 del Real Decreto Legislativo 2/2000 en bases a los siguientes HECHOS:

El Ayuntamiento de Alcobendas viene contratando la inserción de publicidad institucional en los medios de comunicación locales entre los que se encuentra una empresa propietaria de la única Televisión local, la única Radio Local privada y una Revista de programación de ambas.

La cuantía de esta publicidad se determina tanto por las necesidades municipales como por la audiencia de los medios, según los estudios que se realizan y a los efectos de que la información municipal alcance mayor difusión.

En la actualidad el Departamento de Comunicación, que es quien realiza esta gestión se integra en un organismo autónomo municipal cuya Presidenta.(Concejal del Ayuntamiento) está vinculada por relación de convivencia afectiva con uno de los dos únicos administradores solidarios de la Radio y Televisión Local.

Aunque las relaciones contractuales entre el organismo autónomo y la sociedad se suelen mantener a través del administrador no comprometido con la Concejala, la dinámica de los hechos ha planteado la posibilidad de una incompatibilidad en una situación que desde su inicio se desarrolló con toda normalidad ya que la Radio local se fundó en 1.982, la Concejala tomó posesión de su cargo en 1.991. En torno a 1.995 se constituyeron en pareja de hecho y la Televisión local se fundó en 1 .998.

La publicidad mencionada se contrata puntualmente según las necesidades (programa de fiestas, comunicados, campañas, información municipal de interés general...) en los tres medios (Radio, TV. y Revista).

Por su cuantía, se hace a través de contratación menor que al no necesitar formalización ha contribuido a pasar desapercibida esta situación.

Dadas estas circunstancias y ante la posibilidad de realizar proyectos comunes de mayor envergadura:

- ¿Existirá causa de incompatibilidad determinante de prohibición para contratar con esta sociedad administrada por dos únicos administradores solidarios, aún cuando quien represente a dicha sociedad, ante el órgano de contratación no sea su pareja de hecho?

- *¿Existiría incompatibilidad determinante de prohibición para contratar con esta sociedad, si el órgano de contratación fuese distinto a su pareja de hecho?*

Esto es:

- *¿Podría contratar la sociedad con el Ayuntamiento si el órgano de contratación fuese el Alcalde?*

- *¿Podría contratar con el Ayuntamiento si el órgano de contratación fuese el Pleno municipal, con la abstención de su pareja o ausentándose de la sesión?.*

- *¿Resulta relevante a los efectos de la consulta que sólo exista una televisión local y una radio privada en el municipio?*

Si se tuviera que dejar de utilizar estos medios de comunicación únicos en la localidad para transmitir la convocatoria, aviso, emergencia, etc. ¿no quedaría mermado el derecho a la información de los vecinos del municipio?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1.- Las seis preguntas que se formulan en el escrito de consulta, a efectos de su contestación pueden resumirse en una única consistente en la incompatibilidad de Concejales y empresas de las que sean administradores para contratar con el Ayuntamiento con las matizaciones de tratarse en el presente caso, no del propio Concejal, sino de su pareja de hecho; de tratarse de contratos menores; de la posibilidad de subsanar la incompatibilidad con la no actuación o la abstención de la Concejal o la no actuación del administrador incompatible, y de la existencia de una sola televisión local y una radio privada local, con lo que - se dice - la consagración de la incompatibilidad podría mermar el derecho a la información de los vecinos del municipio.

2.- La cuestión de incompatibilidad de Concejales para contratar con los respectivos Ayuntamientos es una de las que con más frecuencia se viene suscitando ante esta Junta, cuya doctrina, incorporada entre otros, a su informe de 18 de diciembre de 1996 (expediente 60/96/ y a dos más recientes de 30 de octubre de 2000 (expedientes 28/00 y 36/00) puede ser resumida, como se hace en estos últimos, en los siguientes términos:

"En definitiva, en tales criterios (se refiere a los de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa) se determina que la incompatibilidad de Alcaldes y Concejales viene establecida en el artículo 20, apartado e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y que, por remisión al artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General, existe, respecto de los Alcaldes y Concejales para los contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes, habiéndose sostenido, por otra parte que la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha derogado de manera expresa el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953, por lo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, cualquiera que fuese la opinión que se sustentase sobre la subsistencia anterior de su artículo 5, que establecía una serie de incompatibilidades para ser contratista de obras y servicios, debe considerarse expresamente derogado sin que pueda ya surtir efectos en orden a la apreciación de las causas de incompatibilidad en dicho artículo establecidas, en particular la de su apartado 4 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 u ostentase en ellas algún cargo directivo.

Debe advertirse, sin embargo, que el artículo 20, letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas extiende la incompatibilidad a las personas físicas y a los administradores de personas jurídicas, por lo que en este último supuesto, también procederá apreciar la incompatibilidad que determina la prohibición de contratar».

A la vista de las anteriores consideraciones, en el presente caso, debe sostenerse, como primera conclusión que para los contratos de publicidad financiados por el Ayuntamiento o, en su caso, por el Organismo autónomo, Departamento de Comunicación, resulta incompatible la Concejal Presidenta del Organismo autónomo y las sociedades en que dicha Concejal sea administradora, cualquiera que sea su participación en el capital social de la sociedad.

3.- La cuestión se plantea en el presente caso, no respecto a la Concejal, sino respecto de quien se dice ser su pareja de hecho.

El artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas recogiendo la redacción de la Ley 13/1991, de 22 de marzo, que se incorporó al entonces vigente artículo 9.5 de la Ley de Contratos del Estado declara en su segundo párrafo que la prohibición por causa de incompatibilidad "alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior.

Cualquiera que sea el juicio que el precepto reseñado merezca, negativo, sobre todo por las dificultades interpretativas que la expresión "personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva" a la existente entre cónyuges puede suscitar, lo cierto es que el párrafo segundo de la letra e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es una norma vigente cuya aplicación, en este extremo, dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso y de su acreditación, sin que a esta Junta Consultiva le corresponda apreciar si en un caso concreto dos personas están vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva a la existente entre cónyuges y solo le permite afirmar que, si efectivamente esta circunstancia concurre en el momento de la celebración del contrato y se acredita, existirá incompatibilidad para contratar entre el Ayuntamiento o el Organismo Autónomo y la persona vinculada a la Concejal por dicha relación afectiva y las sociedades de que dicha persona sea administradora.

4.- Respecto a la circunstancia de tratarse de contratos menores, aunque en un futuro pueden dejar de merecer tal calificativo, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado - dos informes de 7 de marzo de 1996 (expedientes 40/195 y 13/96 - en el sentido de que, de los requisitos el artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el del apartado 2, letra b) referente a la capacidad del contratista, necesariamente ha de cumplirse en los contratos menores, por ser requisito sin el cual no puede celebrarse ningún contrato, debiendo añadirse que tal conclusión no puede quedar sin efecto por la circunstancia de que en los expedientes referentes a contratos menores no exista trámite específico para la acreditación de la capacidad y solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar, ya que si las circunstancias de incapacidad, insolvencia o prohibición de contratar concurren en el momento de la adjudicación, el contrato, aunque sea un contrato menor, será nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y según se desprende de la interpretación de los citados artículos 11.2, letra b), y 20, letra e), de la propia Ley.

5.- En cuanto a la posibilidad de subsanar la incompatibilidad, con la no actuación, o abstención de la Concejal, por parte del Ayuntamiento o del Organismo autónomo o la no actuación por parte de la sociedad contratista del administrador incompatible, hay que señalar que las normas sobre incompatibilidades responden a un principio de prevención de

un conflicto de intereses entre la entidad contratante y la empresa adjudicataria y deben aplicarse sin restricciones, sin que sea posible su subsanación por la vía de la no actuación o abstención de los incompatibles, cuestión que debe ser examinada desde el doble punto de vista de la Administración contratante y del contratista.

En este caso al tratarse de una Corporación Local, desde el punto de vista de la Administración contratante la situación de incompatibilidad se produce por la simple pertenencia a dicha Administración - en este caso el Ayuntamiento - de la persona incompatible, al ser un cargo electivo, siendo indiferente, a este respecto, que el Ayuntamiento como persona jurídica actúe a través de sus órganos de contratación, colegiados o unipersonales, de lo que no forme parte la persona incompatible, pudiendo concluirse que la no actuación o abstención de la persona incompatible no elimina la causa de incompatibilidad y, por tanto, la prohibición de contratar.

Desde el punto de vista de la empresa adjudicataria la solución en el mismo sentido es todavía, si cabe, más clara, puesto que el artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas refiere la situación de incompatibilidad a las personas físicas o a los administradores de las personas jurídicas y, no haciendo restricción alguna en cuanto a estas últimas ha de entenderse que la simple circunstancia de ser incompatible un administrador de la persona jurídica determina la prohibición de contratar de esta última, con independencia de la actuación concreta en las actividades precontractuales del administrador incompatible, ya que, en caso de personas jurídicas la incompatibilidad es de estas últimas y no de los administradores aunque la incompatibilidad de estos últimos sea la que determine la incompatibilidad de la persona jurídica que administran.

Por lo demás esta última interpretación se desprende de la redacción de la letra a) del artículo 20 de la Ley que para el supuesto de prohibición de contratar por condena por sentencia firme, tratándose de personas jurídicas exige que el cargo o representación de los administradores o representantes esté vigente en el momento de apreciar la prohibición de contratar, con lo que el legislador demuestra su criterio de que basta la existencia de administradores incompatibles para que se produzca la prohibición de contratar, con independencia de cual sea la actividad precontractual del administrador incompatible, pues, insistimos, el contrato se celebra con la persona jurídica y no con el administrador.

6.- Por último debe ponerse de relieve la debilidad del argumento de que la consagración de la incompatibilidad, al tratarse de una sola televisión y una radio privada locales pueda mermar el derecho a la información de los vecinos del municipio, puesto que, aparte que puede existir mayor información si la publicidad local se realiza en otros medios distintos, incluso de ámbito regional o nacional, lo cierto es que, en el presente caso, como en todos los de incompatibilidad, puede ponerse fin a las circunstancias determinantes de la misma.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que en los contratos de publicidad celebrados con el Ayuntamiento de Alcobendas son incompatibles los concejales como personas físicas o las personas jurídicas de las que son administradores, de conformidad con la letra e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.
2. Que por expresa dicción del segundo párrafo de los citados artículo y letra la incompatibilidad se extiende a las personas vinculadas a los Concejales con análoga relación de convivencia afectiva de la que existe entre cónyuges, sin que sea competencia de esta Junta pronunciarse si en el caso concreto que se somete a consulta, existe esa análoga relación debidamente acreditada.
3. Que a las conclusiones anteriores no constituye obstáculo el que se trate de contratos menores, ni pueden ser desvirtuadas por la no actuación o abstención del Concejal incompatible o por la no actuación en actividades precontractuales del miembro incompatible de la persona jurídica de la que forma parte como administrador.

4. Que debe descartarse el argumento de disminución de la información, pues aparte de poderse realizar en otros medios, siempre puede ponerse fin a la situación de incompatibilidad.