

Informe 45/01, de 30 de enero de 2002. "Extensión de la incompatibilidad como causa de prohibición para contratar de personas físicas a la persona jurídica de la que el cónyuge es administrador en los contratos de consultoría y asistencia".

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Avilés (Asturias) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"En virtud de lo dispuesto en el artículo 17 del R.D. 30/1991, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, tengo a bien interesar informe de ese órgano consultivo, sobre el siguiente supuesto:

1. Esta Alcaldía, por Resolución 2207/01 y previa instrucción del oportuno expediente de contratación por el Servicio de Educación de la Concejalía de Educación y Cultura, contrató con la sociedad mercantil VIAJES XAREU, S.I. y en el precio total de dos millones cuatrocientas sesenta y ocho mil pesetas (2.478.000 pesetas) (sic) la ejecución de un "Proyecto Organizativo para la Comercialización y Promoción Turística de Avilés y su comarca, y la gestión de la creación de una Sociedad Mixta Comarcal de Turismo". Este contrato es de los que recibe la denominación de "Contrato de consultoría y asistencia", conforme a lo establecido en el artículo 196 del Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRICAP).

2. El contrato se formalizó en documento administrativo el día 3 de mayo de 2001.

3. Con posterioridad a la formalización del contrato y al examinar la escritura de la sociedad mercantil adjudicataria del mismo, se observó que los socios de la misma eran una funcionaria municipal y su cónyuge, siendo este último el administrador único de la misma y siendo la participación de cada uno de ellos en el capital social del cincuenta por ciento. Dicha funcionaria presta sus servicios en la Sección de Parques y Jardines del Ayuntamiento de Avilés, departamento que no pertenece a la Concejalía de Educación y Cultura, sino a la Concejalía de Urbanismo.

4. A resultas de lo anterior, se ha planteado en el seno de la Corporación un debate acerca de la legalidad del referido contrato, versando el mismo acerca de los siguientes aspectos.

4.1 En primer lugar, se suscitan dudas acerca de la interpretación que debe otorgarse a la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e) del Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a partir del análisis del tenor literal del mismo.

4.1.1 El párrafo primero de dicho precepto establece: "Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 53/1984, de incompatibilidades del personal al servicio de las administraciones públicas...".

Las dos prohibiciones de contratar que se establecen en este párrafo afectan pues a las personas físicas incursas en causa de incompatibilidad o a las personas jurídicas cuyo administrador. esté incurso en alguna causa de incompatibilidad.

4.1.2 El párrafo segundo añade una tercera prohibición de contratar: "La prohibición alcanza, igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia efectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior ...". Es en relación con esta extensión de incompatibilidad a los cónyuges donde se centran nuestras dudas.

Por lo que se refiere a las personas jurídicas, su capacidad para contratar vendrá condicionada por el hecho de que su administrador esté incurso o no en causa de incompatibilidad.

Como el párrafo segundo del mismo precepto señala que la incompatibilidad se extenderá a los cónyuges de las personas a que se refiere el párrafo primero y éste párrafo menciona, para las personas jurídicas, únicamente, a sus administradores, se plantea hasta qué punto es posible la extensión de la eventual causa de incompatibilidad que concurra en la persona del funcionario, cuando éste no es administrador de la persona jurídica (no se trata entonces de uno de los sujetos que se mencionan en el párrafo primero y, por lo tanto, no es una de las personas hábiles para poder producir una extensión de su propia incompatibilidad a terceros), a su cónyuge (que es el administrador de la persona jurídica y, por tanto, respecto de quien debe examinarse si está o no incurso en prohibición de contratar de forma directa o por extensión).

Extrapolando las consideraciones anteriores al contrato objeto de consulta, se plantea si es posible extender la eventual incompatibilidad de la funcionaria a su cónyuge y por ende a la sociedad de la que éste es administrador, dado que la primera no es administradora de la sociedad y, por lo tanto, no es el sujeto a que se refiere el párrafo primero del artículo 20.e) para las personas jurídicas.

4.2 En segundo lugar, se ha planteado si la incompatibilidad para contratar establecida en los apartados c) y d) del artículo 12.1 de la Ley 53/1984, de 25 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, se refiere a cualquier contrato o, exclusivamente, a los que se mencionan en los mismos: "empresas concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros", enumeración en la que no aparecen los contratos de consultoría y asistencia, como es el del supuesto que se somete a consulta.

A este respecto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno Balear, en su informe número 1/97, de fecha 19 de noviembre de 1997, al analizar un supuesto que presenta ciertas similitudes con el que ahora se somete a consulta, realizó las siguientes consideraciones.

4.2.1 En primer lugar, dado que el funcionario (cónyuge la persona física a quien se pretendía adjudicar el procedimiento de contratación iniciado) prestaba sus servicios en el departamento que realizaba la contratación, consideró que podría existir incompatibilidad funcional, en los términos del artículo 11 de la Ley 53/1984, por lo que supeditó la ausencia de la prohibición de contratar establecida por el artículo 20.e) del Texto Refundido de la Ley de Incompatibilidades a la existencia de una declaración formal de compatibilidad de que acreditase que las funciones realizadas en su departamento por el funcionario no eran incompatibles con la contratación a que aspiraba su cónyuge.

Sin embargo, la funcionaria del Ayuntamiento de Avilés no presta sus servicios en el departamento contratante y ni siquiera en la misma Concejalía, por lo que no es susceptible de haber incurrido en un supuesto de incompatibilidad funcional y por lo que la ausencia de la declaración de

compatibilidad, al margen de las posibles responsabilidades de índole disciplinario, entendemos no supone sin más la existencia de incompatibilidad, sino que deberá acudirse el análisis de los posibles supuestos de incompatibilidad material.

4.2.2 En segundo lugar, el Informe 1/97 extiende las consecuencias respecto a la compatibilidad o incompatibilidad del funcionario en cuestión a su cónyuge, dado que, al tratarse de una personas física, no se exigen más requisitos que el parentesco, para que se produzca una extensión de la incompatibilidad que pudiese afectar a un cónyuge en perjuicio del otro, ex. párrafo segundo del artículo 20.e) TRLCAP.

Sin embargo, en el supuesto que ahora se somete a consulta, no existe de forma automática esa extensión de incompatibilidad, dado que es necesario que, además de cónyuge, el sujeto que traslada su incompatibilidad al administrador de la persona jurídica, sea también uno de los sujetos del párrafo primero del artículo 20.e), es decir, sea también, administrador de la sociedad.

4.2.3. Finalmente, la Junta Consultiva de Contratación del Gobierno Balear, considera que la prohibición de contratar del artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con los apartados 12.1.c) y d) de la Ley 53/1984, no opera respecto de los contratos de consultoría y asistencia ni en los de trabajos específicos no habituales de la Administración, por no encontrarse este tipo de contratos entre los que expresamente se enumeran en el mismo.

Respecto a este punto y dado que el contrato celebrado por el Ayuntamiento de Avilés también es un contrato de consultoría y asistencia, se nos suscitan dudas acerca de si resulta aplicable al mismo la conclusión alcanzada por la Junta Consultiva de Contratación del Gobierno Balear y debe considerarse que no concurre la causa de incompatibilidad contemplada en los apartados c) y d) del artículo 12.1 de la Ley 53/1984.

En función de todo lo expuesto anteriormente, se plantean ante esta Junta Consultiva las siguientes cuestiones:

1. Acerca de cuál es el alcance que debe darse a la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e) del texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en particular, ¿Puede un funcionario incurso en causa de incompatibilidad, sin ser administrador de una persona jurídica, extender su incompatibilidad a esta persona jurídica de la que su cónyuge es administrador único? .

2. Acerca de la aplicación al supuesto sometido a consulta de las conclusiones alcanzadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en su Informe 1/97, de 19 de noviembre, respecto del alcance que debe darse a las previsiones establecidas en los apartados b) y c) del artículo 12.1 de la Ley 53/1984 y, particularmente, en cuanto a la exclusión que en los mismos se hace de los contratos de consultoría y asistencia."

2. Al anterior escrito, conforme se indica en el mismo, se acompaña copia del expediente titulado "contratación de asistencia técnica para el desarrollo del programa de promoción turística" del cual, a efectos del presente informe, hay que destacar los siguientes datos.

a) *El procedimiento de adjudicación, aunque no se acompaña el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, es el procedimiento negociado sin publicidad, habiéndose solicitado ofertas a "Viajes Xareu, S.L. Viratur", "De Lera Asesores" y "Marsol Mayorista de Viajes", cuyas ofertas se cifraron, respectivamente en la cantidad de 2.478.000 pesetas, 2.500.000 pesetas y 2.500.000 pesetas.*

b) *En fecha 24 de abril de 2001 el contrato se adjudica a Viajes Xareu, S.L. (Viratur) por importe de 2.478.000 pesetas, formalizándose en documento administrativo el 3 de mayo de 2001.*

c) *Escritura de 28 de octubre de 1994 de constitución de la Sociedad Limitada "Viajes Xareu, S.L." comprensiva de los Estatutos Sociales en la cual figuran como únicos socios D. Mario Villoslada Aguado y D^a Carmen Muñiz García, nombrándose administrador único al primero.*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Las cuestiones que se plantean en el presente expediente derivan de la interpretación de la causa de prohibición de contratar incluida en el artículo 20 letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y se centran en los dos extremos concretos de si la prohibición de contratar alcanza a los contratos de consultoría y asistencia o solamente a los de obras, suministros y servicios que se citan en los apartados c) y d) del artículo 12.1 de la Ley 53/1984, de 25 de diciembre y la del alcance que debe darse a la expresión "la prohibición alcanza igualmente a los cónyuges ..." que se utiliza en el citado artículo 20 letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuando el funcionario no es el administrador de la persona jurídica, sino que es el propio cónyuge.

No obstante con carácter previo al examen de las cuestiones suscitadas y teniendo en cuenta que en el escrito de consulta se hace una referencia al informe 1/97, de 19 de noviembre de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares y se solicita expresamente el parecer de esta Junta sobre el contenido y conclusiones del citado informe, hay que realizar algunas consideraciones sobre el alcance de los informes de esta Junta y su relación con los emitidos por otros órganos consultivos.

2. Por su propia naturaleza los informes jurídicos, en general, y en materia de contratación administrativa, en particular, cumplen la función de ilustrar al órgano que los solicita o utiliza sobre el contenido de sus decisiones. Por ello, reiteradamente ha puesto de relieve esta Junta Consultiva que sus informes no son vinculantes, que todos los informes tienen el mismo valor sin que exista un sistema de alzada en materia de informes jurídicos y que el órgano de contratación queda en libertad para aceptar o rechazar los criterios de los informes solicitados, sin mas requisito, en el último caso, que motivar sus decisiones conforme al artículo 54.1.c) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992 (Informe de 30 de octubre de 2000 –Expediente 32/00- y los que en el mismo se citan).

Las anteriores consideraciones impiden a esta Junta Consultiva pronunciarse en relación con el informe 1/97, de 19 de noviembre de 1997 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares y ha de emitir el solicitado con independencia de cualquier otro que se haya emitido o pueda emitirse sobre las cuestiones suscitadas, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, que se desconocen los supuestos fácticos y las consideraciones completas del citado informe de 19 de noviembre de 1997, del que sólo se transcriben aspectos parciales y fragmentarios en el escrito de consulta.

3. Sentado lo anterior, procede pronunciarse sobre las concretas cuestiones suscitadas, comenzando por la que tiene un alcance más general de si la prohibición de contratar de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluida en su artículo 20 letra e) es apreciable o no en los contratos de consultoría y asistencia.

A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la solución afirmativa se impone como consecuencia de los términos taxativos del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expresivo de que, en ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna circunstancia determinante de prohibición de contratar. Este precepto, incluido en el Libro I de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta aplicable a todos los contratos regulados en la Ley y a aquellos a los que se aplican las normas de preparación y adjudicación y, en consecuencia, no pueden ser excluidos ni los contratos de consultoría y asistencia, ni los de gestión de servicios públicos, distintos de los adjudicados por concesión, ni los administrativos especiales y privados, por existir idéntica razón de conflicto de intereses para aplicar la prohibición de contratar en todos ellos y resultar así del encabezamiento del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La exclusión de los contratos de consultoría y asistencia que, insistimos, habría que extender a los de gestión de servicios públicos, distintos de los otorgados por concesión, administrativos especiales y privados se pretende basar en los apartados c) y d) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del personal a los servicios de las Administraciones Públicas que establecen que en todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley no podrá ejercer las actividades "de desempeño, por si o por persona interpuesta, de 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 aquéllas" y "la participación superior al 10 por 100 en el capital de Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior".

Tales 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 arrendatarias o administradores 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.

4. En cuanto a la cuestión suscitada consistente en determinar si a los efectos del artículo 20 letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y para determinar la incompatibilidad el administrador ha de ser el funcionario y no el cónyuge entiende esta Junta que son artificiosas las disquisiciones que, al respecto, se realizan en el escrito de consulta, dado el fundamento de conflicto de intereses que justifica la prohibición de contratar y que conduce a la conclusión literal del artículo que no otra que la de que resulta indiferente que el administrador sea el funcionario o el cónyuge, pues "la prohibición alcanza igualmente al cónyuge", según palabras textuales del segundo párrafo letra e) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y así lo ha entendido esta Junta Consultiva en su informe de 16 de septiembre de 1992 (expediente 23/92) en el que, después de indicar que la incompatibilidad se daría en un funcionario miembro del Consejo de Administración y con participación superior al 10 por 100 del capital social, añadía que "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" cita que admite la sustitución del artículo 9, apartado 6 de la Ley de Contratos del Estado, por su idéntico contenido, por la del artículo 20, letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que las causas de prohibición de contratar comprendidas en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en especial la incluida en su letra e) son aplicables a todos los contratos administrativos y privados que celebren las Administraciones Públicas, sin que puedan excluirse de tal aplicación los contratos de consultoría y asistencia.

2. Que a efectos de aplicación de la causa comprendida en la letra e) del citado artículo 20, es indiferente que las circunstancias de incompatibilidad concurren en el funcionario o en su cónyuge, pues a este último alcanza la prohibición.