

Informe 16/02, de 13 de junio de 2002. "Incompatibilidades de funcionarios y cónyuges para contratar con la Administración".

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

ANTECEDENTES.

Por el Presidente de la Asociación Empresarial de Agencias de Viajes Españolas (AEDAVE) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"De acuerdo con el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, esta Asociación solicita informe sobre las siguientes cuestiones, porque a la vista de diversas consultas privadas demandadas al efecto, no nos resulta clara la respuesta que debe extenderse al sector de las Agencias de Viajes.

La Asociación ha considerado que sería conveniente concretar de manera clara y sencilla las preguntas y así se formulan a continuación:

- 1. ¿Qué capacidad para contratar con la Administración tiene una Agencia de Viajes constituida bajo la forma jurídica de sociedad limitada y participada en una cuantía inferior al 10% de su capital por un cónyuge funcionario y en el resto por el otro cónyuge no funcionario, casados en régimen de separación de bienes, siendo además este último el administrador único de la sociedad?.*
- 2. ¿Podría contratar con la Administración donde el cónyuge funcionario presta sus servicios si la adjudicación del contrato y su contenido no entra en la esfera de su departamento?.*
- 3. ¿La prohibición para contratar se ciñe exclusivamente a la Administración donde el cónyuge funcionario presta sus servicios?, o, ¿se extiende a cualquier tipo de Administración ya sea estatal, autonómica, local o institucional?.*
- 4. Respecto a las prohibiciones para contratar establecidas en el artículo 20 de la Ley de Contratos del Estado y en la misma situación personal indicada anteriormente, ¿están sujetos a las mismas los contratos de asistencia técnica y consultoría?.*
- 5. Las simples ventas de billetes de transportes, "paquetes" de viajes organizados o reservas de plazas de alojamientos, que son actividades ordinarias de las Agencias, ¿entrarían en la prohibición del citado artículo 20?.*
- 6. ¿Modificaría algo, respecto de todas las cuestiones anteriores, el hecho de que el cónyuge funcionario posea el 50 % del capital social y esté casado en régimen de gananciales con el cónyuge no funcionario administrador único que posee el otro 50 % del capital?."*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Vuelven a plantearse ante esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa diversas cuestiones relativas a la prohibición de contratar por incompatibilidad de funcionarios prevista en el artículo 20 letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que deben ser resueltas con simple reiteración de criterios anteriormente expuestos, si bien, para una exposición mas

sistemática de la materia, deben reordenarse las seis preguntas que se formulan en el escrito de consulta.

2. En primer lugar, en cuanto a si la prohibición de contratar se extiende a los contratos de asistencia técnica y consultoría, en nuestro informe de 30 de enero de 2002 (expediente 45/01) ante la misma cuestión - la aplicación de la prohibición de contratar a los contratos de consultoría y asistencia - se declaraba lo siguiente:

"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 al 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 sí 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 ésta última lo hace con carácter general para todos los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas."

3. También sobre la apreciación de esta causa de prohibición de contratar en los contratos menores, a los que parece referirse el escrito de consulta con la cita de "las simples ventas de billetes de transportes, paquetes de viajes organizados o reservas de plazas de alojamientos", también se ha pronunciado esta Junta en su informe de 13 de noviembre de 2001 (expediente 29/01) y los que en el mismo se citan declarando lo siguiente:

"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."

4. Se plantea también la cuestión de si la apreciación de la prohibición de contratar ha de realizarse en relación con la Administración contratante y, si es posible dicha apreciación aunque el funcionario o su cónyuge no presten servicios en el departamento que tiene por objeto o tramita la celebración del contrato.

La prohibición de contratar por causa de incompatibilidad de un funcionario debe limitarse exclusivamente a la Administración contratante, a la que pertenezca el funcionario, pues así se deduce fundamentalmente del examen comparativo de las causas enunciadas en el artículo 20, dado que en los artículos 18 y 19 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se distingue claramente entre aquellas causas de prohibición de contratar cuya apreciación requiere la tramitación de expediente y que pueden producir efectos generales ante todas las Administraciones Públicas y las causas de apreciación automática, cualquiera de las cuales, como es la de incompatibilidad de un funcionario, no pueden producir ese efecto general.

Refuerza esta conclusión la consideración de la prohibición de contratar aplicable a Concejales incluida en la misma letra del artículo 20 de la Ley, que únicamente es posible apreciar respecto a la Corporación Municipal que financie total o parcialmente el contrato (artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General) por la que, por similitud de razón deberá aplicarse a los funcionarios.

La conclusión sentada - incompatibilidad con la Administración contratante - resuelve el problema planteado de si es posible descender a nivel organizativo inferior (departamento, negociado, sección, etc....) para apreciar o no la incompatibilidad, pues ni en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, fundamentalmente en el artículo 20 de la Ley, ni en la normativa sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas - Ley 53/1984, de 26 de diciembre - puede hallarse precepto alguno que justifique tal posibilidad.

5. En cuanto a las cuestiones fundamentales de si la circunstancia determinante de la incompatibilidad es la de que el funcionario o cónyuge sea administrador de la persona jurídica y si esta circunstancia puede ser alterada por la pertenencia de capital, hay que remitirse a los numerosos informes de esta Junta, entre otros a los citados en apartados anteriores, en los que se ha destacado, tanto respecto a funcionarios, como a concejales, que el artículo 20 considera causa de

incompatibilidad la circunstancia de ser administrador de la persona jurídica, que esta circunstancia se extiende al cónyuge, es decir, debe apreciarse respecto del mismo por expresa dicción del artículo 20 letra e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, para nada influye en las conclusiones anteriores la propiedad mayor o menor de participaciones sociales. En particular, respecto a este extremo, debe volverse a tomar en consideración el contenido del informe de 30 de enero de 2002 (*expediente 45/01*) con anterioridad transcrito parcialmente y destacar que, a efectos de compatibilidad, la propiedad del capital, sin concurrir la circunstancia de ser administrador, podría constituir causa autónoma de incompatibilidad, a tenor del artículo 12.1.d de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la prohibición de contratar por incompatibilidad de funcionarios y sus cónyuges, prevista en el artículo 20, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de ser apreciada conforme a los criterios de esta Junta en el sentido reflejado en las consideraciones jurídicas de este informe.