

Informe 20/96, 30 de mayo de 1996. "Consideración de causa de abstención en decisiones sobre contratación o causa de prohibición para contratar respecto de representantes de Ayuntamientos en órganos de administración de empresas con participación pública en su capital".

8.9. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación Provincial de Huesca se dirige a esta Junta Consultiva de Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Esta Corporación Provincial solicita informe a esa Junta sobre el asunto que a continuación se expone, surgido como consecuencia de consultas formuladas por Ayuntamientos de esta Provincia.

El artículo 44 de la Ley 1/1991, de 4 de enero, de las Cajas de Ahorro, aprobada por las Cortes de Aragón establece que los Consejeros Generales de la Asamblea General, en cuanto órgano supremo de gobierno de las Cajas de Ahorro, serán designados, entre otros, en representación de los Ayuntamientos de las zonas de actuación de aquéllas. Igualmente, del artículo 52 de la citada ley se desprende que, del Consejo de Administración, en cuanto órgano delegado de la Asamblea General al que corresponde el gobierno, gestión, administración y representación de la Caja, podrán formar parte representantes de las Corporaciones Municipales.

De acuerdo con lo señalado, esta Corporación solicita a esa Junta informe acerca de:

1.- La existencia de causa de abstención de un corporativo en la votación en Pleno de una contratación a la que concurre una Caja de la que forma parte de su Consejo de Administración en su calidad de miembro de un ayuntamiento de los que estén en su zona de actuación.

2.-

a) La existencia de prohibición para contratar con una Entidad Local de una empresa participada por otra de la que forma parte de su Consejo de Administración un corporativo en representación, a su vez, de una Caja, accionista mayorista de esta última; y siendo representante de la Caja en su condición de miembro del Consejo de Administración de ésta, del que forma parte en su calidad de miembro de Corporación Local que está en la zona de actuación de la Caja.

b) La existencia de causa de incompatibilidad en el Corporativo para ser miembro del Consejo de Administración de la empresa participada por la Caja de la que, a su vez, es miembro del Consejo de Administración por su calidad de tal.

c) En su caso, la existencia de causa de abstención del corporativo en la votación en Pleno de la contratación a la que concurre la empresa participada por otra de la que es miembro de su Consejo de Administración, en representación de la Caja, accionista mayoritario de esta última; y siendo, asimismo, miembro del Consejo de Administración de la Caja el corporativo por su calidad de tal."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones concretas planteadas en el escrito del Presidente de la Diputación Provincial de Huesca, conviene realizar algunas consideraciones generales, reiterando criterios de esta Junta, ante supuestos de hecho muy similares que fueron objeto de consulta por la propia Diputación, en cuanto se consideran que pueden servir de pauta orientativa en cuanto a las concretas cuestiones suscitadas.

2. En su informe de 16 de febrero de 1994 (Expediente 3/94) ante esta Junta se planteaba, por la propia Diputación Provincial de Huesca, la cuestión de si existía incompatibilidad para celebrar contratos entre un Ayuntamiento y una Caja de Ahorros de cuyo Consejo de Administración e, incluso de la Asamblea General, formase parte, por razón de su cargo, un miembro de la Corporación municipal incluida en la zona de actuación de la Caja.

La conclusión a la que se llegaba era la de que "el dato negativo de la inexistencia de norma impeditiva y el dato positivo de preceptos y criterios que contempla la situación en sentido permisivo permiten afirmar que la circunstancia de que formen parte de las Asambleas Generales y Consejos de Administración de Cajas de Ahorro representantes de un Ayuntamiento no impiden la celebración de contratos entre ambos por causa de incompatibilidad, teniendo en cuenta que tal representación está prevista en los artículos 44 y 52 de la Ley 1/1991, de 4 de enero, de las Cajas de Ahorros, aprobada por las Cortes de Aragón".

Como argumentos que apoyaban la conclusión sentada se exponían los siguientes:

"- El citado apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado en la redacción dada al mismo por el artículo 5 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, considera como circunstancia determinante de prohibición de contratar el "estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos o 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".

- Ninguna de las disposiciones reseñadas en el apartado transcrito considera causa de incapacidad para contratar la circunstancia que expresamente se consulta - la que puede afectar a Cajas de Ahorro de cuyo Consejo de Administración o Asamblea General formen parte miembros del Ayuntamiento contratante - sino que, por el contrario, existen preceptos concretos que prevén esta posibilidad, para exceptuarla de la situación de incompatibilidad.

- La Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, aplicable por expresa dicción de su artículo segundo apartado 1.c) al personal al servicio de las Corporaciones Locales y de los Organismos de ellas dependientes, prevé, en su artículo 8º, que el personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley pertenezca, en representación del sector público, a Consejos de Administración u órganos de gobierno de Entidades o Empresas públicas o privadas, sin que las limitaciones que el mismo precepto establece, relativas a la percepción exclusiva de dietas o indemnizaciones, a la cuantía de las mismas y a la prohibición de pertenecer sin autorización a más de dos Consejos de Administración y órganos de gobierno, puedan producir, por su incumplimiento, la prohibición de contratar de la empresa afectada, sin perjuicio de las correcciones a que pueda dar lugar y, por tanto, puede afirmarse que tales limitaciones deben jugar al margen de la solución que se da a la cuestión suscitada.

- En el mismo sentido, aunque no resulte directamente aplicable a la Administración Local, pero por ser revelador de un criterio general en materia de incompatibilidades, debe citarse el artículo sexto de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos que, en sus apartados 1.a) y 1.b), prevé que los titulares de los mismos puedan ostentar aquellos cargos que les correspondan con carácter institucional o para los que fueren designados por su propia condición y que representen a la Administración en los órganos colegiados directivos o Consejo de Administración de organismos o empresas con capital público, sin que tampoco las limitaciones que el propio artículo establece, análogas a las fijadas para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, puedan tener influencia en la resolución de la cuestión planteada.

- En la misma línea argumental, debe citarse el informe de esta Junta Consultiva de 20 de junio de 1985 (Expediente 3/1985), en el que, con ocasión de la consulta sobre la imposibilidad de contratar con la Administración una empresa de cuyos Consejo de Administración y plantilla formaban parte funcionarios de un Organismo autónomo, se realizaban consideraciones muy similares a las del presente informe sentándose la conclusión de que, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contratos del Estado, Ley 25/1983, de 26 de diciembre, de incompatibilidades de altos cargos y Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas no constituye causa de incapacidad para contratar con la Administración del Estado y sus Organismos autónomos la circunstancia de que formen parte del Consejo de Administración o del personal de plantilla de una Sociedad de capital público, personal al servicio de las Administraciones Públicas, sean o no titulares de altos cargos. En dicho informe se señalaba, además, la contradicción del apartado 2.d) del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, con el artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, al exigir el primer artículo citado a las empresas consultoras o de servicios el requisito de "no ser dueño o directivo, ni figurar en la plantilla de la empresa consultora o de servicios, funcionario en activo del Departamento ministerial u Organismo autónomo interesado en el contrato de asistencia" lo que motivó la modificación por Real Decreto 597/1986, de 2 de febrero, del artículo 2º del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, cuyo apartado b), en su nueva redacción, se limita a remitirse al artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y a las normas sobre incompatibilidades que en el mismo se citan.

- La cita del informe de esta Junta de 20 de junio de 1985 viene, por tanto, a confirmar el criterio reiterado de que no constituye causa de incompatibilidad, por si misma, la circunstancia de que de Consejos de Administración u órganos de gobierno formen parte altos cargos o funcionarios de la respectiva Administración."

Las consideraciones anteriores conservan plena validez a pesar de que la referencia al apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado tiene que ser sustituida por la del artículo 20, apartado e) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y la de los apartados 1.a) y 1.b) del artículo sexto de la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de altos cargos por la del artículo 1.a) y 1.d) 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, ya que la nueva normativa sobre incompatibilidades para contratar contiene escasas y no significativas innovaciones en relación con la legislación anterior en el extremo concreto a que hacía referencia el informe de esta Junta de 16 de febrero de 1994, cuya conclusión y argumentaciones han quedado transcritas.

3. Con arreglo al criterio general señalado de inexistencia de incompatibilidad de un Concejal para formar parte del Consejo de Administración de una Caja de Ahorros en su calidad de representante del Ayuntamiento, pueden ser resueltas las cuestiones planteadas, en el escrito de consulta consistiendo la primera en determinar si existe causa de abstención de un corporativo en la votación del Pleno de una contratación a la que concurre una Caja

de la que forma parte de su Consejo de Administración, en su calidad de miembro del Ayuntamiento.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no aborda directamente la regulación de las causas de abstención y recusación, sino que se remite simplemente a lo dispuesto en los artículos 28 y 29 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común al señalar en su artículo 12.5 que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que intervengan en los procedimientos de contratación deberán abstenerse o podrán ser recusados en los términos previstos en los citados artículos. Por su parte el artículo 28.2.a) de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, único que podría ser aplicado en el presente caso en los términos en que se formula la consulta, considera causa de abstención el tener interés personal en el asunto o ser administrador de sociedad o entidad interesada.

De la redacción de estos preceptos - artículo 12.5 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo y 28.2.a) de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre - que se aplican a todas las Administraciones Públicas según se deduce de la disposición final primera segundo guión de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, y del artículo 1º de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, se deduce una conclusión negativa en cuanto a la cuestión suscitada por las siguientes razones:

En primer lugar por no poder entrar en juego la circunstancia de tratarse de administrador de sociedad o entidad interesada, ya que si, conforme a lo indicado, la normativa vigente permite tal posibilidad, resultaría absurdo, imponer un deber de abstención que, en parte, haría ineficaz la representatividad de Autoridades y Altos Cargos, en el presente caso miembros de la Corporación municipal, en los Organismos o Entidades para los que son designados por razón de sus cargos, en este caso, en las Cajas de Ahorros.

También debe ser descartado, con mayor rotundidad, que pueda entrar en juego el interés personal del miembro corporativo por la sola circunstancia de ser representante de un Ayuntamiento en una Caja de Ahorros, pues, en estos casos, el interés nunca será personal sino del Ayuntamiento y de la Caja, y en los supuestos excepcionales en que tal interés personal pudiera concurrir, lo sería con independencia de la pertenencia simultánea al Ayuntamiento y a la Caja y se referirá, obviamente, a contratos distintos de los que aquí se plantean, pudiendo dar lugar a la abstención o recusación del corporativo no en contratos entre el Ayuntamiento y la Caja, sino en contratos entre el Ayuntamiento y el corporativo o sociedades de las que forme parte con independencia del cargo en el respectivo Ayuntamiento, lo que - insistimos - no hace referencia al supuesto de hecho contemplado sobre el que se formula la consulta.

Finalmente ha de hacerse constar que la finalidad que persigue el establecimiento de la incompatibilidad, sobre todo, en casos como el presente, de órganos colegiados, - el conflicto de intereses en la actuación del corporativo como miembro del Ayuntamiento y perteneciente al Consejo de Administración de una Caja de Ahorros -, difícilmente podrá ser tomada en consideración en la adjudicación de contratos, ya que si ésta se produce contrariando los principios de objetividad, igualdad y libre concurrencia característicos de la contratación administrativa, la irregularidad de la adjudicación y su posible impugnación se basará en esta circunstancia, más que en una hipotética incompatibilidad de un miembro del Ayuntamiento contratante.

4. Lo hasta aquí razonado permite resolver las restantes cuestiones suscitadas pues, a pesar de su compleja redacción, la única variante que se introduce en relación con el supuesto anterior es la de que, en lugar de una Caja de Ahorros, se formula la consulta de la existencia de incompatibilidad y concurrencia de causa de abstención respecto de una sociedad participada mayoritariamente por dicha Caja de Ahorros.

La doble circunstancia de ser mayoritaria la participación de la Caja de Ahorros y de que el miembro de la Corporación local sea nombrado del Consejo de Administración de la sociedad participada por su condición de miembro del Consejo de Administración de la Caja y, en definitiva, por su condición de miembro de la Entidad Local, permite reproducir los argumentos expuestos en cuanto a la inexistencia de incompatibilidad por cuanto se trata de una situación en la que no existe norma impeditiva alguna y por la interpretación restrictiva de las incapacidades y prohibiciones de contratar y en cuanto a la inexistencia de causa de abstención, por no poder detectarse la concurrencia de la misma (interés personal o administrador de sociedad o entidad interesada) y por la finalidad que cumple la existencia de incompatibilidades en la contratación administrativa, en el caso especial de actuación de órganos colegiados.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, reiterando criterios de anteriores informes, entiende:

- 1.** Que no concurre causa de prohibición de contratar por incompatibilidad entre un Ayuntamiento y una Caja de Ahorros por la circunstancia de que un miembro corporativo de aquel, por su condición de tal, forme parte del Consejo de Administración de la última.
- 2.** Que por esta misma circunstancia no se aprecia la concurrencia de una causa de abstención de las previstas en el artículo 28.2.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.
- 3.** Que por idénticas razones, las mismas conclusiones deben ser mantenidas en el supuesto de que, en lugar de una Caja de Ahorros, se trate de una sociedad participada mayoritariamente por la misma.