

Informe 5/2017, de 16 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Requisits per a la concurrència de la prohibició de contractar per incompatibilitat dels càrrecs electes. Especial referència al requisit de finançament públic del contracte a efectes de la concurrència de la prohibició

ANTECEDENTS

I. L'adjunt general al Síndic de Greuges de Catalunya ha sol·licitat l'Informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa en els termes literals següents:

“La qüestió plantejada se circumscriu a la determinació de la concurrència d'una de les causes de prohibició de contractar –previstes a l'article 60 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP), aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre– en la persona a qui el Ple de l'Ajuntament va adjudicar la prestació del servei de gestió, explotació i dinamització del bar-restaurant de la piscina del poble, en règim de concessió administrativa d'ús privatiu d'un bé de domini públic.

Concretament, l'adjudicació del contracte va recaure en l'esposa d'un dels regidors municipals; candidata que, a criteri de la Mesa, és la que havia presentat l'oferta més avantatjosa en el seu conjunt per als interessos municipals, d'acord amb els criteris del plec de clàusules administratives particulars.”

II. L'escrit de petició d'informe incorpora unes consideracions jurídiques en les quals s'assenyala, d'acord amb la normativa i amb els pronunciaments d'aquesta Junta Consultiva, que les prohibicions de contractar establertes en la normativa de contractació pública resulten d'aplicació al contracte a què es refereix la consulta i, en general, a les concessions sobre béns i drets demaniaus; que la finalitat de la prohibició de contractar per incompatibilitat és evitar els conflictes d'interessos o els interessos contraposats, així com per allunyar el risc de la manca d'objectivitat en l'adjudicació i preservar-ne la neutralitat; i que els dos requisits establerts per la Llei orgànica del règim electoral general per a l'aplicació de la incompatibilitat als càrrecs electes locals són “que el contractista sigui una persona física regidor/cònjuge (en aquest cas) o persona jurídica en el capital de la qual el regidor/cònjuge hi tingui participació; que el contracte estigui finançat totalment o parcialment per la Corporació”, havent manifestat, segons s'assenyala, amb caràcter general els òrgans consultius “que no es produeix el finançament per la Corporació quan és aquesta qui rep els fons, imports o rendes del contractista o del seu cònjuge”.

En aquest sentit, es concreta que la qüestió que es planteja és, a l'efecte de determinació de l'existència d'una prohibició de contractar respecte de l'esposa d'un del regidors, si cal entendre “finançat” per l'Ajuntament un contracte de gestió, explotació i dinamització del bar-restaurant de la piscina del poble, atesa la inversió que, abans de l'adjudicació, hauria realitzat l'Ajuntament en construir el bar-restaurant.

III. Mitjançant l'Acord 1/2016, de 28 de juny, d'aquesta Junta Consultiva, pel qual es va modificar l'Acord 3/2012, de 30 de novembre, sobre l'habilitació a la Secretaria Tècnica de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en relació amb sol·licituds d'informes que plantegin qüestions ja resoltes, es va habilitar a la Secretaria Tècnica per donar resposta directament a les administracions i els ens, organismes i entitats que, malgrat no estar facultats per plantejar consultes a la Junta Consultiva, sol·licitessin informe d'aquest òrgan consultiu, en aquells casos en què existís un deure general de col·laboració institucional i sempre que les qüestions plantejades ja haguessin estat objecte d'un informe anterior de la Junta que els donés resposta.

Atès que la qüestió plantejada per l'adjunt general al Síndic de Greuges de Catalunya, tot i versar sobre un expedient concret, es pot elevar a qüestió de caràcter general, i que no ha estat objecte d'anàlisi en tots els seus extrems en informes anteriors que en donin resposta, es considera procedent l'emissió del present informe per part d'aquesta Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. Amb caràcter previ a l'anàlisi de la qüestió plantejada, relativa a la interpretació del concepte de finançament públic d'un contracte a efectes de determinar la concurrència d'una prohibició de contractar d'un càrrec electe local, o del seu cònjuge, convé efectuar una breu referència a la qüestió de l'aplicació de les prohibicions de contractar per incompatibilitat als denominats contractes patrimonials, atès que el supòsit de què porta causa la consulta és la "gestió, explotació i dinamització del bar-restaurant de la piscina del poble, en règim de concessió administrativa d'ús privatiu d'un bé de domini públic", així com la referència que conté l'escrit de petició d'informe a l'article 94 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de patrimoni de les administracions públiques.

En aquest sentit, i com ja ha assenyalat aquesta Junta Consultiva¹, cal tenir en compte que, si bé, d'una banda, aquest precepte de la Llei de patrimoni de l'Estat estableix –tal com s'indica en l'escrit de consulta–, l'aplicació de les prohibicions de contractar establertes en la normativa de contractes del sector públic a les concessions sobre béns i drets demaniais; i, d'altra banda, l'article 11.1 del Reglament de béns de les entitats locals, aprovat pel Reial decret 1372/1986, de 13 de juny, disposa que per a l'adquisició de béns per part de l'administració a títol oneros s'ha de complir els requisits que estableix la normativa sobre contractació; aquests dos preceptes són anteriors a la Llei de contractes del sector públic, la qual cosa ha comportat que no tots els òrgans consultius en matèria de contractació pública tinguin el mateix criteri sobre la seva aplicació.

¹ Informe 6/2012, de 7 de juny, sobre incompatibilitat de funcionaris de les entitats locals, cònjuges i persones vinculades amb una relació de convivència afectiva anàloga. Possibilitat d'esmenar una eventual causa de prohibició de contractar per incompatibilitat. Moment en què el licitador ha de disposar d'aptitud per contractar. Aplicació de les prohibicions de contractar per incompatibilitat als denominats contractes patrimonials.

Així, mentre la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat ha afirmat² que, atesa la remissió de la normativa local en matèria de béns patrimonials a la normativa de contractació pel que fa a la preparació i adjudicació dels contractes, és d'aplicació als contractes patrimonials la prohibició de contractar per incompatibilitat; la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó ha considerat³ que no són aplicables a aquests contractes les prohibicions de contractar de la normativa de contractes del sector públic.

Per la seva banda, aquesta Junta Consultiva va afirmar, en aquest mateix informe en què es constata la divergència de criteris interpretatius que, a l'efecte de l'aplicació dels principis del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (d'ara en endavant, TRLCSP), als contractes exclosos del seu àmbit d'aplicació, d'acord amb el que disposa l'article 4.2 del TRLCSP, cal tenir en compte la finalitat perseguida per la normativa que regula les causes d'incompatibilitat, així com per la que estableix les prohibicions de contractar en l'àmbit de la contractació del sector públic. Aquesta finalitat és, bàsicament, evitar el conflicte d'interessos que es dona quan una persona al servei d'una administració pública i, especialment, un càrrec electiu que representa interessos públics vol contractar amb la corporació local en la qual treballa o de la qual és membre, així com la d'allunyar el risc de manca d'objectivitat en l'adjudicació dels contractes públics i preservar la neutralitat, la lliure concurrència i competència, la igualtat d'oportunitats i l'objectivitat i la legalitat en l'actuació de l'Administració.

Adicionalment, també cal assenyalar, tal com es fa en l'escrit de petició d'informe, que l'exclusió de l'àmbit d'aplicació del TRLCSP, d'acord amb el seu article 4.1.o, de les autoritzacions i concessions sobre béns de domini públic, es troba referida a títols habilitants per a l'ús del domini públic que no s'atorguin en el marc o amb motiu de la contractació, per part d'un ens, organisme o entitat del sector públic, de prestacions pròpies d'un contracte sotmès a la normativa de contractació pública, de manera que cal distingir l'autorització sol·licitada i atorgada per a l'ús de domini públic amb un interès privat de la que procedeix atorgar a la persona física o jurídica contractista d'un ens, organisme o entitat del sector públic per a la prestació d'un servei, d'interès públic, objecte d'un contracte administratiu o privat⁴.

² Informes 25/2008, de 29 de gener de 2009, 54/2008, de 31 de març de 2009, i 50/11, d'1 de març de 2012.

³ Informes 4/2009, de 15 d'abril, 10/2012, de 15 de setembre, i 15/2014, de 25 de juny.

⁴ Així ho ha afirmat aquesta Junta Consultiva, en l'Informe 17/2015, de 21 de desembre, amb ocasió de l'anàlisi de la qualificació i el règim jurídic de l'explotació dels serveis de temporada a les platges, en el qual també es recorda que s'han pronunciat en aquest mateix sentit altres juntes consultives, entenent que procedeix la qualificació jurídica de contracte –administratiu especial o de serveis, en funció de les prestacions que en configuren l'objecte– en casos de prevalença en el servei a obtenir d'un interès públic o una finalitat pública, i la qualificació d'autorització o concessió demanial en supòsits en què prevalgui l'interès privat del servei o l'activitat que requereixi l'ocupació privativa de béns de domini públic.

Per tant, sembla que, tal com s'assenyala en l'escrit de consulta resultarien d'aplicació, en tot cas, les prohibicions de contractar establertes en la normativa de contractes del sector públic, a un supòsit com el descrit en la petició d'informe.

II. Per respondre la qüestió concreta en relació amb la concurrència de finançament públic d'un contracte a l'efecte de determinar l'existència d'una prohibició de contractar del cònjuge d'un regidor, cal partir de la regulació d'aquesta prohibició de contractar continguda en el TRLCSP.

L'article 60.1 del TRLCSP disposa expressament que no poden contractar amb el sector públic les persones en què es doni alguna de les circumstàncies següents:

"g) Estar incursa la persona física o els administradors de la persona jurídica en algun dels supòsits de la Llei 5/2006, de 10 d'abril, de regulació dels conflictes d'interessos dels membres del Govern i dels alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat, o les respectives normes de les comunitats autònomes, de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, o tractar-se de qualsevol dels càrrecs electes que regula la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els termes que s'hi estableixen.

La prohibició afecta les persones jurídiques en el capital de les quals participin, en els termes i quanties establerts a la legislació esmentada, el personal i els alts càrrecs a què es refereix el paràgraf anterior, així com els càrrecs electes al servei d'aquestes.

La prohibició s'estén igualment, en els dos casos, als cònjuges, persones vinculades amb una relació de convivència afectiva anàloga, ascendents i descendents, així com a parents en segon grau per consanguinitat o afinitat de les persones a què es refereixen els paràgrafs anteriors, quan es produeixi conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en els quals s'hagi delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer."

En primer terme cal assenyalar, especialment atesa la referència en l'escrit de petició d'informe als dos requisits establerts per a l'aplicació de la incompatibilitat –que el contractista sigui persona física regidor/cònjuge o persona jurídica en el capital de la qual el regidor/cònjuge hi tingui participació i que el contracte estigui finançat totalment o parcialment per la Corporació–, que la redacció d'aquest article 60.1.g donada per la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, inclou, respecte de la redacció anterior, el requisit que "es produeixi conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en els quals s'hagi delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer" per tal que pugui ser extensiva la prohibició de contractar als cònjuges i a la resta de parents que s'esmenten⁵.

⁵ En relació amb aquest requisit, la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana ha conclòs, en l'Informe 3/2017, de 12 d'abril, amb motiu d'una consulta referida l'eventual concurrència d'una prohibició de contractar en l'empresa titular de la cònjuge d'una regidora d'un ajuntament, que "l'empresa de la qual és titular el cònjuge d'un regidor d'un Ajuntament es troba incursa en la causa de prohibició de contractar amb aquest, establerta a

D'altra banda, i tal com ja ha posat de manifest aquesta Junta Consultiva de Contractació en múltiples ocasions, la causa de prohibició de contractar continguda en aquesta lletra de l'article 60.1 del TRLCSP no conté una regulació material concreta i específica de les causes que inhabiliten per contractar amb el sector públic, sinó que remet a la legislació substantiva inclosa en diferents normes jurídiques. Així, pel que fa a la consulta plantejada per l'adjunt general al Síndic de Greuges, cal estar a la previsió continguda en l'article 178.2.d de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim electoral general, en el qual es disposa que són incompatibles amb la condició de regidor:

“d) Els contractistes o subcontractistes de contractes, el finançament total o parcial dels quals sigui a càrrec de la corporació municipal o d'establiments que en depenen.”

Aquest supòsit d'incompatibilitat que impossibilita contractar amb el sector públic ha estat objecte d'anàlisi per part d'aquesta Junta Consultiva –si bé no la qüestió del finançament públic dels contractes amb ocasió dels quals es plantejava la concurrència de la prohibició, per no haver estat objecte de consulta⁶, com també d'altres juntes. Específicament, pel que fa a l'abast de l'expressió “contractes el finançament total o parcial dels quals sigui a càrrec de la Corporació Municipal o d'establiments que en depenen”, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó ha vinculat la necessària existència de finançament públic amb el caràcter administratiu del contracte i, en concret, amb el finançament a càrrec dels pressupostos de l'entitat local de l'exercici de totes les prerrogatives que són inherents a aquests contractes⁷.

Per la seva banda, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, si bé havia establert el criteri que si és l'Ajuntament el que rep els fons, quantitats o rentes del contractista regidor, en aquest cas no hi hauria incompatibilitat per falta del requisit del

l'article 60.1.g del TRLCSP, sempre que el regidor esmentat participi en el procediment de contractació (...)” i que “quan el regidor no participi en el procediment de contractació, però pugui influir d'alguna forma en les decisions que s'adoptin, l'empresa en la qual el seu cònjuge sigui titular (...) no es trobarà incursa en la causa de prohibició de contractar prevista en el citat article del TRLCSP, però la seva participació en el procediment esmentat originaria una situació de conflicte d'interessos de les previstes en la Directiva 2014/24/UE que, si escau, exigeix de l'òrgan de contractació la seva detecció i l'adopció de les mesures que siguin necessàries per prevenir-la i solucionar-la de forma que s'assegurin els principis rectoris de la contractació del sector públic.

⁶ Entre d'altres, informes 9/2000, de 24 de novembre, 1/2009, de 28 de maig, i 13/2012, de 30 de novembre.

⁷ En l'Informe 3/2014, de 22 de gener, amb ocasió de l'anàlisi de la incompatibilitat d'un regidor per a participar en la licitació d'un contracte per a la gestió del servei públic d'alberg municipal, en el qual afirma que a la vista de la qualificació del contracte objecte de licitació (...) com a contracte de gestió de servei públic, “resulta difícil entendre que el contracte no es finança amb càrrec al pressupost de l'entitat local” ja que “en principi, l'exercici de totes les prerrogatives que son inherents a tot contracte administratiu de gestió de serveis públics (modificació, restabliment de l'equilibri econòmic del contracte, resolució i el possible rescat del servei) es financen amb càrrec als pressupostos de l'entitat”.

finançament total o parcial per l'entitat local⁸, posteriorment va matisar aquest posicionament, afirmant que un element bàsic de la incompatibilitat és que els regidors, via contractual, percebin fons de l'Ajuntament i que, més enllà del fet que un contracte impliqui el pagament d'un preu a l'Ajuntament, cal analitzar si en el seu conjunt el contracte es concreta en un trasllat de fons o, en definitiva, de riquesa de l'Ajuntament al regidor⁹.

En definitiva, en els supòsits en què és l'Administració la que ven, i no la que adquireix, és clara la manca de finançament públic, en la mesura que no hi ha una translació de fons públics al càrrec electe; mentre que en el cas de contractes en què, malgrat que l'Administració adquireix, un servei, en el cas objecte d'informe, no és ella qui n'abona la contraprestació, sinó que són els mateixos usuaris destinataris els que l'abonen, el finançament públic no deixa de concórrer per aquest motiu ja que, tal com s'assenyala en la pròpia petició d'informe, el càrrec electe rep, amb ocasió del contracte –o la concessió administrativa d'ús d'un bé de domini públic, en el cas que motiva la consulta–, unes instal·lacions de caràcter públic i finançades pel mateix Ajuntament, per a la seva gestió i explotació. Cal entendre, per tant, que en un contracte per a la gestió, explotació i dinamització del bar-restaurant de la piscina d'un poble, hi ha finançament a càrrec de l'Ajuntament respectiu, en la mesura que aquest s'ha construït amb fons de la corporació municipal.

En aquest mateix sentit, el Tribunal Superior de Justícia de Madrid ha entès, amb ocasió de l'anàlisi d'un acord d'un ajuntament d'adjudicació d'una concessió d'explotació de dos allotjaments turístics a una empresa l'administradora única de la qual era l'alcalde de l'ajuntament contractant, que concorre la causa de prohibició de contractar per incompatibilitat, en la mesura que entén que els edificis són de domini municipal construït a càrrec de dotació pressupostària de l'ajuntament¹⁰.

⁸ Entre altres, informes 52/99, de 21 de desembre de 1999, en relació amb un contracte de lloguer d'un bé immoble de propietat municipal, i 7/98, d'11 de juny de 1998, en relació amb un contracte d'aprofitament d'un bé comunal.

També s'ha pronunciat en aquest mateix sentit la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Balears en l'Informe 9/05, de 29 de setembre, també en relació amb un contracte de compravenda de béns immobles.

⁹ Entre d'altres, en l'Informe 62/09, de 26 de febrer de 2010, en relació amb un contracte de compravenda d'una d'habitatge protegit.

¹⁰ Sentència núm. 32/2007, de 16 de gener, en la qual s'afirma que als regidors els és aplicable la prohibició de contractar –establerta ara en l'article 60.1.g del TRLCSP– com a càrrec electe de la Corporació Municipal i que amb això es pretén evitar “que, alhora, s'exerceixi el càrrec esmentat i s'ostenti la condició de contractista en una relació contractual amb la corporació local a què pertany i en la que lògicament es donaran situacions d'interessos contraposats pròpies dels contractes bilaterals” i “que existeixi una realitat o en aparença un apoderament del càrrec per obtenir l'adjudicació del contracte”. A més, s'assenyala que “en puritat no s'està davant d'una incompatibilitat, sinó davant d'una prohibició per contractar, fundada en raons de ‘moralitat pública’, per donar solució a conflictes d'interessos, entre els públics que representa l'Ajuntament al qual es pertany com a regidor i els propis o privats; o dit en altres termes, la impossibilitat que resulta del precepte legal arriba al regidor no només per a l'exercici dels drets i compliment de les

Sobre la base de les consideracions anteriors la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

CONCLUSIONS

1. Resulten d'aplicació les causes de prohibició de contractar establertes en la legislació de contractes del sector públic a un contracte de servei de gestió, explotació i dinamització del bar restaurant d'una piscina municipal, malgrat que hagués estat qualificat com a concessió administrativa d'ús privatiu d'un bé de domini públic i, per tant, el seu aparent caràcter patrimonial.
2. Cal entendre que concorre el requisit de finançament públic, a l'efecte de la determinació de l'existència de la causa d'incompatibilitat establerta en l'article 178.2.d de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general i, per tant, de la corresponent prohibició de contractar, d'un contracte per a la gestió, explotació i dinamització del bar-restaurant d'una piscina municipal, en la mesura que aquest s'ha construït amb fons de la corporació municipal i que comporta per al càrrec electe l'explotació d'unes instal·lacions de caràcter públic.

Barcelona, 16 de maig de 2017

obligacions en una relació contractual ja constituïda amb la corporació local pròpia sinó, fins i tot, per a l'adquisició de la condició de contractista doncs, es tracta, així mateix, de garantir que no existeix un apoderament del càrrec per obtenir el contracte en detriment dels principis de publicitat, concurrència i igualtat, que regeixen en l'adjudicació de contractes de les administracions públiques.