

Informe 3/2009 de 25 de xuño de 2009, de consulta sobre prohibición de contratar de concelleiros/as de Corporación locais.

ANTECEDENTES

Polo Concello de Ames dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

En execución do acordado polo pleno do Concello de Ames e na miña condición de alcalde-presidente do Concello, autorizado para o pedimento de informes á Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Galicia (*segundo o artigo 11 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro*), formulo a **consulta** que de seguida se indica, unha vez que do actuado pola devandita Comisión Informativa Especial creada para o estudo da concesión dos traballos de monitoraxe da rede municipal de comedores escolares, quedaron acreditados os feitos seguintes:

1º.- Que o administrador único de _____, SLNE, Don J. L. e a actual concelleira de _____, Dona I. P., son propietarios na súa calidade de persoas físicas, por metade e iguais partes indivisas, dun ben inmovible no Concello de _____, sobre o cal teñen constituída unha hipoteca voluntaria a favor do Banco _____ (Xúntanse certificacións acreditativas destes extremos).

2º.- Que a actual concelleira de _____, Dona I. P. e Don J. L. actual administrador e propietario único de _____, SLNE, foron socios e administradores solidarios da referida empresa ata o día 8 de maio de 2007, data na que, Dona I. P. V. vendeu a totalidade das súas participacións sociais a Don J. L., cesando tamén como administradora solidaria, pasando dende o 8 de maio de 2007 a referida sociedade a ter carácter de unipersoal, tendo como socio único a Don J. L. (Os anteditos actos figuran acreditados en escritura pública e inscritos no rexistro mercantil de A Coruña e xúntanse documentación acreditativa destes extremos).

3º.- Dona I. P. accede ao cargo de concelleira de Ames o día 16 de xuño de 2007 como consecuencia das eleccións municipais celebradas o 27 de maio de 2007.

4º.- A adxudicación a favor de _____, SLNE, do contrato administrativo especial de monitoraxe da rede municipal de comedores escolares, previa concurso público, ten lugar por acordo de Xunta de Goberno local de 7 de setembro de 2007, sendo adoptado o acordo coa ausencia da concelleira Dona I. P. que como tenente de alcalde forma parte da Xunta de Goberno Local.

A vista dos datos indicados anteriormente e da documentación remitida, solicítase que por esa Xunta Consultiva se emita expresamente informe sobre os seguintes extremos:

1º.- **A posible concorrencia na empresa _____ SLNE e/ou no seu administrador único dalgunha das prohibicións para contratar co Concello de Ames, establecidas no artigo 20 do Real Decreto Lexislativo 2/2000, de 16 de xuño, polo que se aproba o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas. Por ser esta unha das cuestións nas que máis se incidiu por algún dos grupos municipais, solicítase un especial pronunciamento, sobre a concorrencia no presente expediente de contratación da prohibición para contratar establecida no artigo 20, e). do TRLC (lexislación aplicable a dito proceso de licitación).**

2º.- **Calquera outra cuestión que a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa considere reseñable en relación coa adxudicación do contrato administrativo especial de monitoraxe da rede municipal de comedores escolares do concello de Ames realizada por acordo de Xunta de Goberno Local de 7 de setembro de 2007.**

Xúntase coa presente consulta a seguinte documentación:

- 1. Certificación de acordo de Xunta de Goberno Local de 7 de setembro de 2007 de adxudicación do contrato administrativo especial para a realización de traballos de monitoraxe da rede municipal de comedores escolares do concello de Ames.*
- 2. Moción do grupo municipal do BNG para a Creación dunha Comisión informativa especial para o estudo da Concesión dos traballos de monitoraxe da rede municipal de comedores escolares presentada por urxencia no pleno de 27 de setembro de 2007.*
- 3. Certificación do pleno de 27 de setembro de 2007 da aprobación da moción de urxencia do grupo municipal do BNG para a Creación dunha Comisión Informativa especial para o estudo da Concesión dos traballos de monitoraxe da rede municipal de comedores escolares.*
- 4. Copia das actas da comisión informativa especial.*
- 5. Copia compulsada de certificacións que acreditan os feitos declarados como probados no seo da comisión informativa especial.*
- 6. Propostas de resolución dos grupos municipais recollidas no informe do secretario da comisión informativa especial.*
- 7. Informes de secretaría e intervención sobre as propostas de resolución.*
- 8. Copia íntegra da acta da sesión plenaria de 14 de abril de 2008.*

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais, caso do concello petionario.

2.- Indicar en primeiro lugar que non lle corresponde a este órgano suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente en materia de contratación, teñen asignadas outros órganos. Tampouco actúa como fiscalizador das actuacións acordadas polos órganos con competencia na materia nin como preliminar nin substituta de instancias ás que lles corresponde resolver as reclamacións ou recursos que os interesados poidan interpoñer.

3º.- Non obstante o anterior, dos antecedentes remitidos, esta Xunta Consultiva entende procedente informar sobre a cuestión da incompatibilidade para contratar coas Administracións públicas dos concelleiros e sobre o procedemento para a declaración de concorrencia de prohibicións de contratar, para o que resulta de interese destacar, de entre a documentación complementaria enviada polo concello petionario, as seguintes datas:

- Dende o ano 2004, e baixo diversas formas xurídicas asociativas (á última a empresa X S.L.N.E), a agora concelleira, viña a desenvolver o servizo obxecto da licitación de referencia.
- 30/3/07: Data de aprobación dos pregos que rexerán o concurso
- 27/4/07: Publicación da convocatoria do concurso no Boletín Oficial da Provincia (nº 96) e no Diario Oficial de Galicia (nº 82)
- 1/5/07: Publicación no Boletín Oficial da Provincia das listas de candidatos ás eleccións municipais 2007
- 8/5/07: Data de outorgamento de escritura notarial pola que a candidata a concelleira transmite as súas participacións na empresa X S.L.N.E, cesa como administradora solidaria e se cambia o sistema de administración da sociedade que pasa a ser de administrador único.

- 24/5/07: Remate do prazo de presentación de ofertas
- 16/6/07: Toma de posesión do cargo de concelleira
- 7/9/07: Adxudicación do contrato á empresa X S.L.N.E
- 1/10/07: Inscripción no Rexistro Mercantil dos actos resultantes da escritura outorgada o 8/5/07 pola que, a entón candidata a concelleira transmitía as súas participacións na empresa X S.L.N.E e cesaba como administradora solidaria.

4º.- Respecto ás figuras dos concelleiros/as municipais, segundo o artigo 20 e) do Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas (normativa vixente no momento da adxudicación do contrato), en relación co artigo 178 da Lei Orgánica 5/1985, de 19 de xuño, do Réxime Electoral Xeral, se considera incompatible o estado de concelleiro/a coa de contratista ou subcontratista de contratos nos casos en que o seu financiamento, total ou parcial, corra a cargo da corporación municipal ou de establecementos dela dependentes.

Esta prohibición de contratar afecta aos concelleiros/as e alcanza igualmente aos seus cónxuxes ou persoas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, tanto se se presentan á licitación como persoas físicas ou como administradores da persoa xurídica ofertante, de xeito que cando se produza unha situación de incompatibilidade os afectados deberán optar entre a renuncia á condición de concelleiro/a ou o abandono da situación que dea orixe á incompatibilidade.

5º.- Interesa neste punto da exposición aclarar en que momento debe entenderse que nace a prohibición de contratar dos concelleiros/as e en que momento do procedemento de licitación debe ser contemplada. A este respecto facémonos eco, ao compartir plenamente a súa interpretación, do Fundamento 3º da Sentencia de 31 de maio de 2004 da Sá Terceira do Contencioso Administrativo do Tribunal Supremo (rec. 3902/1999) que literalmente di:

"(...) Aos concelleiros lles é aplicable a prohibición de contratar establecida no artigo 20.e) LCAP, en canto cargo electivo da Corporación municipal. E con iso, é verdade, a lei pretende evitar que, ao mesmo tempo, se exerza devandito cargo e se ostente a condición de contratista nunha relación contractual coa Corporación local á que pertence, e na que, loxicamente, daranse as situacións de intereses contrapostos propias dos contratos bilaterais. Pero tamén se establece a prohibición para evitar que exista, en realidade ou en aparencia, un aproveitamento do cargo para obter a adxudicación do contrato. En puridade de principios, non estamos ante unha incompatibilidade senón ante unha prohibición para contratar fundada en razóns de "moralidade pública" para dar solución aos posibles conflitos de intereses, entre os públicos que representa o Concello a que se pertence como concelleiro e os propios ou privados; ou, dito noutros termos, a imposibilidade que resulta do precepto legal alcanza ao concelleiro non só para o exercicio dos dereitos e cumprimento das obrigacións nunha relación contractual xa constituída coa Corporación local propia, senón, incluso, para a adquisición da condición de contratista, pois se trata, así mesmo, de garantir que non existe un aproveitamento do cargo para obter o contrato en detrimento dos principios de publicidade, concorrencia e igualdade que rexe a adxudicación dos contratos das Administracións públicas. Por conseguinte, ha de considerarse que, en materia de contratación, a opción a que se refire o artigo 178.3 LOREG ha de exercitarse, en todo caso, antes da adxudicación do contrato, non logo da notificación desta ou de ser elixido para o posto de traballo, como sostén o recorrente."

Por conseguinte, a interpretación e precisión das incompatibilidades e prohibicións de contratar ha de estar presidida pola indicada finalidade de preservar á función pública dunha influencia desviada do interese público, pola posible contaminación ou incidencia en toma de decisións que pode representar unha eventual colisión con interese alleos a cidadanía a que ha de servir o cargo que se ostenta ou pola súa incidencia en decisións de intereses privados ou particulares.

A vontade legislativa neste senso é clara e deberá acudirse tamén ao disposto na lexislación de réxime local onde, no art. 75 da Lei 7/1985, de 2 de abril, Reguladora das Bases do Réxime Local (en adiante LRRL) no seu apartado 7, establece que antes da toma de posesión, todos os membros das Corporacións Locais formularán declaración sobre causas de posible incompatibilidade e sobre calquera actividade que lles proporcione ou poida proporcionar ingresos económicos, así como dos

seus bens patrimoniais e da participación en sociedades de todo tipo, con información das sociedades por eles participadas e das liquidacións dos impostos sobre a Renda, Patrimonio e, no seu caso, Sociedades.

Á vista das anteriores consideracións procede soste, como primeira conclusión, que para o servizo de referencia, e calquera outro contrato celebrado polo concello, resulta clara a prohibición de contratar da concelleira e das sociedades das que sexa administradora, calquera que sexa a súa participación no capital social da mesma.

6º.- Indicar, como xa se dixo anteriormente, que a prohibición alcanza igualmente aos cónxuxes ou “persoas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva”, expresión de difícil concreción que dependerá das circunstancias concorrentes en cada caso e da súa acreditación ante o órgano de contratación, asunto éste que se relaciona directamente coa declaración responsable de non estar incurso en causa de prohibición de contratar coa Administración á que se refire o artigo 21.5 do TRLCAP ao ser práctica habitual dos licitadores realizar a devandita declaración mediante un documento autodeclarativo dirixido ao órgano de contratación.

No caso que nos ocupa, segundo o artigo 21 do TRLCAP, a prohibición de contratar do suposto recollido no apartado e) do artigo 20 debería terse apreciado de forma automática polo órgano de contratación correspondéndolle a iniciación do procedemento para a declaración da prohibición de contratar ao terse posto de manifesto os feitos que a poderían motivar, con ocasión da tramitación do expediente de contratación. No seo do devandito procedemento deberíase procederse á investigación e á resolución expresa das posibles causas de incompatibilidade e prohibicións antes de adxudicar o contrato (art. 19 do Regulamento Xeral do Texto Refundido da Lei de Contratos das Administracións Públicas). Nesa liña, a Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, de 31 de marzo de 2004 sobre coordinación dos procedementos de adxudicación dos contratos públicos de obras, de subministrados e de servizos establece, no seu artigo 44, que a adxudicación do contrato deberá realizarse previa verificación da aptitude dos operadores económicos que non teñan sido excluídos en atención á situación persoal do candidato ou licitador.

7º.- Non corresponde a esta Xunta Consultiva apreciar, como é solicitado no petitum da consulta remitida, a posible concorrencia da empresa ou do seu administrador nalgunha das prohibicións de contratar establecidas na lexislación de contratos xa que, como se indicou anteriormente, esa é unha función que, respecto á causa relatada e ao teor do disposto no artigo 21 do TRLCAP, corresponde ao órgano de contratación.

Tampouco actuará este órgano consultivo como órgano fiscalizador das puntuais actuacións seguidas en orde a determinar a posible relación de convivencia afectiva entre a concelleira e o administrador único da empresa adxudicataria nin da valoración das probas practicadas en aras de acreditar a presunción de convivencia entre os implicados.

Indicar, sen embargo que segundo abundante doutrina do Tribunal Supremo en asuntos relacionados fundamentalmente con accións que teñan por base fáctica as unións de feito ou convivencias “more uxorio”, estas relacións producen ou poden producir unha serie de efectos con transcendencia xurídica que vinculan en dereitos, deberes e obrigas ás partes. Nos atopamos cunha delas nesta causa de prohibición por incompatibilidade, de xeito que en aras do principio de transparencia, tantas veces alegado, calquera dúbida debe resultar disipada polos propios interesados e polo órgano contratante no procedemento indicado a través dos medios de proba admitidos en Dereito.

Doutra banda, sinalar que non cabe aquí apelar á intromisión no ámbito privado dos afectados pola investigación toda vez que é abundante a xurisprudencia civil que ten declarado que o exercizo dunha actividade pública leva consigo a servidume de estar sometido ao control cidadán dos seus actos e omisións (STS 18 y 24 maio 1990; 2 Dec. 1993 y 14 xuño 1996, entre outras) e máis cando nos atopamos con actos de relevancia pública e interese xeral como é a materia de contratos públicos.

CONCLUSIÓN:

1º.- Entende este órgano consultivo que non lle corresponde a este órgano suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente en materia de contratación, corresponde a outros órganos nin actuar como fiscalizador das actuacións acordadas polos órganos con competencia na materia nin como preliminar nin substituta de instancias ás que lles corresponde resolver as reclamacións ou recursos que os interesados poidan interpoñer.

2º.- Non obstante indicar que, segundo o artigo 20 e) do TRLCAP (normativa vixente no momento da adxudicación do contrato), en relación co artigo 178 da Lei Orgánica 5/1985, de 19 de xuño, do Réxime Electoral Xeral, resulta incompatible o estado de concelleiro/a coa de contratista ou subcontratista de contratos nos casos en que o seu financiamento, total ou parcial, corra a cargo da corporación municipal, debéndose considerar que o momento en que nace a incompatibilidade para contratar coa súa Corporación local é o da toma posesión do cargo público e que afecta a todo o procedemento de contratación, e non só á fase da adxudicación.

3º.- Finalmente cabe indicar que as prohibicións de contratar se amplían aos cónxuxes ou persoas con idéntica relación afectiva, debendo ser esta condición comprobada polo órgano de contratación antes da adxudicación, atendendo ás circunstancias acreditadas no expediente a través dos medios de proba admitidos en Dereito no seo dun procedemento tramitado -en tanto no se aprobe o novo desenvolvemento da LCSP- segundo dispón o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (Real Decreto 1098/2001, de 12 outubro).