

INFORME 4/2006 DE 6 DE OCTUBRE DE 2006. ALCANCE Y SUPUESTOS DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR INCOMPATIBILIDAD DEL PERSONAL AL SERVICIO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

ANTECEDENTES

Con fecha 5 de junio de 2006 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa escrito de solicitud de Informe formulado por el Ayuntamiento de Alboraya con el siguiente tenor literal:

“ D. Manuel Álvaro Manzano, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Alboraya (Valencia) se dirige a la Junta Superior de Contratación de la Generalitat Valenciana en los siguientes términos:

ANTECEDENTES:

El Ayuntamiento de Alboraya tiene varias empresas constituidas con capital íntegramente público, cuyos objetos sociales se refieren respectivamente a la gestión urbanística y de servicios; y a los medios de comunicación.

Recientemente y tras convocarse por el Ayuntamiento varios procedimientos de licitación se han planteado dudas respecto a si en los licitadores que concurrían podrían apreciarse causas de prohibición de contratar, concretamente la señalada en el Art. 20.1.e del Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio.

Los Informes hasta ahora estudiados y relacionados con la materia no son aplicables en su totalidad al supuesto planteado puesto que se refieren a la incompatibilidad de los concejales de la Corporación.

SOLICITUD:

Así pues se solicita de esa Junta Consultiva informe en los siguientes términos:

- 1. ¿Existe causa de prohibición para contratar señalada en el Art. 20.1.e del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las AA.PP., respecto al personal de carácter laboral que presta sus servicios en las empresas de capital íntegramente municipal respecto a las licitaciones promovidas por el Ayuntamiento?*

2. *La misma consulta se plantea cuando las contrataciones son promovidas por las empresas municipales en las que prestan sus servicios el personal laboral, considerando que éste no es un alto cargo de la Sociedad.*
3. *¿En qué casos respecto a las licitaciones convocadas por el Ayuntamiento o sus Empresas de capital íntegramente público, existe causa de prohibición para contratar del Art. 20.1.e) en su personal funcionario o laboral? "*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El artículo 20.1 apartado e) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone que. *"En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concorra alguna de las circunstancias siguientes:*

e) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos 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, 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, en los términos establecidos en la misma"

La prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

Las disposiciones a las que se refiere este apartado serán aplicables a las Comunidades Autónomas y a las Entidades locales en los términos que respectivamente les sea aplicable".

Antes de entrar en el fondo de la cuestiones, está Junta quiere recordar algunas precisiones generales que considera de interés:

1º) La incapacidad para contratar prevista en el art. 20.1. e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por mor de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades es de aplicación a todo el personal del sector público, con independencia de la relación jurídica con el mismo. A mayor abundamiento, en el caso concreto del personal que presta sus servicios en las empresas públicas su art. Segundo alude expresamente al personal que preste servicios en Empresas en que la participación de capital, directa o indirecta, de las Administraciones Públicas sea superior al 50%.

Asimismo es de reseñar la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en los primeros momentos de aplicación de la Ley 53/84 de 26 de diciembre, de Incompatibilidades. Así, el Tribunal Constitucional, en Sentencia 178/1989 con motivo

Ref. Inf 4/2006 MV/jb

del Recurso de Inconstitucionalidad núm. 272/1985 a la Ley 53/84 en su fundamento jurídico 4.º afirma “ *se ha afirmado que, con independencia de la naturaleza jurídica de la relación que los empleados públicos tengan con el ente al que sirvan en cada caso -sea ésta de naturaleza laboral o administrativa en sentido estricto- el legislador puede establecer un régimen común de incompatibilidades para todos ellos,...* ”

Y, asimismo, el Tribunal Supremo en Sentencias de 8 de mayo, 17 de noviembre y 7 de diciembre de 1987 fundamenta: “*La aplicación por el Organismo demandado, una vez declarada la incompatibilidad, del artículo 29.3 de la Ley 30/1984 de la Función Pública, podrá ser o no pertinente, pero no afecta ni a la naturaleza laboral de la relación mantenida con el actor ni a la indudable inclusión de tal relación en el ámbito de la Ley de Incompatibilidades...*”

2ª.- En segundo término hay que destacar que la situación de estabilidad /eventualidad de la relación laboral o funcional no es óbice para la apreciación de la incapacidad de contratar por este motivo. En definitiva, estamos ante supuestos que pueden comprometer los valores de imparcialidad o independencia, o impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de los deberes o perjudicar los intereses generales.

3ª.- La prohibición de contratar con las Administraciones públicas viene regulada en el Libro I del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por tanto referida a un requisito de capacidad de contratar todo tipo de contratos públicos o privados, incluidos los contratos denominados menores.

Y en ello quiere hacer hincapié esta Junta por cuanto que el tenor literal del art. 12 de la citada Ley 53/84 de Incompatibilidades, en sus apartados c) y d) indica: c) “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 d) la participación superior al 10 por 100 en el capital de Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior”.

En este sentido la Junta Consultiva de la Administración General del Estado en Informe 45/01 señala que estos apartados del art. 12 de la Ley 53/84 deben ceder ante el taxativo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues 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.

Ref. Inf 4/2006 MV/jb

4ª.- La situación de prohibición de contratar dependerá del objeto de la contratación y del objeto social o profesión que desarrolle el personal a quien es de aplicación en sus actividades privadas.

Hechas las anteriores consideraciones debe resolverse las cuestiones suscitadas por el Ayuntamiento consultante.

La Ley 53/84, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades, establece la restricción en las licitaciones *"promovidas por el propio Departamento, Entidad u organismo donde el personal laboral o funcionario preste sus servicios"*. En un primer momento podríamos entender que el personal que presta sus servicios en la empresa municipal de Alboraya podría presentar proposiciones u ofertas a cualquier licitación que partiera del propio Ayuntamiento y viceversa. Lo determinante, a simple vista, parece que es así.

No conformes con esta primera apreciación, hay que abundar más en la cuestión. Desconociendo esta Junta los estatutos de las sociedades municipales de referencia, del escrito de consulta se infiere que el objeto de las mismas *"se refieren respectivamente a la gestión urbanística y de servicios; y a los medios de comunicación"*.

En este punto no vemos obligados a hacer una serie de puntualizaciones:

1ª) La actividad objeto de la licitación está íntimamente relacionada y es consustancial con la que es propia del Ayuntamiento y de las empresas públicas.

En esta línea y al objeto de clarificar este aspecto resultan de interés dos pronunciamientos judiciales. En efecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 27 septiembre de 2004, resuelve lo siguiente respecto de la licitación promovida por la Consejería de Bienestar Social para la Atención a personas mayores en centros de atención diurna, en el que el administrador solidario y accionista de la sociedad licitadora a uno de los lotes era a su vez médico geriatra del organismo autónomo Servicio Regional de Bienestar Laboral de la Comunidad Autónoma de Madrid

En definitiva, cuando se produjo su declaración de incompatibilidad en resolución de 24 de mayo de 2001, el recurrente ocupaba cargo en el órgano de administración social de una mercantil.... cuya actividad está íntimamente relacionada y es consustancial con la que es propia de la Consejería y Servicio Regional de los que depende el puesto laboral que entonces venía desempeñando en esta Comunidad Autónoma, lo que revela la incuestionable realidad de la incompatibilidad absoluta que proclama el artículo 12.1 b) de la Ley 53/1984.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 15 de febrero 1999, aborda la declaración de prohibición de contratar en la concesión de una emisora de radiodifusión cuando el

Ref. Inf 4/2006 MV/jb

adjudicatario tenía una relación laboral estable en el Centro Territorial de Andalucía de «TVE, SA», y por tanto en una sociedad cuyo capital es íntegramente estatal, perteneciendo en su totalidad al Ente público RTVE, licitador de las concesiones, y ser a la vez accionista mayoritario (90% del capital social), Presidente del Consejo de Administración y Consejero Delegado de aquella adjudicataria.

2ª) La segunda situación que se plantea esta Junta, quizá es difícil que se produzca. Se daría si la Corporación decidiera licitar algún tipo de contrato (limpieza, seguridad, informática) incluyendo entre los departamentos, locales o edificios, los que integran la empresa municipal y entre el personal de la empresa se encontrara algún supuesto de los contemplados en la prohibición de contratar por la relación directa del objeto de la contratación.

Por último hay que destacar que la prohibición de contratar no sólo alcanza directamente al personal que presta sus servicios en el sector público, sino, como reza el art. 20.1 e), igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y sus descendientes. Respecto de ellos podríamos aplicar las mismas situaciones. Siendo decisivo en este caso que como ya señaló el Tribunal Supremo en la sentencia referenciada de 15 de febrero de 1999, la situación de prohibición de contratar respecto de los administradores de personas jurídicas es suficiente que recaiga en uno de ellos.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La prohibición de contratar del art. 20 .1. e) en aplicación de la Ley de Incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas es de aplicación a todo el personal del sector público y, por tanto, al personal que presta su servicio en empresas públicas, con independencia de su estabilidad en la relación laboral o funcional. Asimismo afectará a las restantes personas que, sin tener relación de empleo, dispone el art. 20.1.e).

SEGUNDA.- Como requisito previo de capacidad para licitar, el ámbito objetivo afecta a todos los contratos regulados en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incluyendo, por tanto, los contratos privados y los denominados menores siempre y cuando el objeto de la licitación coincida con el objeto social y/o profesión, titulación, o actividad empresarial individual que ejerza el personal al servicio del sector público como actividad privada respecto de la licitaciones que promueva el Organismo, Departamento o Entidad donde prestan sus servicios.

TERCERA.- Los términos " Organismo, Departamento o Entidad hay que entenderlos en el sentido que la prohibición alcanza al personal del Ayuntamiento de Alboraya, respecto de las licitaciones que promueva la corporación municipal, y al personal que presta sus

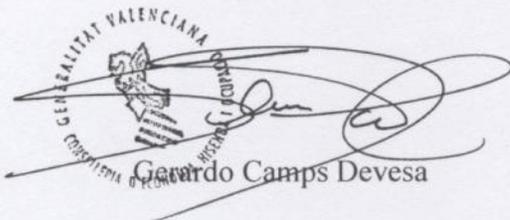
Ref. Inf 4/2006 MV/jb

servicios en una empresa pública respecto de las que promueva la citada empresa. No obstante lo anterior, la prohibición de contratar alcanzará al personal de la empresa municipal respecto de las licitaciones promovidas por la corporación y viceversa, cuando las actuaciones objeto de la contratación estén íntimamente relacionadas y sea consustanciales con la que es propia del ayuntamiento y de la empresas publica.

CUARTO.- El personal de las empresas públicas no podrá participar en aquellas licitaciones en las que por su objeto de la contratación sea destinataria de la ejecución del contrato la empresa pública, siempre que se dé en este personal los requisitos puestos de relieve en el presente Informe.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devesa

LA SECRETARIA DE LA JUNTA



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha
6 de octubre de 2006