

Informe 10/2017, de 19 de desembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Eventual concurrència de la prohibició de contractar establerta en l'article 60.1.g del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, en una empresa respecte d'un consorci adscrit a l'Ajuntament del qual n'és regidor el seu administrador

ANTECEDENTS

I. L'Ajuntament de Torelló ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre l'eventual concurrència d'una prohibició de contractar d'una empresa respecte d'un consorci adscrit a aquest Ajuntament.

II. L'escrit de consulta adjunta un informe de la Secretària municipal en el qual es concreta el supòsit de fet que origina la petició. En aquest sentit, assenyala que l'Ajuntament de Torelló té adscrit un consorci XXX, del qual en forma part, juntament amb altres set membres, tenint cadascun d'ells un representant. D'altra banda, indica que un regidor de l'Ajuntament, que no forma part del consorci com a representant de l'Ajuntament, és administrador de l'empresa YYY i planteja la qüestió de si la prohibició de contractar que afecta a aquesta empresa en relació amb l'Ajuntament també concorre respecte del consorci esmentat.

III. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. La consulta tramesa per l'Ajuntament de Torelló fa referència a l'eventual concurrència d'una prohibició de contractar d'una empresa, l'administrador de la qual és regidor d'aquest Ajuntament, respecte d'un Consorci adscrit al mateix, malgrat no ser el representant de l'Ajuntament en aquest Consorci.

Abans d'analitzar la qüestió plantejada, s'ha de precisar que la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, d'acord amb el que preveu el Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració d'aquesta Junta Consultiva, té el caràcter d'òrgan consultiu específic en matèria de contractació i, en exercici de la seva funció de resoldre consultes de caràcter general sobre la interpretació i l'anàlisi de les

normes jurídiques en matèria de contractació pública, no pot substituir ni suplir les funcions consultives que tenen assignades altres òrgans consultius en els seus respectius àmbits de competència, tal com es recull en la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, de la Comissió Permanent.

Per tant, l'emissió d'aquest informe s'efectua sobre la base de l'anàlisi de les normes jurídiques en matèria de contractació pública, concretament, de la interpretació de l'article 60 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 endavant, TRLCSP), sense valorar l'eventual concurrència d'una concreta prohibició de contractar en l'empresa que s'esmenta en l'escrit de consulta respecte del consorci que també s'hi esmenta.

II. Per poder resoldre l'assumpte sotmès a consulta cal partir de la regulació continguda en el TRLCSP de les prohibicions de contractar, en concret, de l'article 60, que estableix les circumstàncies que, en cas de concórrer, constitueixen un impediment legal per poder contractar amb el sector públic.

De les diferents causes que s'inclouen en aquest precepte s'ha de fer esment específic a la prevista en l'apartat 1.g, que disposa expressament que no poden contractar amb el sector públic les persones en qui es doni la circumstància de: "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 electius que regula la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els termes que s'hi estableixen"¹.

Aquesta causa de prohibició de contractar, com ja ha posat de manifest en diverses ocasions aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa², 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, com és, pel que fa al supòsit objecte de consulta, la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general (d'ara endavant, LOREG). D'aquesta Llei, a l'efecte de la qüestió que s'analitza, s'ha de fer referència a l'article 178.2.d, el qual disposa que són incompatibles amb la condició de regidor, entre d'altres, "els

¹ Cal tenir en compte que la nova Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les Directives del Parlament Europeu i del Consell, 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, que, d'acord amb la seva Disposició final 16^a, entrarà en vigor, amb caràcter general, el dia 9 de març de 2018, estableix aquesta mateixa prohibició de contractar en idèntics termes en l'article 71.1.g –amb la corresponent actualització de la referència legal sobre la regulació d'alts càrrecs en l'àmbit estatal.

² Entre altres, en els informes 5/2017, de 16 de maig; 16/2014, de 17 de desembre; 6/2012, de 7 de juny; 9/2011, de 27 d'octubre; 13/2010, de 26 de novembre; 6/2009, de 3 de juliol; 1/2009, de 28 de maig; i 9/2000, de 24 de novembre.

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”.

D'acord amb aquest precepte, el finançament total o parcial del contracte per part de l'entitat local o d'establiments que en depenen és essencial per determinar la concurrència de la incompatibilitat, de manera que és necessari que en cada cas concret es comprovi l'efectiva existència de dit finançament. D'aquesta manera, no hi haurà incompatibilitat ni, per tant, causa de prohibició de contractar, si el contracte no es finança totalment o parcialment per l'entitat local o per un establiment dependent de la mateixa³.

Així ho ha afirmat també la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, entenent que s'ha d'admetre la compatibilitat del regidor quan el finançament total o parcial del contracte no vagi a càrrec de la Corporació Local de la qual forma part o d'establiment, entitat o organisme dependent de la mateixa⁴.

D'altra banda, atesa la referència continguda, tant en l'escrit de consulta com en l'informe que l'acompanya, al fet que el regidor –i administrador de l'empresa respecte de la qual es planteja si està incursa en prohibició de contractar amb el consorci– no és el representant de l'Ajuntament al consorci, es considera necessari aclarir que aquesta participació no és determinant de la concurrència del supòsit d'incompatibilitat, ni per tant, de la prohibició de contractar. Aquesta participació, en canvi, sí pot tenir rellevància a efectes de l'eventual concurrència d'un conflicte d'interessos⁵.

³ En aquest sentit, s'ha pronunciat també la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en l'Informe 3/2014, de 22 de gener, amb ocasió de l'anàlisi de la incompatibilitat d'un regidor per participar en la licitació d'un contracte per a la gestió del servei públic d'alberg municipal, en el qual afirma que “la prohibició descansa doncs, en aquests casos, no la circumstància de ser regidor (o càrrec electe de l'entitat local), sinó en el fet que el contracte tingui un finançament a càrrec del pressupost de l'entitat local”.

⁴ En els informes 30/10, de 24 de novembre de 2010, sobre “l'abast de la prohibició de contractar respecte dels regidors d'un ajuntament en supòsits d'incompatibilitat”, i 76/09, de 23 de juliol de 2010, sobre la “compatibilitat entre l'exercici d'un càrrec en una associació que pot optar a l'adjudicació d'un contracte licitat per una mancomunitat de municipis i l'alcalde o regidors que formen part d'algun dels ajuntaments que integren la mancomunitat”.

⁵ Cal recordar que en l'Informe 9/2011, de 27 d'octubre, aquesta Junta Consultiva va assenyalar que la finalitat perseguida per la regulació de causes d'incompatibilitat és evitar el conflicte d'interessos que es dona quan un càrrec electiu vol contractar, com a persona física o per la via de la seva participació a títol personal en una persona jurídica, amb la corporació local de la qual n'és membre, així com “allunyar el risc de manca d'objectivitat en l'adjudicació dels contractes públics, així com preservar la neutralitat, la lliure concurrència i competència, la igualtat d'oportunitats i l'objectivitat i la legalitat en l'actuació de l'administració”. A més, cal recordar que tant la Directiva 2014/24/UE sobre contractació pública, com la nova Llei de contractes del sector públic, ja esmentada, defineixen el conflicte d'interès com, almenys, qualsevol situació en la qual el personal al servei de l'òrgan de contractació, que participi en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir en el seu resultat tingui, directa o indirectament, un interès financer, econòmic o personal que pogués semblar que compromet la seva imparcialitat i independència en el context del procediment de contractació.



III. Per determinar la concurrència de la incompatibilitat establerta en l'article 178.2.d de la LOREG i la conseqüent prohibició de contractar recollida en l'article 60.1.g del TRLCSP, cal precisar quins contractes s'han d'entendre finançats totalment o parcialment per una corporació municipal o establiments que en depenen. En aquest sentit, cal assenyalar d'entrada que l'escrit de consulta no conté cap informació relativa al finançament dels contractes del consorci respecte del qual es planteja la possible concurrència de la prohibició de contractar d'una empresa, l'administrador de la qual és un càrrec electe municipal.

D'acord amb l'article 24è dels estatuts d'aquest consorci, els seus recursos provenen en part de les aportacions efectuades per l'Ajuntament, de manera que, amb caràcter general, es pot considerar que el finançament, si més no parcial, dels contractes que dugui a terme el consorci, pot provenir de la corporació municipal, tot i que indirectament.

Així ho ha entès també la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat en l'informe 76/09, de 23 de juliol de 2010, ja esmentat, en el qual analitza l'eventual incompatibilitat d'un càrrec electe municipal amb la presidència d'una associació que vulgui optar a l'adjudicació d'un contracte licitat per una mancomunitat de municipis integrada, entre altres, per l'Ajuntament en el què exerceix el càrrec electe –partint de la manca de dubte respecte de la concurrència de la prohibició amb el propi Ajuntament, tal com també es fa en l'informe que acompanya l'escrit de consulta. En concret, aquella Junta assenyala que, atès que els recursos econòmics que han de finançar un contracte a licitar per la mancomunitat procedeixen d'una subvenció rebuda, entre d'altres, per l'ajuntament “és evident que les causes d'incompatibilitat que la Llei preveu per als membres de la corporació municipal són d'aplicació també per al cas en què la competència i els recursos es gestionen per la Mancomunitat”.

Tanmateix, també es podria donar la circumstància de què determinats contractes duts a terme pel Consorci no fossin finançats, ni tant sols parcialment i de manera indirecta, per part de l'Ajuntament per provenir els recursos per al seu finançament, per exemple, d'una subvenció atorgada per una altra entitat.

Per tant, d'acord amb el que s'ha assenyalat, cal veure en cada cas d'on prové el finançament del contracte per determinar la concurrència de la incompatibilitat del càrrec electe prevista en l'article 178.2 d de la LOREG i la conseqüent prohibició de contractar de l'entitat que aquest administri o presideixi establerta en l'article 60.1.g del TRLCSP.

D'altra banda, d'acord amb el que disposa l'article 178.2 d de la LOREG, anteriorment transcrit, el supòsit d'incompatibilitat i la conseqüent prohibició de contractar concorrerien igualment en cas que el consorci pugui ser considerat com a establiment dependent de l'ajuntament al qual, d'acord amb el que s'indica en la petició d'informe, es troba adscrit.

El consorcis es defineixen en l'article 118.1 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (d'ara endavant, Llei 40/2015), com “entitats de dret públic, amb personalitat jurídica pròpia i diferenciada, creades per diverses administracions públiques o entitats integrants del sector públic institucional, entre si o amb participació d'entitats privades, per al desenvolupament d'activitats d'interès comú a totes dins de l'àmbit de les



seves competències”⁶. Així, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en l'Informe 19/2016, de 28 de setembre, ha assenyalat que el consorci “és una figura organitzativa de cooperació administrativa”.

A més, l'article 120 d'aquesta Llei estableix l'obligació de què els consorcis s'adscriuïn a una administració pública i determina els criteris, per ordre de prioritat en la seva aplicació, per efectuar dita adscripció. Aquests criteris consisteixen, bàsicament, en el control majoritari o efectiu dels òrgans de govern del consorci, l'aportació econòmica majoritària al mateix i el major nombre d'habitants o l'extensió territorial⁷. L'adscripció determinarà, segons l'article 122 de la Llei 40/2015, la subjecció del consorci al règim de pressupostació, comptabilitat i control de l'Administració pública a la qual estiguin adscrits.

Així, atesa la forma de determinació de l'adscripció dels consorcis a una Administració pública, com també les conseqüències que dita adscripció comporta, es pot afirmar que entre un consorci i l'administració a la qual s'adscriu es dona un cert grau de vinculació⁸.

En aquest sentit, cal assenyalar també que, tot i que l'article 178.2.d de la LOREG faci referència a què el finançament total o parcial dels contractes sigui a càrrec de la corporació municipal o “d'establiments que en depenen”, es considera que aquest terme “dependent” no s'utilitza en un sentit estricte de dependència organitzativa administrativa i que, per tant, pot comprendre, entre d'altres, consorcis adscrits a una entitat local, més tenint en comte que la finalitat última de la regulació de la incompatibilitat dels càrrecs

⁶ En l'àmbit del territori de Catalunya, la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya, en l'article 113.2, disposa que “els consorcis són entitats de dret públic, tenen caràcter associatiu, naturalesa voluntària, personalitat jurídica pròpia i capacitat per a crear i gestionar serveis i realitzar activitats i obres en els termes que estableix la normativa aplicable als organismes, administracions i entitats públiques consorciats”.

⁷ Literalment, l'apartat 2 d'aquest precepte estableix els criteris següents: “a) Disposi de la majoria de vots en els òrgans de govern; b) Tingui facultats per nomenar o destituir la majoria dels membres dels òrgans executius; c) Tingui facultats per nomenar o destituir la majoria dels membres del personal directiu; d) Disposi de més control sobre l'activitat del consorci a causa d'una normativa especial; e) Tingui facultats per nomenar o destituir la majoria dels membres de l'òrgan de govern; f) Financi en més d'un cinquanta per cent o, si no, en una mesura més gran l'activitat duta a terme pel consorci, tenint en compte tant l'aportació del fons patrimonial com el finançament concedit cada any; g) Tingui el percentatge més gran de participació en el fons patrimonial; h) Tingui un nombre d'habitants o una extensió territorial més grans depenent de si els fins definits a l'estatut estan orientats a la prestació de serveis a les persones o al desenvolupament d'actuacions sobre el territori.”

⁸ Així sembla desprendre's també de l'Informe 6/2017, de 5 d'abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en el qual s'analitza la naturalesa jurídica a efectes de contractació pública d'un consorci adscrit a la Comunitat Autònoma d'Aragó, i s'assenyala que “certament, pot considerar-se que els consorcis tenen una naturalesa mixta: com a ens instrumental en l'òrbita institucional de l'entitat a la que està adscrit i com a ens associatiu de diverses Administracions Públiques” fent referència, en aquest sentit, a un consorci “dependent o adscrit” a una Comunitat Autònoma.

electes que s'analitza, i de la prohibició que en deriva, és evitar que hi hagi una translació de fons públics per part d'una entitat local a un càrrec electe d'aquesta⁹.

Per tant, la consideració del consorci adscrit a l'ajuntament com a establiment dependent d'aquest comportarà la concurrència del supòsit d'incompatibilitat previst en el precepte de la LOREG esmentat, així com també, en el cas objecte de consulta, de la prohibició de contractar de l'empresa administrada per un càrrec electe d'un Ajuntament amb el consorci que hi està adscrit.

IV. Adicionalment, es considera convenient recordar quin és l'abast de la prohibició de contractar prevista en l'article 60.1.g del TRLCSP. En aquest sentit, cal tenir en compte que aquesta Junta ja va afirmar, en l'Informe 16/2014, de 17 de desembre, que les prohibicions de contractar per incompatibilitat són d'apreciació automàtica i directa per l'òrgan de contractació i que només es produeixen en relació amb l'àmbit sobre el qual aquest exerceix les funcions que té atribuïdes en l'àmbit de la seva competència¹⁰.

Per la seva banda, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en l'Informe 6/92, de 27 de febrer de 1992, va assenyalar que "des del punt de vista de la Llei Orgànica 5/1985, l'única incompatibilitat existent per als regidors en matèria de contractació existeix exclusivament per als contractes finançats totalment o parcialment a càrrec de la corporació municipal o d'establiments que en depenen, incompatibilitat lògica i concurrent amb la finalitat d'evitar col·lisió d'interessos que ha de ser pròpia de la regulació d'incompatibilitats i que, en conseqüència, no pot estendre's a contractes d'altres Administracions públiques, tret del supòsit improbable que siguin finançats pel propi Ajuntament del qual forma part el regidor o per organismes dependents del mateix"¹¹.

Pel que fa a aquesta mateixa prohibició de contractar, però en relació a alts càrrecs i persones que presten serveis a l'Administració, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears va indicar, en l'Informe 9/2008, de 31 de març de 2009, que aquesta prohibició de contractar "es refereix als contractes que subscriu

⁹ En la línia del ja manifestat per aquesta Junta Consultiva en l'Informe 5/2017, de 16 de maig, relatiu als "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".

¹⁰ En aquest mateix sentit s'han pronunciat la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en l'Informe 30/10, de 24 de novembre de 2010, assenyalant que aquesta prohibició de contractar "no s'estén als contractes concertats amb Administracions públiques diferents d'aquella a la qual pertany el regidor"; i també la Junta Regional de Contractació Administrativa de Múrcia en l'Informe 3/2009, de 18 de juny, i la Comissió Consultiva de Contractació Pública d'Andalusia en l'Informe 5/2015, de 16 de desembre, entre d'altres, afirmant que la prohibició de contractar per causa d'incompatibilitat d'un funcionari s'ha de limitar exclusivament a l'administració contractant.

¹¹ De la mateixa manera, es va pronunciar en l'Informe 30/10, de 24 de novembre de 2010, afirmant que la prohibició de contractar "no s'estén als contractes concertats amb Administracions públiques diferents d'aquella a la qual pertany el regidor".



l'Administració en què una persona ocupa un alt càrrec o presta els seus serveis, els ens públics instrumentals que en depenen o hi estan vinculats, i els consorcis en què participin”, atès que és “en aquest àmbit on es podria produir un major conflicte d'interessos que pot afectar la imparcialitat i la moralitat administrativa”.

Per tant, la prohibició de contractar derivada de la condició de regidor respecte de contractes finançats totalment o parcialment per l'Ajuntament del qual s'és càrrec electe, o per establiments que en depenen, té efectes exclusivament respecte de l'administració a la qual pertany el càrrec electe.

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

CONCLUSIONS

D'acord amb l'article 178.2.d de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, la condició de regidor és incompatible amb la de contractista de contractes finançats totalment o parcialment per l'Ajuntament del qual n'és càrrec electe o per establiments que en depenen, de manera que concorrerà la prohibició de contractar establerta en l'article 60.1.g del TRLCSP si es constata l'efectiva existència de dit finançament, en els termes assenyalats en la consideració jurídica III d'aquest informe.

Aprovat per la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en la sessió de 19 de desembre de 2017.

Vist i plau

Sílvia Quesada Escobar
Secretària

Albert Castellanos Maduell
President