

Informe 1/2022, de 24 de marzo de 2022, del Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Asunto: Posibilidad de adjudicación directa de un contrato a una Sociedad de Economía Mixta. Posibilidad de que una sociedad de economía mixta pueda concurrir a los procedimientos de licitación del Ayuntamiento, socio mayoritario de la sociedad. Examen de la figura del conflicto de intereses en los concejales que forman parte del Consejo de Administración de la sociedad.



Documento Verificable en www.jccm.es mediante
Código Seguro de Verificación (CSV): 77F5486FE150394833C635

I. ANTECEDENTES

D. Adolfo Muñiz Lorenzo, Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puertollano (Ciudad Real) se dirige a la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla –La Mancha, mediante solicitud de informe de fecha 8 de marzo de 2022, del siguiente tenor literal:

“A LA JUNTA CENTRAL DE CONTRATACIÓN DE CASTILLA-LA MANCHA

D. Adolfo Muñiz Lorenzo, con DNI XX, en representación del Excmo. Ayuntamiento de Puertollano, en su calidad de Alcalde – Presidente, cargo que ostento y ejerzo en la actualidad, comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

EXPONGO

I.-Fundamentación legal de la consulta:

El artículo 7.8 del Decreto 74/2018, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Contratación de la Junta de Comunidades de Castilla La Mancha dispone que “La Junta Central de Contratación emitirá informes en el ámbito de sus competencias a petición de las secretarías generales de las diferentes consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, de la Intervención General, de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de los representantes de cualquiera de las entidades del sector público previstas en el artículo 2. También podrán solicitar



informes y elevar consultas a la Junta Central, sobre cuestiones de carácter general en materia de contratación pública, los representantes de las entidades locales del ámbito territorial de Castilla-La Mancha". Por otro lado, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puertollano, es el órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 7.8.

II.- Antecedentes sobre la cuestión que se somete a consulta.

Que, aunque los informes de la Junta solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que presenten carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, para un adecuado planteamiento y resolución de las cuestiones que se plantearán, consideramos que resulta de gran utilidad la siguiente descripción del contexto en el que las dudas interpretativas se originan en este Ayuntamiento:

1.-Que, en el año 2009, mediante acuerdo adoptado por el Ayuntamiento Pleno de 18 de septiembre de 2009, se adjudica provisionalmente el contrato para la selección de socio privado en orden a la constitución de una Sociedad Limitada de economía mixta destinada a la gestión de los servicios municipales correspondientes al ciclo integral del agua en el municipio de Puertollano, elevándose la adjudicación a definitiva por acuerdo adoptado por el Ayuntamiento Pleno en sesión celebrada el día 9 de octubre de 2009.

En el Pliego de Cláusulas administrativas particulares aprobado por el Pleno del Ayuntamiento el 25 de junio de 2009, se indica, que si bien el objeto es la selección de un socio privado para la constitución de la sociedad de economía mixta que resultara concesionaria del servicio de ciclo integral del agua, en realidad se está regulando, no sólo la selección del socio privado, sino que se precisa la prestación del servicio por la sociedad de economía mixta que se deberá constituir con la participación de socio privado.

En el mentado pliego se señala la prestación de los servicios de captación, tratamiento, distribución, evacuación, depuración y cualquier otra operación que corresponda al ciclo integral del agua, así como la obligación de la concesionaria (AGUAS DE PUERTOLLANO, S.L.) de ejecutar las obras que correspondan al ciclo integral del agua a solicitud del Ayuntamiento.

En el susodicho pliego se viene, igualmente, a señalar en diversos puntos la obligación de la concesionaria de ejecutar las obras que se le soliciten por el Ayuntamiento en cuanto





correspondan o se incluyan en las que sean necesarias o convenientes para la explotación y gestión del ciclo integral del agua.

Hay que hacer constar que la duración de la sociedad de economía mixta es de 50 años, con un capital social fijo de CINCO MILLONES DE EUROS, divididos en 500 participaciones acumulables e indivisibles de 10.000 euros de valor nominal cada una de ellas. El 51% de las citadas participaciones están suscritas por este Excmo. Ayuntamiento de Puertollano y representan la participación pública de la sociedad y el 49% restante están suscritas por el socio privado que resultó adjudicatario de la licitación pública para su selección (AGUAS DE PUERTOLLANO, S.L.) representando la participación privada en la sociedad.

En el período de duración del contrato, la Sociedad Mixta deberá acometer las inversiones y obras de actualización y mantenimiento que el Consejo de Administración apruebe, los cuales habrán de amortizarse necesariamente, antes de la finalización de la sociedad, realizándose si fuera preciso, el reajuste del equilibrio económico del contrato que fuera necesario.

En todo caso, el Ayuntamiento se reserva la facultad de decidir sobre la necesidad de ejecutar o no las obras de ampliación o renovación de la infraestructura del servicio, así como de decidir si las mismas deben ser ejecutadas por la empresa mixta.

La redacción del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y Técnicas permite la posibilidad de que se ordene por el Ayuntamiento a la Sociedad concesionaria la ejecución de obras e inversiones que se integren y den servicio directo o indirecto al ciclo del agua, como un supuesto de modificación del contrato.

Por otro lado, el Excelentísimo Ayuntamiento de Puertollano tiene previsto licitar las obras de RENOVACIÓN DE REDES DE ABASTECIMIENTO EN PUERTOLLANO, correspondiente a la Subvención del Plan de Obras Municipales 2021.

Por lo expuesto,

SOLICITO: *Que por dicho Organismo se emita informe, sobre las siguientes cuestiones que, en materia de contratación, se someten a su consideración:*

A) La posibilidad de realizar la adjudicación directa de la obra objeto de licitación a una Sociedad de Economía Mixta, con capital mayoritariamente público, todo ello conforme a lo recogido en





el PCAP, así como en la disposición adicional vigésimo segunda de la Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de Noviembre), en lo relativo a la adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a Sociedades de Economía Mixta.

B) Si una sociedad economía mixta con participación mayoritaria de capital público a los efectos del artículo 3.1.h LCSP puede presentarse a licitaciones que convoque un Ayuntamiento, que a su vez tiene participación en dicha sociedad y concejales de su Corporación conformen parte del Consejo de Administración.

El Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, acuerda emitir el presente informe, del que ha sido ponente D^a JULIA CUERDA BLÁZQUEZ, Secretaria de la Junta Central de Contratación.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Central de Contratación es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 7, apartado 8 del Decreto 74/2018, de 23 de octubre, por el que se regula la Oficina de Contratación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y el sistema de contratación centralizada, que dispone que *“La Junta Central de Contratación emitirá informes en el ámbito de sus competencias a petición de las secretarías generales de las diferentes consejerías de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y sus organismos autónomos, de la Intervención General, de la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha y de los representantes de cualquiera de las entidades del sector público previstas en el artículo 2. También podrán solicitar informes y elevar consultas a la Junta Central, sobre cuestiones de carácter general en materia de contratación pública, los representantes de las entidades locales del ámbito territorial de Castilla-La Mancha”*. Por otro lado, el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Puertollano, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el citado artículo 7.8.





Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que los informes que pueda emitir esta Junta revisten un carácter facultativo y general, pues no le corresponde informar a la misma expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

En el caso que nos ocupa, como en la práctica totalidad de las solicitudes de informe que se dirigen a la Junta Central de Contratación, las cuestiones que se plantean están relacionadas con un supuesto en concreto, lo que no supone que exista, sin embargo, impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que se dirige a esta Junta, para que la misma se pronuncie acerca de las dos cuestiones que aquí se plantean: si una Sociedad de Economía Mixta puede ser adjudicataria directa de un contrato y si puede concurrir a los procedimientos de contratación que licite el Ayuntamiento, socio mayoritario de la Sociedad, cuyo Consejo de Administración está integrado por concejales del consistorio.

II. Posibilidad de adjudicación directa de un contrato a una Sociedad de Economía Mixta.

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP) regula la adjudicación directa a sociedades de economía mixta en su disposición adicional vigésima segunda, cuyo apartado 1 establece:

“Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado. (...)”.





En la normativa contractual inmediatamente anterior a la actual LCSP, constituida por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), la sociedad de economía mixta estaba prevista como una modalidad para la contratación de la gestión de servicios públicos; así, su artículo 277 indicaba:

“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades:

a) (...)

b) (...)

c) (...)

d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas”.

A la sociedad de economía mixta, como fórmula institucional de colaboración público-privada entre el sector público y el sector privado, se refería también el TRLCSP en su disposición adicional vigésima novena que posibilitaba la adjudicación directa de contratos públicos y concesiones a aquélla, tal y como sigue:

“1. Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.

En la nueva LCSP desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público, tal y como indica su preámbulo: *“En el ámbito de las concesiones, desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar, y en virtud de la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura*





de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras”.

No obstante, y aun cuando desaparece este tipo de contrato que, como hemos indicado, hace referencia a la sociedad de economía mixta como una de las modalidades para su contratación, la LCSP mantiene la posibilidad de la adjudicación directa a este tipo de sociedades en su disposición adicional vigésimo segunda. Sigue estableciendo el preámbulo: *“Sin perjuicio de lo anterior, se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios en los términos recogidos en la Disposición adicional vigésima segunda, siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008.*

Menciona el citado preámbulo que el hecho de que exista la posibilidad de la adjudicación directa a una sociedad de economía mixta responde al criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008.

Con la adopción de este criterio se tiende a evitar una doble licitación: por un lado, seleccionar al socio privado que, junto a la persona jurídica pública, va a formar finalmente la sociedad de economía mixta y, por otro, adjudicar el contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, (tal y como lo prevé actualmente la disposición adicional vigésimo segunda de la LCSP); con la inseguridad, en este último caso, de que la ejecución del contrato se llevara a cabo por una entidad distinta de la sociedad de economía mixta que se había creado con el fin de realizar la prestación objeto del contrato.

Así, señala la Comisión en la citada Comunicación que *“Una de las posibilidades que se ofrecen para crear una CPPI (Colaboración Público-Privada Institucional) conforme con los principios de la legislación comunitaria, evitando los problemas derivados de la doble licitación, es actuar de la manera siguiente: el socio privado es seleccionado mediante un procedimiento de licitación*





transparente y competitivo cuyo objeto es el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. La selección del socio privado va acompañada de la creación de la CPPI y la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto”.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en la sentencia citada anteriormente se plantea *“si la adjudicación del servicio público de que se trata a la sociedad de economía mixta sin proceder a una licitación específica es compatible con el Derecho comunitario, desde el momento en que la licitación destinada a seleccionar al socio privado que asumirá la gestión integrada del servicio de aguas respete los artículos 43 CE y 49 CE y los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad, así como la obligación de transparencia que se deriva de ellos. Al respecto, indica el Tribunal que “si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se examina en el litigio principal– a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado”.* Y concluye: *“los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que exija la realización previa de ciertas obras –como el que se examina en el litigio principal– a una sociedad de capital mixto, público y privado, especialmente creada para prestar dicho servicio y con este único objeto social, y en la que el socio privado sea seleccionado mediante licitación pública, previa verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión relativos al servicio que deba prestarse y de las características de la oferta en cuanto a las prestaciones que deban realizarse, a condición de que dicho procedimiento de licitación respete los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado en materia de concesiones”.*

En la actual regulación de la adjudicación directa a una sociedad de economía mixta podemos advertir, con respecto al TRLCSP, que aquélla únicamente se refiere a la posibilidad de adjudicar directamente contratos de concesión de obras y de servicios (*“Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta...”*), señala la





disposición adicional vigésima segunda), mientras que la disposición adicional vigésima novena del TRLCSP se refería tanto a concesiones como a otros contratos públicos (*“Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta...”*). Por otra parte, ahora la LCSP exige que el capital público sea mayoritario, requisito este de mayoría que no se exigía en el TRLCSP.

Así pues, el supuesto de adjudicación directa se refiere al hecho de aunar en una única licitación la elección del socio privado que va a formar parte de la sociedad de economía mixta y la adjudicación a ésta de la concesión de obra o de servicio de que se trate. No ampara la LCSP la posibilidad de que, una vez constituida la sociedad, se le adjudique directamente cualquier tipo de contrato, ya que esta adjudicación que, como se ha indicado, sigue el criterio de la Unión Europea, parte de la inexistencia de socio privado y posterior constitución de la sociedad de economía mixta a quien se le adjudique el contrato.

De acuerdo con lo anterior, y respecto de la pretendida adjudicación directa a la sociedad de economía mixta AGUAS DE PUERTOLLANO, S.L., que señala la entidad solicitante, relativa a la contratación de las obras de renovación de redes de abastecimiento en Puertollano, hemos de señalar que no cabría la misma pues la elección de socio privado con el objetivo de constituir la sociedad ya existe y, por tanto, faltaría uno de los procedimientos de licitación que hace posible que se adjudique directamente el contrato. Por otra parte, un contrato de obras, de acuerdo con el tenor literal de la disposición adicional, no podría ser objeto de la adjudicación directa a que aquélla se refiere, ya que únicamente se prevé para las concesiones de obras o de servicios, sin que haga mención a los contratos públicos en general, como sí lo hacía, tal y como hemos indicado, el TRLCSP.

No obstante lo anterior, indicar que si las obras de renovación de redes de abastecimiento en Puertollano formaran parte de las prestaciones del objeto del contrato que en su día fue objeto de licitación (selección de socio privado en orden a la constitución de una Sociedad Limitada de economía mixta destinada a la gestión de los servicios municipales correspondientes al ciclo integral del agua en el municipio de Puertollano), no sería necesario realizar una nueva adjudicación pues habría que entender que formarían parte del contrato que se está ejecutando. En este sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (en adelante, JCCPE) que, en su Informe 120/18 indica que *“Si las nuevas prestaciones que se han de desarrollar están incluidas en*





el objeto del contrato inicial de gestión de servicios públicos y éste continúa vigente por no haber transcurrido el plazo de duración del mismo ni haberse extinguido por ninguna otra causa no cabría realizar una nueva adjudicación, sino que habría que entenderlo comprendido en el objeto del contrato que se está ejecutando”.

De lo contrario habría que proceder a la licitación del correspondiente contrato, de conformidad con el procedimiento de adjudicación que resulte de aplicación de entre los previstos en la LCSP, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en cada caso; garantizando en la contratación, tal y como señala el artículo 1.1 de la LCSP, los *“principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores”*, y asegurando, *“en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa”*. La JCCPE en el citado informe señala: *“hay que recordar que no cabe considerar que la existencia de un contrato inicial reserve íntegramente la prestación de cualquier servicio público relacionado con la gestión hidráulica a la sociedad de economía mixta. Por el contrario, las actividades deben estar claramente incluidas en el objeto del contrato inicial puesto que la propia Sentencia Acoset ya citada es muy precisa a la hora de exigir la plena identificación de la prestación o prestaciones reservadas a la sociedad mixta y a la hora de exigir una nueva licitación para cualquier modificación sustancial del contrato firmado al amparo de una adjudicación directa (en este sentido se pronuncia también la Sentencia Pressetext Nachrichtenagentur C-454/06).*

Tampoco la existencia de un contrato de sociedad puede producir este efecto por la sola existencia de aquella pues tal conclusión contradiría claramente la finalidad de la norma legal”.

III. Posibilidad de que una sociedad de economía mixta pueda concurrir a los procedimientos de licitación del Ayuntamiento, socio mayoritario de la sociedad. Examen de la figura del conflicto de intereses en los concejales que forman parte del Consejo de Administración de la sociedad.

La segunda y última de las cuestiones que se plantea el Ayuntamiento de Puertollano es la de “Si





una sociedad de economía mixta con participación mayoritaria de capital público a los efectos del artículo 3.1.h LCSP puede presentarse a licitaciones que convoque un Ayuntamiento, que a su vez tiene participación en dicha sociedad y concejales de su Corporación conformen parte del Consejo de Administración”.

Antes de abordar esta cuestión es preciso advertir que el artículo 3.1.h) de la LCSP, al que se refiere el consistorio, regula el ámbito subjetivo de la LCSP a los efectos de su aplicación a aquellas entidades que, según el mismo, forman parte del sector público; y lo hace a los efectos de establecer quiénes tienen la consideración de poder adjudicador, y las normas por las que han de regirse a la hora de llevar a cabo los correspondientes procedimientos de contratación. No obstante, lo que se cuestiona aquí no es el papel de una sociedad de economía mixta como poder adjudicador, sino como posible licitadora de un contrato.

Las tres Directivas comunitarias vigentes sobre la contratación pública (Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública; Directiva 2014/25/UE, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión) reconocen que una entidad pública puede ser operador económico; así, el artículo 2.1.10 de la Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, define el operador económico como *una persona física o jurídica, una entidad pública, o una agrupación de tales personas o entidades, incluidas las agrupaciones temporales de empresas, que ofrezca en el mercado la ejecución de obras o una obra, el suministro de productos o la prestación de servicios*. Y como licitador (artículo 2.1.11) *un operador económico que haya presentado una oferta*.

Así pues, una sociedad de economía mixta que pudiera ser considerada poder adjudicador, a los efectos del artículo 3.1.h) de la LCSP también podrá actuar como operador económico y participar como licitadora en un procedimiento de contratación.

El hecho de que el Ayuntamiento participe como socio en la citada sociedad no impide por sí solo que la misma pueda participar en los procedimientos de licitación que aquél convoque. No existe ningún tipo de limitación en la LCSP en este sentido. Es más el Tribunal de Justicia cuando avala la posibilidad de adjudicación directa en el sentido expuesto en el punto II de este informe, para evitar una doble licitación, señala: *“si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a*





dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se examina en el litigio principal– a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado”.

El Tribunal da por hecho que la sociedad de economía mixta, participada por un ente público, pueda concurrir, en condiciones de igualdad, al contrato que pueda licitar dicho ente público y que su oferta finalmente no resulte seleccionada por no ser la mejor de las presentadas.

Por otra parte, la propia LCSP indica en el apartado 2 de la disposición adicional vigésima segunda que *“En el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 anterior, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la presente Ley”*, sin que limite esa participación a procedimientos convocados por entidades públicas distintas de las que participen, como socio público, en la sociedad de economía mixta.

En consecuencia, una vez que ha quedado determinado que la participación mayoritaria de un Ayuntamiento en una sociedad de economía mixta no impide por sí sola que pueda participar en los procedimientos de contratación que aquél convoque, resta por dirimir si ese impedimento devendría de la existencia de concejales de la corporación municipal en el Consejo de Administración de la sociedad de economía mixta.

El artículo 65 de la LCSP, que regula las condiciones de aptitud para poder contratar con el sector público, establece en su apartado primero que *“Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”*.

Por otra parte, las circunstancias determinantes de la prohibición para contratar se regulan en el artículo 71 de la LCSP, cuyo apartado 1, letra g) prevé como una de dichas circunstancias la siguiente:





“Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, 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 adelante, LOREG), en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

(...)”

La LOREG establece en su artículo 178 unas causas de incompatibilidad con la condición de concejal. En lo que aquí nos atañe, establece como causa de incompatibilidad la de ser *“contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes”* (artículo 178.2.d).

Sobre la prohibición de contratar e incompatibilidad de los concejales, se ha pronunciado el Tribunal Supremo que, en su Sentencia de 31 de mayo de 2004 ha señalado que *“(....) A los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el artículo 20 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (actual artículo 71.1.g) de la LCSP), en cuanto cargo electivo de la Corporación municipal. Y con ello la Ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece, y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero, también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de ‘moralidad pública’ para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros*





términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no solo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas”

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 6/10, de 23 de julio de 2010, señala: *“Sin embargo, la Ley Orgánica de Régimen Electoral General a que se refiere el artículo 49.1 antes mencionado, en su letra f) no contiene más que una referencia a la incompatibilidad de los cargos electos para ser “contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes” (artículo 178.2 d) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General), circunstancia ésta que por mor de lo dispuesto en el artículo 49.1, f) de la Ley de Contratos del Sector Público se extiende también a las personas jurídicas en cuyo capital participe.(...) la incompatibilidad afecta a todos los que se encuentren en tal situación, aún cuando la participación en el capital de la persona jurídica sea muy escaso. En apoyo de esta tesis puede mencionarse el hecho de que la ley al declarar la incompatibilidad lo que está tratando de evitar es el conflicto de intereses entre el cargo electo y la entidad en que él o sus familiares más próximos participan. Y ello porque cualquiera que sea el porcentaje de participación en el capital, es evidente que los intereses de las personas indicadas resultan directamente afectados y, además, de forma incompatible con los de la Corporación Municipal contratante.(...)”*

Tanto el Alto Tribunal, como la Junta Consultiva se refieren al posible conflicto de intereses entre los públicos y los privados que pueden darse en estos cargos electos.

La Directiva 2014/24/UE regula el conflicto de intereses en su artículo 24 que establece que *“Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos. El concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder*





adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación”.

Reflejo de lo dispuesto en la citada Directiva, que transpone la LCSP, es el artículo 64 de la misma que se ocupa en el ordenamiento interno de establecer la obligación de luchar contra la corrupción y prevenir los conflictos de intereses. Señala el citado artículo lo siguiente:

“1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación”.

Una vez que ha quedado expuesto que existe prohibición de contratar cuando el cargo de concejal es incompatible, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178.2.d) de la LOREG, y que puede darse una situación de conflicto de intereses entre el cargo electo y la entidad en que participa, hemos de examinar si dichas circunstancias se dan en el caso que nos ocupa que es el de los concejales que forman parte del Consejo de Administración de una sociedad de economía mixta.

Tal y como hemos señalado en el punto II de este informe, la sociedad de economía mixta está formada por capital público y privado; en el presente caso, son el Ayuntamiento de Puertollano y la sociedad privada elegida mediante procedimiento de licitación establecido al efecto, las que





suscriben el total de las acciones de la sociedad. Los concejales únicamente actúan como representantes del Ayuntamiento (como integrantes de su órgano de gobierno) en la sociedad de economía mixta; no tienen ningún porcentaje de participación en la misma, no ostentan la condición de socio. El único socio, junto a la sociedad privada, es el Ayuntamiento (socio mayoritario) que ostenta el 51% de las acciones.

De acuerdo con lo expuesto, no podemos considerar como contratistas a los concejales pues, al no tener participación directa en la sociedad, su patrimonio no se verá incrementado como consecuencia de los beneficios que aquélla pudiera obtener con la adjudicación del correspondiente contrato, no concurriendo, por tanto, los supuestos de hecho que la legislación prevé para que exista conflicto de intereses, al carecer de ese *“interés financiero, económico o personal”* en la adjudicación del contrato a la sociedad de economía mixta de cuyo Consejo de Administración forman parte.

En virtud de las anteriores consideraciones jurídicas, el Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha formula las siguientes

III. CONCLUSIONES

- I. No cabe la adjudicación directa del contrato de obras que pretende el Ayuntamiento pues dicho contrato no se encuentra dentro del ámbito material de la LCSP, cuya disposición adicional vigésima segunda se refiere únicamente a los contratos de concesión de obras y de servicios. Además, no se cumple el supuesto de hecho para el que la citada ley prevé la posibilidad de adjudicación directa: el de evitar la doble licitación, pues en este caso ya se ha producido la elección de socio privado y constituido la sociedad de economía mixta.
- II. No obstante lo anterior, si las obras que se pretenden llevar a cabo formaran parte de las prestaciones del objeto del contrato que en su día fue objeto de licitación, no sería necesario realizar una nueva adjudicación pues habría que entender que formarían parte del contrato que se está ejecutando. De lo contrario habría que proceder a la licitación del correspondiente contrato, de conformidad con los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia.





- III. Una sociedad de economía mixta podrá participar en los procedimientos de licitación que convoque el Ayuntamiento, socio público mayoritario, sin que exista conflicto de interés por el solo hecho de que los concejales del consistorio formen parte del Consejo de Administración de la sociedad; siempre que se respeten en el procedimiento de licitación los principios de igualdad, transparencia y libre concurrencia que proclama la LCSP y que la sociedad no haya participado en la preparación de los pliegos o del procedimiento de licitación, pues se vulnerarían los citados principios.

**PRESIDENTA DE LA JUNTA CENTRAL DE
CONTRATACIÓN**

**SECRETARIA DEL PLENO DE LA JUNTA CENTRAL
DE CONTRATACIÓN**



Documento Verificable en www.jccm.es mediante
Código Seguro de Verificación (CSV): 77F5486FE150394833C635