



CONSULTA 083/2024, de 01 de octubre de 2024. La prohibición para contratar de los cargos electos.

CONSULTA (discurso directo)

1

“El Ayuntamiento de XX ha sacado a licitación el contrato de servicios de limpieza donde el órgano competente para su adjudicación es la Alcaldía, una de las empresas que se presenta es una Fundación catalogada como centro especial de empleo, y de acuerdo con sus estatutos el patronato está formado por algunos concejales electos de la corporación (irán cambiando conforme cambie la corporación), siendo la presidenta la Alcaldesa del Ayuntamiento.

La problemática viene en sí este centro especial de empleo esta incurso en una prohibición de contratar, y debería ser incluido de la licitación. O si en el caso de que pueda ser admitido la adjudicación del contrato se lleve a cabo por el concejal que es secretario del patronato y entendemos que no forma parte, o por alguno de los concejales que no forman parte de ese patronato ni como miembros ni como secretarios.”

Este servicio requirió a la consultante en los siguientes términos:

“Para poder atender a su consulta, se requiere la remisión de los estatutos actualizados de la Fundación a la que hacen referencia.

Asimismo, se solicita aclaración del siguiente texto: “O si en el caso de que pueda ser admitido la adjudicación del contrato se lleve a cabo por el concejal que es secretario del patronato y entendemos que no forma parte, o por alguno de los concejales que no forman parte de ese patronato ni como miembros ni como secretarios.”, de forma que se expongan claramente las dudas sobre las que se solicita asesoramiento.

Finalmente, indicarles que aún cuando en su consulta se refieren a que “debería ser incluido de la licitación”, dados los términos en que se plantea la consulta, este servicio entiende que lo que realmente quiere decir es “debería ser excluido de la licitación”.



Finalmente, remitieron los estatutos requeridos por parte de la consultante, junto con la siguiente aclaración (discurso directo):

“Y en relación con la frase a la que hace referencia, quería decir que si en el caso de que puedan ser admitidos a la licitación sería conveniente que se delegasen las funciones de órgano de contratación en un Concejal que no forme parte del patronato”.

RESPUESTA

Plantea la recurrente si el hecho de que una de las licitadoras que pretende contratar con el Ayuntamiento está o no en prohibición por contratar al estar formado el Patronato de su Fundación por algunos de los concejales de la corporación, con la Alcaldesa como presidenta.

Para ello, hemos de partir del artículo 71.1 de 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 (LCSP, en lo sucesivo), relativo a las prohibiciones para contratar. Concretamente, la letra g), expone lo siguiente (el resaltado es nuestro):

“1. No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias.

(...)

*g) 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 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 prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero”.

Por su parte, la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante: LOREG), establece en su artículo 178, que:

“1. Las causas e inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal.

2. Son también incompatibles:

(...)

d) Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.

(...)”.

El Pleno de la Junta Central de Contratación de la Administración de la Junta de Castilla-La Mancha, en su [Informe 1/2022, de 24 de marzo de 2022](#), se pronuncia sobre las prohibiciones de contratar e incompatibilidades de los concejales, apoyándose en una Sentencia del Tribunal Supremo, y en un Informe de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (JCCPE). Destacaremos algunas partes del citado Informe:

“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: “(...) 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.(...).
(...)”.

Del mismo modo, la propia JCCPE, en su Expediente 44/2021, sobre la prohibición de contratar de un concejal de la Corporación de cuyo pleno forma parte, tras exponer los mencionados artículo 71.1.g) de la LCSP y 178 de la LOREG, afirma lo siguiente:



“En consecuencia, desde el punto de vista subjetivo, en un supuesto como el que se plantea resultarían afectadas por la prohibición, en primer término, las personas físicas que en el momento de la licitación o de la adjudicación del contrato tuvieran la condición de concejales. Por tanto, no puede ser contratista ni subcontratista de un ayuntamiento un concejal que forme parte de la corporación municipal que financiará total o parcialmente, con recursos propios o de organismos de ella dependientes dicho contrato, por proscribirlo expresamente la normativa en vigor. (Cfr. Art. 178.2, d), de la LO 5/1985, de Régimen Electoral General, LOREG).

5. En segundo lugar, ha de abordarse el supuesto en que el adjudicatario o contratista sea una persona jurídica en cuyo capital participe un concejal de la corporación. Ha de aclararse que, tal como ya señalamos en el Informe 6/2010, en el supuesto de personas jurídicas en cuyo capital participen cargos electos de las entidades locales, dicha participación habrá de ser superior al 10 por 100 (artículo 12.1 b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas) para que pueda apreciarse la prohibición de contratar y que, en estos casos, por aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del Art. 71.1, g) LCSP, las personas jurídicas de las que sean administradores personas físicas en las que concurra la condición de concejal, estarán igualmente incursas en la prohibición de contratar sin que sea necesario que tal administrador tenga participación alguna en el capital social”.

Extrapolando todo lo anterior al caso que nos ocupa, nos encontramos ante una Fundación cuyo Patronato, según el artículo 9 de sus Estatutos, está compuesto por *“el Alcalde y siete concejales del Ayuntamiento de XX, elegidos por el Pleno Municipal”*. Como el Patronato es el órgano de administración de las fundaciones (ex artículo 14 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones) estamos ante uno de los supuestos que la LCSP recoge como prohibición para contratar al encontrarnos ante un supuesto de conflicto de intereses (recordemos que el artículo 71.1.g) de la LCSP extiende la prohibición a los administradores de la persona jurídica).

Teniendo en cuenta lo expuesto, dicha Fundación no podrá contratar con el propio Ayuntamiento del que forman parte la Alcaldesa y los concejales, al no cumplir las condiciones de aptitud exigidas por el artículo 65.1 de la LCSP (el resaltado es nuestro):



*“1. 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”.*

En cuanto a la segunda de las cuestiones, por la que se solicitó aclaración, relativa a *que si en el caso de que puedan ser admitidos a la licitación sería conveniente que se delegasen las funciones de órgano de contratación en un Concejal que no forme parte del patronato*, hemos de indicar que, lo que determina que la alcaldesa o los concejales no puedan contratar con el Ayuntamiento, no es quién ostente la condición de órgano de contratación (que para este caso resultaría indiferente), sino el hecho de que la propia corporación contrate con una Fundación que tiene como miembros de su Patronato a la alcaldesa y a varios concejales del propio Ayuntamiento. En este sentido, el mencionado Expediente 44/2021 de la JCCPE, establece (el resaltado es nuestro):

*“Similares argumentos resultan de aplicación para el caso en que el órgano de contratación sea el Pleno o el Alcalde, o aquellos en quienes se hubiere delegado la facultad para contratar o quienes les sustituyan, puesto que la Ley pone el acento en la doble condición de concejal del contratista o subcontratista y **de que sea la Corporación quien financie el contrato, dando por sentada la existencia de un conflicto de intereses**, circunstancia que, sin embargo, es necesario acreditar en el supuesto previsto en el párrafo 3º del artículo 71.1, g) de la LCSP, lo que evidencia que el legislador no dudó al prever una regulación distinta cuando las circunstancias lo exigen”.*

En definitiva, podemos **concluir** con las siguientes precisiones:

- El hecho de que el Patronato de la Fundación esté compuesto por la Alcaldesa y concejales de la corporación supone una prohibición para contratar con el propio Ayuntamiento según el artículo 71.1.g) de la LCSP, en consonancia con el artículo 178 de la LOREG, ya que dicha Fundación carecería de la aptitud para contratar en virtud del artículo 65 de la LCSP.



- Es independiente que el órgano de contratación delegue o no sus funciones al Pleno o a cualquier otro órgano. Lo que determina la imposibilidad para contratar es la propia condición de Alcaldesa o Concejales del Ayuntamiento como miembros del órgano de administración de la licitadora, al existir un conflicto de intereses.

7

Finalmente, indicar que, la presente respuesta a la consulta planteada tiene carácter meramente informativo y, en ningún caso, resulta vinculante.

EL SERVICIO DE ASESORAMIENTO Y NORMALIZACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN