



Consulta sobre la interpretación, en cuanto al alcance y extensión de la prohibición de contratar contenida en el artículo 49 f) de la Ley de Contratos del Sector Público respecto al personal al servicio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia. Informe 03/2009 de 18 de junio.

Tipo de informe: facultativo.

ANTECEDENTES

1. El Secretario General de la Consejería de Obras Públicas y Ordenación del Territorio dirige escrito a esta Junta Regional de Contratación Administrativa, cuyo contenido se transcribe textualmente:

« En esta Consejería se han planteado dudas sobre la interpretación que debe darse, en cuanto a su alcance y extensión, a la prohibición de contratar recogida en el artículo 49 f) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector Público, respecto al personal al servicio de esta Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y sus cónyuges y personas con análoga relación de convivencia.

Pese a que la consulta en principio fue planteada para elevarla a la Dirección de los Servicios Jurídicos a fin de que emitieran el oportuno informe, en relación con esta cuestión y en virtud de las funciones que tiene atribuidas la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia de acuerdo con el artículo 2 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, se considera más conveniente ser a ese órgano al que se eleve la consulta. Por tanto, desde esta Secretaría General, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del citado texto normativo, se solicita que se emita informe sobre los criterios de interpretación del artículo citado de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

Se acompaña la consulta citada, así como el informe emitido por el Jefe de Servicio Jurídico de esta Consejería sobre esta cuestión. »

2. la consulta que se acompaña, después de exponer la normativa anterior del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por R.D.L. 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP) y la actual de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) relativa a la prohibición del personal al servicio de las administraciones públicas para contratar con el Sector Público y tras invocar el cambio de redacción de la prohibición de contratar prevista en el artículo 49 f) de la LCSP, la dificultad de interpretación de su alcance, y la disposición del su artículo 50 conforme al cual esta prohibición se apreciará directamente por el órgano de contratación, se concreta en solicitar textualmente:

Interpretación que debe darse en cuanto a su alcance y extensión a la prohibición para contratar recogida en el artículo 49 f) de la de la LCSP respecto al personal al servicio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y sus cónyuges y personas con análoga relación de convivencia.



CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.

2. La cuestión que se plantea a esta Junta Regional de Contratación Administrativa y dada la amplitud de los términos con la que se formula, no es sólo la interpretación y alcance de la nueva disposición recogida en el párrafo segundo del artículo 49.1 f) de la LCSP que regula la prohibición de contratar, entre otros, del personal al servicio de las administraciones públicas y que no contemplaba el artículo 20 e) del TRLCAP, sino la delimitación del alcance y extensión de la prohibición de contratar con el Sector Público por incompatibilidad del personal dependiente del mismo, si bien referida al personal que presta sus servicios en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Para intentar dar respuesta a ello conviene previamente hacer unas consideraciones generales en cuanto a la regulación que, de la mencionada prohibición de contratar hacía el TRLCAP y la que ahora lleva a cabo la LCSP para concretar el significado de la novedad su significado.

3. La prohibición de contratar por incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas estaba contemplada en el supuesto de la letra d) del artículo 20 del TRLCAP, a cuyo tenor no se podía contratar con la Administración cuando concurriera la siguiente circunstancia:

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 sean aplicables.

El artículo transcrito nos remitía, en relación con el personal al servicio de las Administraciones Públicas a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de



incompatibilidades de dicho personal, en donde su artículo 12 apartado c) y d) establece que el citado personal no podrá ejercer las actividades siguientes:

El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, de servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.

La participación superior al 10 por 100 en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior».

Conforme a dicha regulación, y tal como en numerosas ocasiones se había manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, la prohibición de contratar por incompatibilidad únicamente se extendía a las personas jurídicas en el supuesto de que el personal al servicio de las Administraciones Públicas o las personas allegadas a estos mencionadas en el párrafo segundo del letra e) del referido artículo 20 incursas en incompatibilidad fueran administradoras de aquellas, de manera que si sólo eran partícipes en el capital social la persona jurídica no incurría en aquella causa de prohibición legal de contratar con la Administración.

Esta interpretación, que como decimos es la mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se recoge de manera explícita en sus Informes 55/00, de 5 de marzo de 2001 y 55/07, de 24 de enero de 2008 en los siguientes términos respectivamente:

La prohibición de contratar prevista en la letra e) del art. 20 del TRLCAP sólo es aplicable a las personas jurídicas si alguno de sus administradores está incurso en causa de incompatibilidad legal. Por tanto, si la persona física en la que concurra una causa de incompatibilidad legal sólo es partícipe en el capital social, y no es administradora, la persona jurídica no incurrirá en aquella causa de prohibición legal de contratar, siempre que, además, no sean administradores alguna de las personas a que se refiere el párrafo segundo de la letra e) del artículo 20 citado.

De todo cuanto antecede se deduce como conclusión que la prohibición de contratar prevista en el artículo 20 e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sólo se extiende a las empresas o entidades contratistas en los casos en que la incompatibilidad a que el precepto se refiere afecte a alguno de sus administradores...

Esta Junta Regional también se manifestó en el mismo sentido apuntado anteriormente en el Informe 03/2004, de 15 de abril donde literalmente se recogía en una de sus conclusiones que:

La prohibición de contratar prevista en la letra e) del art.20 del TRLCAP sólo es aplicable a las personas jurídicas si alguno de sus administradores está incurso en causa de incompatibilidad legal. Por tanto, si la persona física en la que concurre una causa de incompatibilidad legal sólo es partícipe en el capital social, y no es administradora, la persona jurídica no incurrirá en aquella causa de prohibición legal de contratar, siempre, que, además, no sea administradora alguna de las personas a que se refiere el párrafo segundo de la letra e) del artículo 20 citado y sin perjuicio de otras responsabilidades personales en los que pudieran haber incurrido el personal afectado



Ahora esta prohibición de contratar por incompatibilidad del personal al servicio de las Administraciones Públicas aparece recogida en el artículo 49.1 f) de la LCSP, conforme al cual no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra la siguiente circunstancia:

Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno 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 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 de cualquier Administración Pública, 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 y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

El supuesto de incompatibilidad se mantiene en términos semejantes a los del TRLCAP, si bien cambia la referencia de la Ley 12/1995 por la 5/2006 e introduce la previsión contenida en el párrafo segundo mediante el cual, tal como se indica en propio informe emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería consultante, se concreta el alcance de la prohibición para contratar por incompatibilidad recogida en apartado 1.f), extendiendo la prohibición para contratar a aquellas personas jurídicas en cuyo capital participen en las cuantías señaladas por la respectiva legislación las personas afectadas por incompatibilidad, el propio personal y personas allegadas en los términos recogidos en su último párrafo.

El significado de la prohibición de contratar por la introducción de párrafo segundo del apartado 1.f) no ofrece duda en cuanto a su interpretación y significado, que no es otro que las personas jurídicas estarán incurso en prohibición de contratar no sólo cuando las personas afectadas por incompatibilidad (el propio personal dependiente de la Administración y personas allegadas) sean administradores de aquellas por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del dicho apartado, sino también cuando tengan una participación superior al 10 por 100 en el capital de las mismas, aunque no ostenten ningún cargo de administración en ellas, de manera que lo que realmente se produce es una extensión de la prohibición de contratar que, además se refuerza con la previsión contenida en el apartado 3 del artículo 49, aplicable en general a todas las prohibiciones de contratar, disponiendo la aplicación de todos los supuestos de prohibiciones de contratar previstos en los apartados 1 y 2 de dicho artículo, a aquellas empresas de las que pueda presumirse que son continuación o derivan, por transformación, fusión o escisión de otras empresas en las que hubiesen concurrido dichas prohibiciones.

En definitiva y de acuerdo con la actual redacción del artículo 49.1 f) de la LCSP en relación con los apartados c) y d) del artículo 12 de la Ley 53/1984,



de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas actual de la LCSP, no podrán contratar con el sector público:

- ? El propio personal al servicio de la Administración Regional.
- ? Su cónyuge o persona con la que mantenga análoga relación afectiva.
- ? Sus descendientes respecto de los cuales ostente su representación legal.
- ? Las personas jurídicas en las que el propio personal o cualquiera de las personas allegadas antes mencionadas ostenten un cargo de administrador en estas o tengan una participación superior al 10 por ciento en el capital de las mismas.

3. Una vez hechas las consideraciones anteriores en cuanto a la regulación del supuesto de prohibición de contratar por mor de incompatibilidad previsto en el artículo 49.1 f) de la reciente LCSP y su diferenciación con el régimen anterior del TRLCAP, la Consejería solicita a esta Junta la interpretación que debe darse en cuanto a su alcance y extensión a dicha prohibición.

Y es que la prohibición de contratar literalmente y de acuerdo con los términos en que aparece redactada en la LCSP equivaldría a una prohibición absoluta para contratar con cualquier Administración o entidad del sector público del personal y personas jurídicas en los términos recogidos en la consideración anterior, que no parecería proporcionada al propio fundamento o justificación de su establecimiento que, en último término y en opinión generalizada de la doctrina, no es otro que la defensa del interés público, que podría verse dañado por la relación o vinculación que existe entre el contratista y la Administración de la que forma parte integrante, que rompe o puede romper el principio de neutralidad e imparcialidad conforme al cual debe adjudicar aquella sus contratos.

En opinión de esta Junta es altamente dificultoso interpretar la extensión de la prohibición de contratar por incompatibilidad en términos generales y absolutos con respecto a todo el personal al servicio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que por otro lado no es distinto a los del personal de cualquier otra Administración, que pueda servir para cualquier supuesto de prohibición que pueda plantearse, pues en todo caso habrá de comprobarse la existencia de ese vínculo jurídico, de esa relación entre la persona y la entidad pública contratante así como la concurrencia del resto de los requisitos en cada supuesto concreto para considerar si se incurre o no en incompatibilidad y por lo tanto en prohibición de contratar.

No obstante, se puede llegar a una aproximación de la determinación del alcance de dicha prohibición siguiendo los criterios mantenidos y reiterados por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus informes emitidos en respuesta a los supuestos concretos de incompatibilidad planteados, cuestión esta de incompatibilidad de órganos y funcionarios sobre todo de la Administración Local, que ha sido una de las que con más frecuencia se ha suscitado en dicha Junta; criterios que conservan plena validez a pesar de que la



referencia al artículo 20, apartado e) del TRLCAP tiene que ser sustituida por la del artículo 49 apartado 1 f) de la LCSP pues la actual normativa, como se ha indicado anteriormente y salvo la extensión de la prohibición a las personas jurídicas por el simple hecho de la participación superior al 10 por ciento en el capital de aquellas, no ha variado sustancialmente respecto a la anterior.

Entre estos criterios que servirán para entender el alcance del supuesto de prohibición que analizamos, y sin ánimo exhaustivo convendría destacar los siguientes:

- ? La prohibición es aplicable a todos los contratos en general y ello aunque de la redacción del apartado c) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas pudiera interpretarse la exclusión de algún tipo. En el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 45/01, de 30 de enero de 2002, reiterado en el Informe 16/02, de 13 de junio de 2002 se declaraba lo siguiente:

A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la solución afirmativa se impone como consecuencia de los términos taxativos del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expresivo de que, en ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna circunstancia determinante de prohibición de contratar. Este precepto, incluido en el Libro I de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas resulta aplicable a todos los contratos regulados en la Ley y a aquellos a los que se aplican las normas de preparación y adjudicación y, en consecuencia, no pueden ser excluidos ni los contratos de consultoría y asistencia, ni los de gestión de servicios públicos, distintos de los adjudicados por concesión, ni los administrativos especiales y privados, por existir idéntica razón de conflicto de intereses para aplicar la prohibición de contratar en todos ellos y resultar así del encabezamiento del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas distintos de los adjudicados por concesión, ni los administrativos especiales y privados, por existir idéntica razón de conflicto de intereses para aplicar la prohibición de contratar en todos ellos y resultar así del encabezamiento del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Tales preceptos de la Ley de Incompatibilidades, deben ceder ante el taxativo de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues, aparte de la dificultad de desentrañar los términos abstractos de "Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, o arrendatarias o administradores de monopolios o con participación o aval del sector público", dado que, por ejemplo, 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 y ya hemos visto que ésta última lo hace con carácter general para todos los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas."

- ? Respecto a los contratos patrimoniales, y a pesar de haber quedado estos excluidos del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público por su artículo 4.1 p), también serán aplicables las prohibiciones de contratar no por resultar de aplicación directa dicha ley, sino por la remisión en cuanto a la preparación y adjudicación de estos contratos a la misma de la normativa patrimonial, tanto regional como estatal, constituidas por la Ley 3/1992, de 30 de julio, de Patrimonio de la



Comunidad de la Región de Murcia y La Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas respectivamente. En este sentido se manifiestan los informes 25/08, de 29 de enero de 2009 y 54/08, de 31 de marzo de 2009.

- ? La prohibición derivada de incompatibilidad es aplicable incluso en los contratos menores. En el informe 29/01 de 13 de noviembre de la Junta consultiva de Contratación Administrativa del Estado se expresaba en estos términos:

Respecto a la circunstancia de tratarse de contratos menores, aunque en un futuro pueden dejar de merecer tal calificativo, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado - dos informes de 7 de marzo de 1996 (expedientes 40/195 y 13/96) - en el sentido de que, de los requisitos el artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el del apartado 2, letra b) referente a la capacidad del contratista, necesariamente ha de cumplirse en los contratos menores, por ser requisito sin el cual no puede celebrarse ningún contrato, debiendo añadirse que tal conclusión no puede quedar sin efecto por la circunstancia de que en los expedientes referentes a contratos menores no exista trámite específico para la acreditación de la capacidad y solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar, ya que si las circunstancias de incapacidad, insolvencia o prohibición de contratar concurren en el momento de la adjudicación, el contrato, aunque sea un contrato menor, será nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y según se desprende de la interpretación de los citados artículos 11.2, letra b), y 20, letra e), de la propia Ley."

- ? Si bien La prohibición de contratar por causa de incompatibilidad es aplicable a todo el sector público, y por lo tanto a todos los contratos a celebrar no sólo por la Administración sino por cualquier sujeto del sector público ya que dicho supuesto aparece incluido en el apartado 1 del artículo 49 de la LCSP, esta debe limitarse exclusivamente a la Administración contratante a la que pertenezca el personal. El ya mencionado informe 16/02, de 13 de junio de 2002 manifestaba lo siguiente:

La prohibición de contratar por causa de incompatibilidad de un funcionario debe limitarse exclusivamente a la Administración contratante, a la que pertenezca el funcionario, pues así se deduce fundamentalmente del examen comparativo de las causas enunciadas en el artículo 20, dado que en los artículos 18 y 19 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, se distingue claramente entre aquellas causas de prohibición de contratar cuya apreciación requiere la tramitación de expediente y que pueden producir efectos generales ante todas las Administraciones Públicas y las causas de apreciación automática, cualquiera de las cuales, como es la de incompatibilidad de un funcionario, no pueden producir ese efecto general.

Refuerza esta conclusión la consideración de la prohibición de contratar aplicable a Concejales incluida en la misma letra del artículo 20 de la Ley, que únicamente es posible apreciar respecto a la Corporación Municipal que financie total o parcialmente el contrato (artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General) por la que, por similitud de razón deberá aplicarse a los funcionarios.



La conclusión sentada -incompatibilidad con la Administración contratante- resuelve el problema planteado de si es posible descender a nivel organizativo inferior (departamento, negociado, sección, etc....) para apreciar o no la incompatibilidad, pues ni en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, fundamentalmente en el artículo 20 de la Ley, ni en la normativa sobre incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas – Ley 53/1984, de 26 de diciembre - puede hallarse precepto alguno que justifique tal posibilidad.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto, esta Junta Regional de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el significado de la prohibición de contratar a causa de incompatibilidad por la introducción del párrafo segundo del apartado 1.f) del artículo 49 de la Ley 30/200/, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, no ofrece duda al respecto, el cual no es otro que las personas jurídicas estarán incursas en prohibición de contratar no sólo cuando las personas afectadas por incompatibilidad (el propio personal dependiente de la Administración y personas allegadas en las condiciones detalladas en el párrafo tercero) sean administradores de aquellas por aplicación de lo dispuesto en el párrafo primero del dicho apartado, sino también cuando tengan una participación superior al 10 por 100 en su capital, aunque no ostenten ningún cargo de administración en las mismas.

2. Que el alcance y extensión del supuesto de prohibición de contratar por incompatibilidad recogido en artículo 49.1 f) por incompatibilidad respecto del personal al Servicio de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, que no puede ser distinto al del personal de cualquier otra Administración, debe determinarse a través de los criterios mantenidos y reiterados en los informes emitidos sobre esta cuestión por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, los cuales conservan plena validez a pesar de que la referencia al artículo 20, apartado e) del TRLCAP tiene que ser sustituida por la del artículo 49 apartado 1 f) de la LCSP pues la actual normativa, como se ha indicado anteriormente y salvo la extensión de la prohibición a las personas jurídicas por el simple hecho de la participación superior al 10 por ciento en el capital de aquellas, no ha supuesto innovación significativa respecto a la anterior.