



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 17 de diciembre de 2008

Informe 4/2008, de 17 de diciembre. Prohibiciones de contratar. Aplicabilidad del artículo 49.1 f de la Ley de Contratos del Sector Público

Antecedentes

1. El Director de la Abogacía de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

“En atención a lo expuesto en el escrito del Abogado Jefe del Área Consultiva de esta Abogacía de la CAIB, solicito que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa emita dictamen por el cual se pronuncie sobre las cuestiones siguientes:

- 1. Sobre si el artículo 49.1.f) de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, que regula la prohibición de contratar con el sector público por motivos de incompatibilidad o contradicción de intereses resulta aplicable, en su condición de básico, a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears así como a los entes locales.*
- 2. En su caso, si se determina la aplicabilidad del precepto mencionado a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, se tendría que concretar su alcance para determinar, en particular, si el contenido de la prohibición de contratar se proyecta sólo frente a la Administración de la Comunidad Autónoma o si también tiene que aplicarse a los entes públicos instrumentales dependientes de la misma o vinculados a ella e, incluso, a los consorcios en los que aquella participe.*

Se adjunta a esta solicitud la documentación enviada en su momento (que incluye el informe jurídico) por la Consejería de Deportes y Juventud, Dirección General de Juventud.”

2. El Director de la Abogacía está legitimado para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997.



De acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento, al escrito se adjunta el informe jurídico emitido por el Jefe del Área Consultiva de la Abogacía, así como un informe emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería de Deportes y Juventud. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea dos cuestiones: la primera relativa a la aplicabilidad del artículo 49.1 *f* de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, LCSP) a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, así como a los entes locales, y, la segunda, en el caso de que se determine la aplicabilidad del precepto a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, la concreción de su alcance para determinar si es aplicable también a los entes públicos instrumentales que dependen de la Comunidad Autónoma o están vinculados a ella e, incluso, a los consorcios en que ésta participe.

El origen de esta consulta es la solicitud, por parte del Director General de Juventud, a la Abogacía de la Comunidad Autónoma, de un informe sobre la aplicación al cónyuge de una directora general del Gobierno de las Illes Balears del artículo 20 *e* del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en lo sucesivo, TRLCAP) y la Ley 2/1996, de 19 de noviembre, de incompatibilidades de miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears.

2. El motivo de la consulta es la modificación de la redacción de las prohibiciones de contratar en la nueva LCSP que incorpora al derecho nacional el contenido de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, y que ha sustituido al TRLCAP.

El artículo 20 *e* del TRLCAP disponía que:

En ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)

e) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la Nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal



al servicio de las Administraciones públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

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

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

En cambio, el artículo 49.1 f de la LCSP dispone que:

No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...)

f) 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.

Este precepto recoge, a grandes rasgos, el contenido del artículo 20 e del TRLCAP, un artículo derogado por la LCSP, mas no reproduce el último párrafo según el cual se extiende su aplicación a las comunidades autónomas y a las entidades locales. No obstante, el segundo párrafo, relativo a las personas jurídicas, deja entrever el alcance respecto de las Comunidades Autónomas y las entidades locales, ya que se refiere a “cualquier Administración Pública”, si bien esta citación no resuelve la consulta planteada.

Así pues, la redacción de esta prohibición de contratar en la LCSP no establece expresamente la aplicabilidad a las comunidades autónomas y a los entes locales y, en consecuencia, esta omisión plantea la duda de si es aplicable o no a



la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y a los entes locales de su territorio. Para resolver esta cuestión es necesario delimitar el ámbito de aplicación subjetiva de la LCSP.

3. La LCSP incorpora al derecho nacional el contenido de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios.

La Directiva 2004/18/CE establece, en el Considerando segundo de la Exposición de Motivos, que la adjudicación de los contratos está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, a los principios de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como a los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. El Considerando treinta y nueve dispone que la verificación de la aptitud y la selección de los licitadores debe hacerse en condiciones de transparencia.

El artículo 2 de la Directiva establece la obligación de los poderes adjudicadores de dar a los operadores económicos un tratamiento igualitario y no discriminatorio, y de obrar con transparencia.

La LCSP incorpora estos principios en el artículo 1 y dispone que:

La presente Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos (...).

Una de las manifestaciones de este principio es la verificación de la aptitud de los licitadores, no solamente desde un punto de vista económico y técnico, sino también personal, de forma que para poder contratar con el sector público los licitadores no deben estar incurso en ninguna prohibición para contratar, es decir, no pueden concurrir en ellos las circunstancias objetivas y subjetivas que señala la Ley.

El artículo 44 de la Directiva establece que la adjudicación de los contratos debe realizarse previa verificación de la aptitud de los operadores económicos que no hayan sido excluidos en base a la situación personal del candidato o licitador,



en los términos que se exponen, en los criterios de selección cualitativa, en el artículo 45, que enuncia las causas de exclusión de un candidato o licitador de la participación en un contrato público. Este precepto faculta a los estados miembros a precisar, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el Derecho comunitario, las condiciones de aplicación de estos supuestos.

4. La Exposición de Motivos de la LCSP señala que una de las novedades de la nueva Ley es precisamente la delimitación de su ámbito de aplicación, y dispone que:

A fin de ajustar el ámbito de aplicación de la Ley al de las directivas comunitarias, así como para no dejar entidades del sector público exentas de regulación, la delimitación de los entes sujetos se realiza en términos muy amplios. A estos efectos, el artículo 3.1 enumera en sus letras a) a g) las entidades que, de acuerdo con una determinación de política legislativa interna y autónoma, se considera conveniente que, en todo caso, se sujeten a la legislación de contratos públicos; esta lista (...) está formulada en términos extremadamente amplios. Para asegurar el cierre del sistema, la letra h) de este apartado –que funciona como cláusula residual y reproduce literalmente la definición de «organismo público» de la Directiva 2004/18/CE, en cuanto poder adjudicador sujeto a la misma–, garantiza que, en cualquier caso, el ámbito de aplicación de la Ley se extienda a cualquier organismo o entidad que, con arreglo a la norma comunitaria, deba estar sometido a sus prescripciones.

El artículo 3 delimita el ámbito subjetivo de la LCSP, y en las entidades del sector público distingue tres categorías distintas de entes y, en consecuencia, tres niveles de sujeción a las normas reguladoras de la contratación administrativa. Estas categorías son:

- Administraciones Públicas (art. 3.2).
- Entes del sector público que, sin tener el carácter de Administración Pública, están sujetos a la Directiva 2004/18/CE (art. 3.3, que incluye a los poderes adjudicadores no Administración Pública).
- Entes del sector público que no son Administración Pública ni están sometidos a la Directiva (art. 3.1).

Así pues, según la definición de Administración Pública que se incluye en el artículo 3.2 de la LCSP, tanto la Comunidad Autónoma de las Illes Balears como los entes locales tienen la consideración de Administración Pública.

5. En cuanto al ámbito de aplicación de la LCSP, el artículo 2.3 dispone que:

La aplicación de esta Ley a los contratos que celebren las Comunidades Autónomas y las



entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades, se efectuará en los términos previstos en la disposición final séptima.

De acuerdo con la Disposición Final séptima de la LCSP, el artículo 49.1 *f* tiene carácter básico y, en consecuencia, es de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de las mismas, es decir, es de aplicación a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y a los entes locales de las Illes Balears.

Cabe recordar también que el artículo 1.1 del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre Contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears dispone que:

Los contratos que celebre la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears se ajustarán a las prescripciones de la legislación del Estado, con las adaptaciones derivadas del presente Decreto.

6. El artículo 49 regula las prohibiciones de contratar y se inserta en la subsección 3ª de la Sección 1ª “Aptitud para contratar con el sector público”, en el capítulo dedicado a la capacidad y solvencia del empresario.

Este capítulo se inicia con el artículo 43, relativo a las condiciones de aptitud, y dispone que:

1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Así pues, la Ley exige que las personas que quieran contratar con el sector público no estén incurso en ninguna prohibición de contratar.

El artículo 49 contiene tres apartados, de los cuales hay que destacar los dos primeros. El primer apartado enumera las causas generales de prohibición de contratar con todo el sector público, mientras que el apartado segundo añade nuevas causas específicas de prohibición de contratar aplicables únicamente a la hora de contratar con las Administraciones Públicas.

La prohibición de contratar por motivos de incompatibilidad o de contradicción de intereses se halla en el artículo 49.1 *f*, y, por tanto, es una prohibición de



contratar con todos los entes del sector público que se incluyen en el artículo 3.1 de la Ley, y no únicamente con las Administraciones Públicas.

Así se deduce claramente del enunciado de los artículos 43 y 49.1 de la LCSP, y de la Directiva comunitaria 2004/18/CE de 31 de marzo de 2004.

Conclusión

El artículo 49.1 *f* de la LCSP, que regula la prohibición de contratar con el sector público por motivos de incompatibilidad o de contradicción de intereses, es aplicable a la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y a los entes locales de las Illes Balears, así como a los entes públicos instrumentales dependientes de los mismos o vinculados a ellos y a los consorcios en que participen.