

Prohibición de contratar e incompatibilidades de los concejales

RAMON GALINDO CALDÉS

Profesor lector de Derecho Administrativo de la Universitat Oberta de Catalunya

1. Introducción

2. El régimen de incompatibilidades de los concejales

- 2.1. Incompatibilidad absoluta de la condición de concejal y contratista de la propia corporación municipal
- 2.2. Incompatibilidades en la LBRL
- 2.3. Incompatibilidades en la LI
- 2.4. Incompatibilidad con posterioridad al cese como concejal

3. Concreción de la prohibición de contratar y efectos

- 3.1. Condición de contratista con la propia entidad
- 3.2. Extensión de la prohibición de contratar
- 3.3. Efectos de la incompatibilidad y de la prohibición de contratar

4. Conclusiones

Resumen

La contratación pública está sujeta a limitaciones que pretenden salvaguardar el interés general y evitar posibles conflictos de intereses. Una de ellas es la que afecta directamente a los electos locales. La Ley de Contratos del Sector Público prevé una serie de circunstancias en las que existe una prohibición de contratar, entre las cuales la que afecta a los concejales, que no pueden simultanear su condición de electo con la de contratista con la propia corporación municipal. Este trabajo aborda el complejo régimen de incompatibilidades de los concejales y de prohibición de contratar, analizando su regulación en la propia Ley y sus remisiones a las leyes de régimen local, de incompatibilidades y de régimen electoral.

Artículo recibido el 21/10/2019; aceptado el 11/12/2019.

Palabras clave: *contratación pública; incompatibilidades; concejales; prohibición de contratar.*

Prohibition on contracting and incompatibilities of councilors

Abstract

Public procurement is subject to limitations that pursue to safeguard the general interest and avoid possible conflicts of interest. One of them is the one that directly affects the councilors. The Law on Public Procurement establishes a set of circumstances in which there is a prohibition on contracting, inter alia, one of those affects the councilors who cannot combine their elected status with that of a contractor with the municipal corporation itself. This article addresses the complex regime of incompatibilities of the councilors and the prohibition on contracting, analyzes its regulation in the Law on Public Procurement and its renvoi to local laws, incompatibility and electoral laws.

Keywords: public procurement; incompatibilities; councilors; prohibition on contracting.

1

Introducción

El artículo 23.2 CE establece el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Los electos locales, en tanto que representantes de la voluntad popular, tienen como objetivo principal servir al interés general. El propio texto constitucional establece que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales, y prevé, en su artículo 103.3, que la ley regulará el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones de los funcionarios públicos. Por otra parte, el artículo 7.3 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL) establece que “las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por ley o por principios jurídicos fundamentales”. En este sentido, el ordenamiento prevé el régimen de incompatibilidades de los concejales y en qué situaciones les está vedado contratar con el sector público.

En este sentido, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece la prohibición de contratar en determinados supuestos, entre ellos con los cargos electos. Como se ha indicado, “este es el mecanismo más radical de prevención de los conflictos de intereses en la medida en que impide que el empleado o cargo público pueda llegarse a encontrar en una situación que pueda entrar en conflicto con la actividad pública que esté desarrollando prohibiéndole realizar dicha actividad”¹. En definitiva, tanto la prohibición de contratar como el régimen de incompatibilidades de los electos locales pretenden, de forma preventiva, abordar los posibles conflictos de intereses.

Un problema que se plantea es en el caso de los concejales que, estando autorizados a ejercer una actividad con el sector privado, pretendan contratar con la misma Administración de la que son miembros. En este supuesto debemos analizar el fenómeno desde dos puntos de vista. En primer lugar, el régimen de incompatibilidades, regulado por la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) y la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI), que impiden al concejal-contratista formalizar dicho contrato o condicionan su alcance. En segundo lugar, la prohibición de contratar por parte de la entidad local, en caso de que se produzca dicha situación.

Las prohibiciones de contratar hacen referencia a aquellas situaciones en las que personas físicas o jurídicas pueden incurrir y que suponen la imposibilidad de que sean parte de un contrato administrativo. En nuestro caso analizamos la prohibición que afecta a los concejales y también a su círculo familiar y afectivo.

Para analizar la prohibición de contratar de los concejales con la propia corporación municipal debemos atenernos a la regulación de la contratación con el sector público. De la misma forma que ya se establecía en 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 (TRLCSP), en el artículo 65 LCSP se dispone que “solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que (...) no estén incurso en alguna prohibición de contratar (...)”. La no inclusión en ninguno de los supuestos de prohibición de contratar supone por tanto un límite claro a la hora de celebrar un contrato con el sector público.

1. CERRILLO MARTÍNEZ, Agustí: *El principio de integridad en la contratación pública*. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

En lo que se refiere al ámbito subjetivo, debemos atenernos al artículo 3.1 LCSP, que se refiere al sector público, incluyendo tanto los entes locales como las entidades dependientes de ellos. Los entes locales –y sus organismos autónomos y consorcios– también tienen la consideración de Administraciones públicas a efectos de la ley (artículo 3.2 LCSP). Delimitar el ámbito de aplicación es importante, en cuanto que el artículo 71.1 LCSP dispone que no podrán contratar con dichas entidades las personas en quienes concurren algunas circunstancias. Como avanzábamos anteriormente respecto al TRLCSP, la prohibición de contratar supone un límite a la aptitud para contratar con el sector público, de forma que ninguna de las personas incurso en cualquiera de las circunstancias del artículo 71.1 LCSP podrá contratar con ninguna de las entidades sujetas al ámbito de aplicación de la Ley (artículo 3 LCSP).

Respecto al ámbito objetivo, las prohibiciones de contratar afectan a todo tipo de contrato que celebre la entidad contratante, con las excepciones de ciertos contratos sujetos a regulación armonizada –artículo 23 LCSP– y los contratos menores –artículo 131.3 LCSP². Diferente cuestión es que, como veremos, los concejales no puedan celebrar contratos como los indicados al estar incurso en alguna incompatibilidad, a pesar de no derivarse de forma directa del artículo 71.1 g) LCSP, sino del marco normativo sobre incompatibilidades que afecta a los concejales.

En lo que aquí nos concierne –la aptitud de los cargos electos locales de contratar con el sector público– nos interesa señalar el contenido del artículo 71.1 LCSP, que incluye las situaciones en las que no es posible contratar con el sector público, y muy especialmente su apartado g), que afecta a los concejales:

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

2. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto: “Las prohibiciones de contratar”, en GAMERO CASADO, Eduardo; GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (dirs.): *Tratado de contratos del sector público*. Tomo II. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018, pp. 1288-1289.

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.

De la redacción del artículo 71.1 g) LCSP extraemos una triple condición para la celebración de un contrato. En primer lugar, se establece una condición previa como es la ausencia de incompatibilidad del contratista. Por lo que respecta a los concejales, se remite a su concreción en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG), la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI) y la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado (LEAC). El cumplimiento del régimen de incompatibilidades de los concejales va a suponer, por tanto, una condición necesaria para la contratación.

El artículo 71.1 g) LCSP añade, sin embargo, dos requisitos que amplían la prohibición de contratar en el caso de los concejales, de forma que esta alcanza también a las personas jurídicas en las que participen los concejales, así como a sus familiares u otras situaciones afectivas. Analizamos a continuación ambas situaciones, tanto el régimen de incompatibilidades como la extensión de la prohibición de contratar.

2

El régimen de incompatibilidades de los concejales

Como avanzábamos, el artículo 71.1 g) LCSP establece como condición previa a la celebración de un contrato que el contratista –la persona física o los administradores de la persona jurídica– no incurra en alguno de los supuestos contemplados en el régimen de incompatibilidades de la LOREG, LI y LEAC. El régimen de incompatibilidades de la LOREG supone una incompatibilidad absoluta, que impide la simultaneidad de las condiciones de concejal y contratista, mientras que la LI, LEAC y LBRL admiten una incompatibilidad relativa.

2.1

Incompatibilidad absoluta de la condición de concejal y contratista de la propia corporación municipal

La LOREG establece una condición previa a la hora de plantearse la posibilidad de contratación con personas jurídicas en las que participen directa o indirectamente concejales de la propia corporación. Su artículo 178, aparte de las causas de inelegibilidad del artículo 177 –derecho de sufragio pasivo–, incluye una serie de situaciones incompatibles con la condición de concejal, entre las cuales 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) LOREG). En caso de que se produzca una situación de incompatibilidad, los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que dé origen a la incompatibilidad (artículo 178.3 LOREG). En este caso, no es tanto que un concejal no pueda contratar con su propia empresa, sino que la condición de contratista o subcontratista con el ayuntamiento –o con los entes dependientes– supone por sí misma una situación de incompatibilidad, que solo puede resolverse con la renuncia al acta o a contratar con la Administración de la que es concejal, y de inelegibilidad si la situación es previa al nombramiento.

Una de las dudas sobre los límites a la contratación es si la incompatibilidad de las situaciones de contratista y concejal afecta al derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 CE. El Tribunal Supremo se ha pronunciado al respecto, afirmando que dicha causa no limita el derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos, ya que “no se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas no solo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido”³.

La limitación que impone el artículo 178.2 d) LOREG no supone, por tanto, una pérdida de derechos para el contratista en el caso de que quiera acceder a un cargo público, sino una salvaguarda del interés público y

3. STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) de 31 mayo 2004. RJ 2004/3932, FJ 3.º.

del principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE, evitando un posible aprovechamiento del cargo de concejal en su propio beneficio, así como el cumplimiento del artículo 7.3 CEAL de regular dicha limitación por ley. En este caso, por tanto, no estamos tanto ante una incompatibilidad para el acceso al cargo público sino ante una prohibición de que las condiciones de concejal y contratista se den de forma simultánea, con lo que podría darse un conflicto de intereses e incluso un aprovechamiento de su condición de concejal de la corporación⁴. Ello no impide que un concejal mantenga su actividad como contratista, siempre y cuando no lo haga con la propia corporación o con “establecimientos de ella dependientes”⁵. Esta dependencia debe interpretarse de forma restrictiva, ya que afecta al derecho constitucional a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes (artículo 23.2 CE)⁶. Efectivamente, tal y como ha venido declarando la jurisprudencia y la propia doctrina de la

4. Como ha indicado el Tribunal Supremo, la prohibición de contratar “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” (*ibid.*, FJ 3.º).

5. Tal y como afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, “la incompatibilidad de concejales que determina prohibición de contratar ha de ser resuelta de conformidad con el artículo 49.1, letra f), de la Ley de Contratos del Sector Público, en relación con el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 18 de junio, de conformidad con el cual debe admitirse la plena compatibilidad del concejal cuando la financiación total o parcial del contrato no corra a cargo de la corporación local de la que forma parte o de establecimiento, entidad u organismo dependiente de la misma”. Informe 30/10, de 24 de noviembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

6. Así, se ha afirmado que ser socio (con un 50 % de participación) y administrador único de una sociedad contratista de una mancomunidad, y concejal de uno de los municipios que la conforman, no es una causa de incompatibilidad: “Las mancomunidades tienen personalidad y capacidad jurídicas para el cumplimiento de sus fines específicos y se rigen por sus estatutos propios”. Así pues, es a la mancomunidad a la que presta sus servicios la empresa, y que como ente local diferente de los municipios que la integren en cada momento (cabe su separación voluntaria o por sanción), tiene su propia personalidad jurídica, por lo que la mención que el artículo 178.2.d) realiza al ayuntamiento o establecimientos de él dependientes no se da en este caso, por no existir dependencia alguna” (Sentencia 860/2002, de 7 mayo, TSJ Extremadura [Sala de lo Contencioso-Administrativo]).

Junta Electoral Central, las causas de incompatibilidad deben interpretarse de modo restringido⁷.

Una última cuestión hace referencia a la determinación de la condición de contratistas, ya que el artículo 178.1 d) LOREG hace referencia a ser “contratistas o subcontratistas de contratos”, sin especificar si existe una participación mínima para ser considerados como tales. Se ha afirmado que al declarar la incompatibilidad se quiere evitar el conflicto de intereses entre el cargo electo y la entidad, por lo que “cualquiera que sea el porcentaje de participación en el capital, es evidente que los intereses de las personas indicadas resultan directamente afectados”⁸.

No obstante, la incompatibilidad por tener la condición de contratista debe ser interpretada de forma restrictiva, excluyendo al personal de la empresa, ya que, tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, “las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones o al menos desviaciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, de suerte que, siendo este el principio general, si el artículo 178 de dicha Ley Orgánica se refiere a los ‘contratistas o subcontratistas’, no cabe extender la causa de incompatibilidad a quienes no lo son en realidad, por alta que sea su función en la empresa de que se trate”⁹.

Como ya se ha indicado, esta incompatibilidad regulada en el artículo 178.2 LOREG es absoluta, ya que afecta a la condición de concejal, lo que provoca ser inelegible si la situación se produce antes de que adquiera tal condición.

En este sentido, los concejales –y los miembros no electos de la Junta de Gobierno Local– deben realizar una declaración sobre causas de posible incompatibilidad y sobre cualquier actividad que les proporcione o pueda proporcionar ingresos económicos (artículo 75.7 LBRL), incluida la participación en sociedades. Dicha declaración se producirá antes de la toma de posesión, con ocasión del cese y al final del mandato, así como cuando se modifiquen las circunstancias de hecho. Se publicarán de forma anual y se inscribirán en dos registros –de carácter público–: en el Registro de Actividades –para declaraciones sobre causas de posible incompatibilidad y actividades que proporcionen o puedan proporcionar ingresos económicos– y en el Registro de Bienes Patrimoniales. En el mismo sentido, el artículo 30.2

7. Por todos, Ac. 95/2009 JEC, de 7 de mayo de 2009.

8. Informe núm. 6/2010 de 23 de julio. Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal.

9. STS de 16 febrero 1998 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7.ª), FJ 2.º.

del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF) establece que los miembros de la corporación están obligados a presentar dicha declaración.

El momento preciso de la situación incompatible de concejal y contratista se produce a partir del momento de la toma de posesión¹⁰ o antes de la adjudicación del contrato, siendo la propia corporación la que examine si en el contrato suscrito por un miembro de dicha corporación hay algún tipo de financiación por parte de esta, lo que supondría la consiguiente declaración de incompatibilidad¹¹. En el caso de que esta se produzca durante el mandato, el concejal deberá optar –en un plazo de 10 días– por la renuncia a la condición de concejal, o al abandono de la situación que dé origen a la incompatibilidad (artículo 10.1 ROF). Una vez transcurrido el plazo sin que se haya optado por ninguna de las dos opciones se entiende que el afectado ha renunciado a su condición de concejal, por lo que el pleno municipal debe declarar la vacante y comunicarlo a la Administración electoral¹².

2.2

Incompatibilidades en la LBRL

La ley básica de régimen local recoge en dos preceptos las incompatibilidades de los miembros de las corporaciones locales. En primer lugar, el artículo 73.1 LBRL establece que los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad se regularán en la legislación electoral, lo que nos conduce al artículo 178 LOREG, que regula las causas de incompatibilidad absoluta de los concejales, tal como hemos visto. Sin embargo, el artículo 75 LBRL establece dos limitaciones, en función de su dedicación.

En el caso de que los concejales opten por la dedicación exclusiva serán dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y la percepción de las retribuciones “será incompatible con la de otras retribuciones con cargo a los presupuestos de las Administraciones públicas y de los entes, organismos o empresas de ellas dependientes, así como para el desarrollo de otras actividades, todo ello en los términos de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas” (artículo 75.1 LBRL).

10. Acuerdo de la Junta Electoral Central de 21 de febrero de 1999.

11. Acuerdos de la Junta Electoral Central de 7 de mayo de 2009, 22 de abril de 2015 y 20 de junio de 2019.

12. RODRÍGUEZ DUQUE, Fernando: “Las incompatibilidades de los concejales en régimen de dedicación exclusiva”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 10/2018, p. 3.

Por otra parte, en el caso de que los concejales opten por la dedicación parcial podrán realizar “funciones de presidencia, vicepresidencia u ostentar delegaciones, o desarrollar responsabilidades que así lo requieran, y percibir retribuciones por el tiempo de dedicación efectiva a las mismas” (artículo 75.2 LBRL). En el caso de que los concejales sean “personal de las Administraciones públicas y de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes solamente podrán percibir retribuciones por su dedicación parcial a sus funciones fuera de su jornada en sus respectivos centros de trabajo, en los términos señalados en el artículo 5 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado sexto del presente artículo”¹³. En ambos casos los concejales quedan sometidos al régimen de incompatibilidades de la LI, que veremos más adelante.

En conclusión, existe una incompatibilidad absoluta, derivada del artículo 178 LOREG, lo que no excluye –según la LBRL– que un concejal pueda desarrollar otras actividades, incluso privadas, de acuerdo con los límites que establece la LI.

2.3

Incompatibilidades en la LI

Como se ha indicado, la incompatibilidad absoluta del artículo 178 LOREG no excluye la posibilidad de que los concejales realicen actividades en el sector privado, que deberán ajustarse al contenido de la LI. El principio general contenido en la LI es que el desempeño de un puesto de trabajo es incompatible con el ejercicio de cualquier cargo, actividad o profesión, sea público o privado. Así, el artículo 1.1 LI dispone que “el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño, por sí o mediante sustitución, de un segundo puesto de trabajo, cargo o actividad en el sector público, salvo en los supuestos previstos en la misma”. Aun así, tal y como se ha afirmado, las excepciones son tantas que permiten afirmar que la regla general es la compatibilidad entre empleos y actividades del sector público con actividades privadas¹⁴, o más concretamen-

13. Según se precisa en el artículo 75.6 LBRL, “a efectos de lo dispuesto en el artículo 37.3.d) del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 30.2 de la Ley 30/1984, se entiende por tiempo indispensable para el desempeño del cargo electivo de una corporación local, el necesario para la asistencia a las sesiones del pleno de la corporación o de las comisiones y atención a las delegaciones de que forme parte o que desempeñe el interesado”.

14. PARADA, Ramón; FUENTETAJA, Jesús: *Derecho de la Función Pública*, Cizur Menor: Civitas – Thomson Reuters, 2017, p. 454.

te una “compatibilidad limitada”¹⁵. En cualquier caso, el régimen de incompatibilidades intenta conjugar el derecho al trabajo –artículo 35 CE– con las limitaciones que intentan garantizar el principio de imparcialidad, y que pretenden evitar la colusión de intereses entre las actividades públicas y privadas del empleado público, un sistema definido como de “difusa tolerancia”¹⁶.

La LI establece tres grados de incompatibilidad: una absoluta para ejercer dos cargos públicos; una relativa, que se refiere a la compatibilidad de la actividad principal con otra secundaria en el sector público o privado, y una serie de excepciones a la regla general.

La primera de ellas, de incompatibilidad absoluta del artículo 1.1 LI citado, se concreta en el ámbito local cuando se dispone en el mismo precepto que a los efectos de esta Ley se considera actividad en el sector público la desarrollada por los miembros electivos, entre otros, de las corporaciones locales, así como de los entes, organismos y empresas de ellas dependientes. Esta incompatibilidad afecta tanto a percibir dos remuneraciones con cargo a los presupuestos de cualquier ente público (artículo 1.2 LI) como al “desempeño de un puesto de trabajo por el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley (...) con el ejercicio de cualquier cargo, profesión o actividad, público o privado, que pueda impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o comprometer su imparcialidad o independencia” (artículo 1.3 LI)¹⁷.

Por otra parte, en su artículo 5.1 b), la LI establece que, “por excepción, el personal incluido en el ámbito de aplicación de esta Ley podrá compatibilizar sus actividades con el desempeño de los cargos electivos, entre los cuales [apartado b), la condición de miembros de las corporaciones locales, salvo que desempeñen en las mismas cargos retribuidos en régimen de dedicación exclusiva”. En este supuesto entrarían los concejales con dedicación exclusiva, que deberían percibir solo una retribución, sin perjuicio de dietas, indemnizaciones o asistencias correspondientes al otro cargo. Sin embargo, los concejales en dedicación parcial –artículo 75.2 LBRL– sí pueden percibir

15. MONEREO PÉREZ, José Luis (dir.): *Curso de Derecho del Empleo Público*. Madrid: Tecnos, 2018, p. 149.

16. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, Madrid: Tecnos, 2016, p. 317.

17. También existe una incompatibilidad absoluta con la percepción de pensión de jubilación o retiro por Derechos Pasivos o por cualquier régimen de Seguridad Social público y obligatorio (artículo 3.2 LI). Las excepciones para las actividades en el sector público se refieren a los puestos docentes como profesor universitario asociado (artículo 4.1 LI), en el sector público sanitario o de carácter exclusivamente investigador en centros de investigación del sector público, incluyendo el ejercicio de funciones de dirección científica (artículo 4.2 LI), entre otros supuestos. Finalmente, de forma excepcional, también en el caso de actividades de investigación de carácter no permanente, o de asesoramiento científico o técnico en supuestos concretos (artículo 6 LI).

retribuciones por ambas actividades, fuera de su jornada de trabajo en la Administración y sin superar los límites que se establezcan.

Como vemos, existe una limitación absoluta respecto a los concejales por lo que se refiere a la posibilidad de tener dos retribuciones, cuando la dedicación es exclusiva, y relativa cuando esta es parcial. En las excepciones ya comentadas debemos aplicar los límites del artículo 7 LI, que impone que la segunda retribución no supere la remuneración prevista en los Presupuestos Generales del Estado para el cargo de director general, ni un porcentaje variable (entre un 30 % y un 50 %) en función del grupo de pertenencia (A-E). Dicho límite puede exceptuarse por acuerdo del pleno y por razones de especial interés para el servicio¹⁸.

Respecto a las actividades en el sector privado, el artículo 11.1 LI dispone que, de acuerdo con el artículo 1.3 LI, “el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el departamento, organismo o entidad donde estuviera destinado”. Por tanto, se prohíbe el ejercicio de actividades privadas que tengan relación con el ente en el que se presten servicios. En el caso de los concejales, ello implica que no podrían realizar actividades en el sector privado que tengan relación con el cargo como concejal que desempeñan. Aun así, la propia disposición establece que “se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados”, lo que deja abierta la posibilidad de que el concejal siga ejerciendo su profesión, siempre y cuando no tenga relación directa con su condición como concejal. El contenido del artículo 12.1 LI concreta dicha limitación, al establecer como no permitidas las actividades siguientes:

- a) *El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.*

Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.

18. Dichas actividades en el sector público deben autorizarse por el pleno, previo informe, en su caso, de los directores de los organismos, entes y empresas públicas (artículo 9 LI). También será preceptivo un informe favorable del órgano competente, con carácter previo.

- b) *La pertenencia a consejos de administración u órganos rectores de empresas o entidades privadas, siempre que la actividad de las mismas esté directamente relacionada con las que gestione el departamento, organismo o entidad en que preste sus servicios el personal afectado.*
- c) *El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas.*
- d) *La participación superior al 10 por 100 en el capital de las empresas o sociedades a que se refiere el párrafo anterior.*

Como se ha indicado¹⁹, la cuestión radica en determinar qué se entiende por “relación directa”, aunque a tenor del artículo 12.1 a) LI podemos concretar que será “en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público”, además de los supuestos de los apartados b y c, y especialmente de la limitación de una participación de más del 10 % en una empresa o sociedad concesionaria, contratista de obras, servicios o suministros, arrendataria o administradora de monopolios, o con participación o aval del sector público²⁰.

2.4

Incompatibilidad con posterioridad al cese como concejal

El cese de la condición de concejal no supone el fin de la incompatibilidad. Como hemos visto, una de las tres circunstancias del artículo 71.1 g) LCSP es no estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la LEAC.

La norma básica de régimen local también se pronuncia al respecto, ya que en el caso de que un concejal haya tenido dedicación exclusiva y ostentado responsabilidades ejecutivas en las diferentes áreas del gobierno local, y por tanto retribución de acuerdo con el artículo 75.1 LBRL, tendrá una limitación adicional, como es la aplicación en el ámbito territorial de su competencia de “las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en

19. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel: *Derecho de la Función Pública*, op. cit., p. 324.

20. El artículo 19 LI establece una serie de actividades exceptuadas del régimen de aplicación de la LI. A efectos de este trabajo destacamos especialmente las derivadas de la administración del patrimonio personal o familiar (artículo 19 a) LI).

el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado” (artículo 75.8 LBRL)²¹.

El artículo 71.1 g) LCSP introdujo algunos cambios relevantes respecto a la anterior redacción del TRLCSP²². En primer lugar, sustituye 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, por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. Introduce además el añadido “o las respectivas normas de las comunidades autónomas”, con lo que deberemos tener en cuenta al considerar esta circunstancia no solo los altos cargos contemplados en la LEAC, sino también las leyes reguladoras de los conflictos de interés de cada una de las comunidades autónomas.

En cualquier caso, de acuerdo con el artículo 15.1 LEAC, durante los dos años siguientes a la fecha de su cese, no podrán prestar servicios en entidades privadas que hayan resultado afectadas por decisiones en las que hayan participado. Esta prohibición se extiende tanto a las entidades privadas afectadas como a las que pertenezcan al mismo grupo societario. El apartado tercero delimita las decisiones afectadas por esta incompatibilidad:

- a) *Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al derecho privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.*
- b) *Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.*

También limita la aptitud para contratar con la Administración durante los dos años siguientes a su cese: “los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración pública en la que hubieran prestado servicios,

21. Introducido por la DA 4.^a de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre.

22. El artículo 71.1 g) LCSP se corresponde con el contenido del artículo 60.1 f) TRLCSP, modificado por la DF 9.^a de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Sobre dicha modificación *vid.* LÓPEZ DONAIRE, Belén: “Comentario a las prohibiciones de contratar tras la modificación introducida en el TRLCSP por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público”, *Gabilex*, núm. 4/2015.

directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía. Las entidades en las que presten servicios deberán adoptar durante el plazo indicado procedimientos de prevención y detección de situaciones de conflicto de intereses” (artículo 15.5 LEAC).

3

Concreción de la prohibición de contratar y efectos

Las incompatibilidades contenidas en la LCSP, LOREG, LBRL, LI y LEAC deben ser analizadas en dos aspectos adicionales, como son la concreción de la participación del concejal como contratista –especialmente su grado de participación– y la extensión de su círculo familiar y afectivo. De la misma forma, el control de las incompatibilidades es previo a la contratación, sin perjuicio de que la incompatibilidad puede presentarse *a posteriori*.

3.1

Condición de contratista con la propia entidad

Como hemos visto, existe una incompatibilidad absoluta en el caso de que el concejal es contratista de la propia corporación de la que es miembro. El artículo 178 LOREG se refiere a la incompatibilidad de la condición de concejal con la de contratista o subcontratista de contratos, cuya financiación corra a cargo de la corporación municipal o de sus entes dependientes, independientemente de si es total o parcial.

En ocasiones la JEC ha determinado que la participación, aunque sea minoritaria, en sociedades que contratan con la propia corporación municipal incurre en la causa de incompatibilidad del artículo 178.2 d) LOREG²³. No obstante, se establecen límites máximos en el resto de las normas que regulan

23. En un caso de un concejal participe en un 33 % en sociedades que ocasionalmente contratan con la Corporación Municipal, la JEC acuerda que “considera que incurre en la causa de incompatibilidad con la condición de concejal prevista en el artículo 178.2.d) de la LOREG, consistente en ser contratista o subcontratista de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes, el concejal que sea participe en un 33 por ciento de una sociedad que contrate con el ayuntamiento del que forma parte” (Acuerdo de 8 de abril de 2010). Otros ejemplos son un concejal que es administrador de una compañía que es contratista del suministro eléctrico de instalaciones y edificios municipales (Acuerdo de 25 de octubre de 2007) o un concejal

incompatibilidades, como el artículo 12.1 d) LI (de un 10 % “en el capital de las empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquellas”) o el 14.1 LEAC (“Los altos cargos no podrán tener, por sí o por persona interpuesta, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas en tanto tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o que reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración pública”). Como se ha defendido, es lógico que este límite –que por otra parte ya se encontraba en el artículo 5 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, en vigor en el momento de aprobación de la LOREG– sea de aplicación también en este caso.

En conclusión, la incompatibilidad del artículo 71.2 d) LCSP alcanzará a todo aquel concejal que pretenda contratar con su propio ayuntamiento y entes dependientes, siempre y cuando su participación en la empresa contratista sea superior al 10 % de la sociedad.

3.2

Extensión de la prohibición de contratar

Un concejal no pierde su condición de electo por causas de amistad o parentesco con contratistas del ayuntamiento, ya que prima el principio democrático sobre el interés general. La consecución del interés general, así como la objetividad e imparcialidad en los procesos de contratación, se abordan a través del propio artículo 71.2 g) LCSP, que extiende la prohibición de contratar a “cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de los propios concejales, siempre que se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación”.

El tercer párrafo del artículo 60.1 f) TRLCSP disponía que “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”. Con la modificación introducida por la LRJSP se incorporaba una novedad relevante, ya

socio al 50 % de una sociedad que suministra materiales al ayuntamiento (Acuerdo de 3 de diciembre de 2001).

que no solo afectaba a los descendientes, sino también a los ascendientes, así como a los parientes en segundo grado por consanguineidad y las personas con las que tengan afinidad.

Finalmente se incorporó una condición, que es que dicha extensión debe interpretarse de forma restrictiva, ya que solo existirá dicha prohibición para el círculo familiar, afectivo o de afinidad “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 tanto, deberá interpretarse si existe prohibición de contratar solo en caso de conflicto de intereses.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal²⁴ ha interpretado esta afectación en un caso en el que el padre de una concejala pretende presentarse a la licitación de un contrato iniciada por el ayuntamiento. En este caso, el contratista es ascendiente de la concejala, y según la Junta “no cabe duda de que la concejala pertenece al órgano de contratación y que su padre es el titular de la empresa que quiere licitar. Por tanto, existe un conflicto de interés real en la medida en que el Pleno de la Corporación es un órgano de naturaleza política, que toma sus decisiones por mayoría y en el que el sentido de la decisión puede estar afectado por la influencia de la concejala que es miembro de la Corporación Municipal”. Por lo tanto, concluye que efectivamente estamos ante una prohibición de contratar, que no variaría aun en el caso de que la concejala formara parte de la oposición en el Pleno municipal, ni tampoco si la empresa se presentase mediante una UTE, ya que en cualquier caso la concejala podría influir en la contratación. En conclusión, existe prohibición de contratar, ante lo cual solo cabe —si se pretende seguir adelante con la licitación— la renuncia a la condición de concejal, de acuerdo con el artículo 178 LOREG.

La propia Junta ha incidido en que no procede “una extensión apriorística, sino que es necesaria la concurrencia de un elemento que actúa como determinante de las personas en él incluidas, cual es el concepto de conflicto de intereses”. Lo hace en referencia a otra consulta sobre una empresa a contratar cuyo propietario y único administrador es el hijo y el marido de una funcionaria y de una empleada laboral del mismo ayuntamiento, respectivamente. La Junta afirma que “la figura del conflicto de intereses que (...) condiciona la extensión de una prohibición de contratar por causa del artículo 71.1.g) LCSP a determinados familiares, es un concepto de carácter independiente y autónomo —más amplio que el de la estricta prohibición de

24. Informe 3/17, de 27 de abril de 2017, *Posible incompatibilidad de concejal vinculada con una empresa que pretende participar en licitación del propio ayuntamiento*. Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal.

contratar— que se puede definir como la existencia de vinculaciones personales y reales susceptibles de poner en peligro el componente de imparcialidad en las actuaciones llevadas a cabo por el órgano de contratación y por ende, el cumplimiento con los principios de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores y de integridad que debe regir la contratación pública”. En este sentido, según el artículo 64.2 LCSP “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”.

Por tanto es necesario que exista un posible conflicto de intereses entre el potencial licitador y el personal al servicio del órgano de contratación, por lo que la prohibición no puede extenderse a los familiares de todo el ayuntamiento, lo que no implica, según concluye la Junta, “que el órgano de contratación se vea eximido de la obligación de analizar la posible concurrencia de un conflicto de intereses”, apreciación que deberán realizar de forma directa los órganos de contratación (artículo 72.1 LCSP).

Es conveniente poner de manifiesto que los órganos de contratación en el ámbito municipal son el pleno, el alcalde y las juntas de contratación, estas últimas de carácter potestativo. Así, corresponden al alcalde “las competencias como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, los contratos de concesión de obras, los contratos de concesión de servicios y los contratos administrativos especiales, cuando su valor estimado no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros...” (DA 2.1 LCSP). En estos casos, el concejal puede no tener ninguna relación con la contratación que un familiar —o persona de su círculo próximo según el artículo 71.1 g) LCSP— pretenda celebrar con el ente local, por lo que —independientemente de que corresponde al órgano de contratación observar que las circunstancias de prohibición de contratar no se producen— no se produciría el posible conflicto de interés que pretende evitar la LCSP.

Por el contrario, siempre y cuando el pleno ejerza sus competencias como órgano de contratación —por el valor o duración del contrato— de acuerdo con el apartado anterior (DA 2.2 LCSP), se producirá una afectación generalizada de todos los concejales del consistorio, y sus respectivos familiares o personas vinculadas según el artículo 71.1 g) LCSP, en la que, no obstante, habría que comprobar que se produce el conflicto de interés con el titular del órgano.

En otros casos, como en el de las juntas de contratación –potestativas– de la DA 2.5 LCSP u otros órganos que intervienen en el proceso de contratación, como las mesas de contratación (artículo 326 LCSP), deberemos atenernos a la participación efectiva del concejal en particular, de forma que en caso de que esta se produzca provocará una suerte de “activación” de la prohibición de contratar o de la abstención del propio concejal en el proceso de contratación.

3.3

Efectos de la incompatibilidad y de la prohibición de contratar

Como ya se ha avanzado, en el caso de incompatibilidad del artículo 178.2 d) LOREG es el artículo 10 ROF el que regula el procedimiento. El concejal afectado debe comunicar a la corporación la posible incompatibilidad. El pleno municipal debe declarar la incompatibilidad y el concejal deberá escoger, en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que ha dado origen a incompatibilidad. Si no lo hiciera se entenderá que renuncia a su puesto de concejal. La incompatibilidad se produce en cualquier caso a partir del momento en que se dan ambas situaciones –concejal y contratista– de forma simultánea.

En el caso de la LCSP, su artículo 65 establece que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas que tengan plena capacidad de obrar y no estén incurso en alguna prohibición de contratar. La apreciación de la prohibición de contratar en determinados casos, incluido el que nos ocupa, corresponde a los órganos de contratación (artículo 72.1 LCSP). El incumplimiento de la prohibición de contratar tiene un efecto claro, como es el de la nulidad de pleno derecho, tal y como se establece en el artículo 39.2 a) LCSP, que incluye “el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71” de la propia Ley como una de las causas de nulidad.

Sin embargo, no es así en el caso de que el contratista esté afecto por ciertas circunstancias del artículo 71.1 g) LCSP –relaciones familiares, afectivas o de afinidad–; en tal caso, debería contemplarse la abstención si el concejal puede tener algún tipo de intervención en la contratación.

La figura habitual en el caso de posibles conflictos de intereses es la abstención. En el ámbito local, el artículo 76 de la LBRL establece que, “sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la delibera-

ción, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones públicas. La actuación de los miembros en que concurren tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido”.

En efecto, el artículo 23 LRJSP establece las circunstancias en las que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones se abstendrán de intervenir en el procedimiento. Entre dichas circunstancias encontramos las diferentes situaciones de incompatibilidad analizadas, como “tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquel; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado” (apartado a); “tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con estos para el asesoramiento, la representación o el mandato” (letra b); o “tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar” (letra e).

Como norma general, de acuerdo con el artículo 23.4 LRJSP, la concurrencia de alguna de las circunstancias mencionadas no supone, por sí sola, la invalidez de los actos en que hayan intervenido, en este caso el contrato, sino que deberá probarse que su intervención ha tenido una influencia determinante en la decisión. En el caso de los concejales la cuestión no es tan clara, a pesar de la remisión del artículo 76 LBRL, ya que la regulación de la abstención está más pensada para el personal que para los electos, que ostentan un mandato representativo y no tienen un superior jerárquico²⁵. En cualquier caso, a pesar de que formalmente es posible la abstención del concejal, y puede darse en diferentes circunstancias²⁶, en el caso de la participación del concejal como contratista, de acuerdo con el artículo 178 LOREG, se produce incompatibilidad y por tanto nulidad.

25. En este sentido, es interesante la reflexión de Francisco VELASCO CABALLERO al respecto: “¿Cuándo deben abstenerse los concejales?”, blog del Instituto de Derecho Local-Universidad Autónoma de Madrid, 15 de enero de 2015 [accesible en <http://www.idluam.org/blog/cuando-deben-abstenerse-los-concejales/>].

26. Sobre el particular, *vid.* FIBLA NICOLAU, Carme: “Causas de incompatibilidad y abstención del personal al servicio de las entidades locales (autoridades y funcionarios)”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 23, junio de 2010, pp. 181-189.

4 Conclusiones

Existe la discusión sobre si estamos ante una incompatibilidad por parte de un concejal o ante una prohibición de contratar por parte de la Administración; hay que decir que nos encontramos con un sistema dual. En el primer sentido, el concejal está sometido a un régimen de incompatibilidades, entre las cuales ser contratista con la corporación de la que es miembro. Ello tiene implicaciones, entre las cuales la necesaria elección entre una de las condiciones, incompatibles, de concejal y contratista. Se trata de una situación que se produce en el momento en el que ambas condiciones se producen de forma simultánea, ya sea en el momento de la toma de posesión o de forma sobrevenida *a posteriori*.

No obstante, también nos encontramos con una prohibición de contratar por parte del sector público local, en tanto que impide la formalización de un contrato en el que un concejal de la corporación tenga la condición de contratista. En este sentido, a pesar de que se ha afirmado que no estamos ante una incompatibilidad, sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de “moralidad pública”²⁷, debemos confirmar que nos encontramos en una situación que afecta en los dos sentidos. Por un lado, la incompatibilidad, y por otro, la prohibición de contratar.

El artículo 71.1 LCSP impone la prohibición de contratar cuando se den determinadas circunstancias, que afectan a los concejales de un consistorio. Por un lado, dicha prohibición supone la imposibilidad de que sean parte de un contrato administrativo, que en caso de producirse sería nulo de pleno derecho. Por otra parte, afecta a la incompatibilidad de dichos concejales para contratar con la propia corporación. En primer lugar por su condición de miembros electos de la corporación, según se establece en la LOREG, y por otro por el hecho de percibir una retribución pública, por lo que deben sujetarse a la regulación sobre incompatibilidades de la LI.

No obstante, tanto la prohibición de contratar por parte del sector público local como la incompatibilidad por parte del concejal para contratar no son absolutas, sino que deben interpretarse adecuadamente. En primer lugar, el

27. “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; (...) en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato (...)”; STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) *de 31 mayo 2004*, RJ 2004\3932, FJ 3.º.

propio artículo 71.1 g) LCSP, si bien prohíbe la contratación de forma directa al concejal, la modula en dos aspectos. Por un lado, la prohibición afecta a la contratación con el propio ente local, pero modula su aplicación respecto a los entes dependientes, de forma que deberá aplicarse de forma restrictiva dicha prohibición a la contratación con los organismos directamente dependientes de la Administración local, lo que no incluiría los entes en los que participa, como es el caso, por ejemplo, de las mancomunidades. En segundo lugar, debemos aplicar también de forma restrictiva la prohibición de contratar del ámbito familiar, afectivo y de afinidad del concejal, lo que nos remite al posible conflicto de intereses entre el contratista y el titular del órgano de contratación. En este caso es el propio órgano de contratación el que deberá apreciar, caso por caso, si se produce un conflicto de intereses y si es oportuno imponer una prohibición de contratar. Siempre será preferible optar por otras vías, como la abstención, y solo como última opción la prohibición de contratar. Se trata de evitar de esta forma una aplicación restrictiva y automática de la prohibición de contratar, impidiendo la exclusión de determinados contratistas de forma desproporcionada y garantizando para el propio ente local la posibilidad de optar por todas las opciones disponibles en el mercado.