

INFORME 24/2025, DE 3 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR PREVISTA EN EL ARTÍCULO 71.1.G) LCSP SOBRE INCOMPATIBILIDADES PARA CARGOS ELECTOS, EN CASO DE RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE UNA FUNDACIÓN Y UNA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LOCAL QUE PASA A FORMAR PARTE DE SU PATRONATO.

I.- ANTECEDENTES

Por parte del Presidente de la Diputación Provincial de Almería se solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

“Antecedentes

1. El Pleno de la Diputación de Almería, en sesión ordinaria celebrada el 23 de diciembre de 2022, aprobó la creación del servicio público del Museo del Realismo Español Contemporáneo (MUREC) de la Diputación Provincial de Almería y su correspondiente ordenanza reguladora.

2. Mediante acuerdo número 3, adoptado por la Junta de Gobierno, en sesión ordinaria de 21 de agosto de 2023, se adjudicó el contrato de servicio de dirección artística y gestión del Museo del Realismo Español Contemporáneo (MUREC) de la Diputación Provincial de Almería (ubicado en Almería capital) a la Fundación de Arte Ibáñez-Cosentino (en adelante, FAIC), con NIF V04527156.

Dicha adjudicación se realizó mediante procedimiento negociado sin publicidad, con un único licitador, en virtud de lo establecido en el artículo 168, letra a), apdo. 2º) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

3. Además, el presupuesto de la Diputación Provincial de Almería para el ejercicio 2025 recoge en el Anexo III una subvención nominativa a favor de la FAIC para la apertura, gestión y funcionamiento del Museo Casa Ibáñez de Olula del Río por importe de setenta y cinco mil euros.

4. La Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía dispone en su artículo 15 y ss. que en toda fundación deberá existir, con la denominación de Patronato, un órgano de gobierno y representación de la misma, que deberá estar integrado, como mínimo, por tres personas físicas o jurídicas, ya sean éstas públicas o privadas, que se denominarán patronos y tendrán las obligaciones previstas en el artículo 24 de la presente Ley.

5. En el marco de las relaciones institucionales y de conformidad con lo establecido en el artículo 11 de sus estatutos, la FAIC ha manifestado su interés en que esta Diputación entre a formar parte de su Patronato, al objeto de colaborar al mejor cumplimiento de los fines fundaciones, entre los que se encuentran:

- Fomentar, difundir y potenciar el conocimiento de la Fundación de Arte Ibáñez Cosentino y de aquellos otros espacios museísticos y culturales gestionados por la Fundación o con los cuales ésta tenga alguna relación jurídica en sus diversas actividades sociales, culturales y artísticas, tanto entre los miembros como con carácter general.

- Potenciar, mediante el estudio, conservación, restauración e investigación, el conocimiento, la defensa y el incremento de los fondos artísticos que conforman sus colecciones, así como sus fondos documentales o las colecciones y fondos documentales de aquellos otros espacios museísticos y culturales gestionados por la Fundación o con los cuales esta tenga alguna relación jurídica.

- Mantener relaciones, en lo que se refiere a los temas culturales y científicos, con otros centros o instituciones de carácter similar, tanto en el ámbito nacional como internacional.



- Fomentar, promover, apoyar y desarrollar la investigación científica de la obra, tanto en sí misma como a través de los programas que seleccione, bien a solicitud de terceros o por iniciativa propia.

- Colaborar con las autoridades competentes, con todos los medios legales a su alcance, en la defensa, conservación y puesta en valor del patrimonio artístico y cultural de la Fundación y de aquellos otros espacios museísticos y culturales gestionados por la Fundación o con los cuales ésta tenga alguna relación jurídica.

Cuestiones que se someten a consulta

Primera. La primera de las cuestiones objeto de la presente consulta está referida al contrato de servicio de dirección artística y gestión del Museo del Realismo Español Contemporáneo (MUREC). En el caso de que la Diputación de Almería entrase a formar parte del Patronato de la FAIC, se desconoce si la FAIC incurriría en alguna de las prohibiciones para contratar previstas en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, dada la condición de la misma de contratista de la Diputación de Almería.

Segunda. Del mismo modo, y en relación con la subvención nominativa a favor de la FAIC, recogida en el presupuesto provincial para el ejercicio 2025, se plantea la duda de que pudiera surgir un conflicto de intereses o la posibilidad de incurrir en alguna de las infracciones previstas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, dada la condición de la Diputación de Almería de entidad concedente de la subvención y, en su caso, patrono de la entidad subvencionada, siendo asimismo la FAIC contratista de la Diputación.

Tercera. Por último, se plantea la cuestión de la eventual existencia de algún tipo de incompatibilidad que pudiera surgir en la persona (diputado provincial) que, en su caso, ostentara la representación de la Diputación de Almería en el Patronato de la FAIC, debido a que dicho cargo, al ser miembro de los órganos colegiados de la Diputación de Almería (Junta de Gobierno, Comisiones Informativas y Pleno), participaría, emitiendo su voto, en la adopción de acuerdos relacionados con la Fundación”.

II.- INFORME

1.- Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que, en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública.

El Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública, establece en el artículo 1.2 que “la Comisión podrá ser consultada por las entidades que integran la Administración Local en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

Al respecto cabe señalar que la consulta va referida a una cuestión que, si bien se refiere a un caso concreto, versa sobre la relación que pueda darse entre una fundación y una administración pública que pretende pasar a ser miembro del patronato de la fundación y de la relación contractual previa existente entre ellas, cuestión que sí reviste carácter de generalidad, permitiendo un pronunciamiento de esta Comisión Consultiva de Contratación Pública.

2.- La Diputación Provincial de Almería, en primer lugar, se interesa por conocer si, en caso de pasar a formar parte del patronato de una Fundación, que es una fundación de carácter privado, ésta incurriría en alguna de las prohibiciones para contratar previstas en el artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del sector Público (en adelante, LCSP), dada la condición previa de la Fundación como contratista



de la Diputación de Almería. En consecuencia, en esta primera consulta habrá que contestar a dos cuestiones: una, si una fundación privada incurre en prohibición de contratar con una Administración cuando esa misma Administración forma parte del patronato de la fundación y, otra, qué es lo que ocurre cuando la fundación incurre de manera sobrevenida en prohibición de contratar estando en ejecución el contrato que la une con la Administración que entra a formar parte de su patronato.

La Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía (en adelante, LFA) considera incluida en su ámbito de aplicación a aquellas fundaciones que desarrollen principalmente sus funciones en Andalucía, como sucede en la presente consulta, por lo que esta disposición será de aplicación.

En toda fundación, de acuerdo con el artículo 15 LFA, deberá existir un patronato como órgano de gobierno y representación que habrá de estar integrado, como mínimo, por tres personas físicas o jurídicas, ya sean estas públicas o privadas. Respecto al patronato, el artículo 11 de la LFA señala que la fundación instará a formar parte de su patronato a aquellos organismos públicos o privados, empresas o personas físicas que, por sus competencias, compromiso de financiación o relevancia en el ámbito de los fines de la fundación, puedan colaborar a su mejor cumplimiento.

Asimismo debe tenerse en cuenta que la LFA regula en su artículo 44 el Protectorado de las Fundaciones Andaluzas como órgano administrativo de asesoramiento y apoyo técnico de las fundaciones, que entre otras funciones velará por la legalidad del funcionamiento de las mismas y entre cuyas funciones le corresponde asesorar a las fundaciones ya inscritas sobre aquellas cuestiones que se refieran tanto a su régimen jurídico económico-financiero y contable como a las actividades a realizar en el cumplimiento de sus fines. Debe tenerse en cuenta también que al protectorado de las fundaciones le corresponde también tramitar las autorizaciones a que hace referencia la propia LFA.

Por lo que interesa para la primera de las cuestiones formuladas, es preciso acudir al capítulo V de la LFA “del funcionamiento y actividad de las fundaciones” en concreto, al artículo 39 “**autocontratación**” en el que se establece lo siguiente:

“1. Se entiende por autocontratación la celebración de un contrato entre un patrono, en nombre propio o de un tercero, con la fundación, así como la designación como patrono de una persona, natural o jurídica, que mantengan un contrato en vigor con la fundación.

2. La autocontratación exigirá que concurran razones que justifiquen el interés que reviste para la fundación, así como la suficiencia de recursos de esta para proceder a la formalización del contrato con el patrono o para el mantenimiento del contrato de la persona que se pretende nombrar como miembro del patronato.

3. La autocontratación requerirá la presentación de declaración responsable ante el Protectorado, excepto cuando se trate de una fundación del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, que será necesario autorización previa del Protectorado”

De tal forma que en el momento que se designe a una Administración Local, persona jurídica, como patrono de una fundación privada, y dado que aquella mantiene un contrato en vigor, cabría calificar este caso como uno de los supuestos de autocontratación recogidos en ese primer apartado del artículo 39 LFA.

Esa autocontratación quedará condicionada a que concurran razones que justifiquen el interés que reviste para la fundación el mantenimiento del contrato de la persona, natural o jurídica, que se pretende nombrar como miembro del patronato, así como, no tratándose de una fundación del sector público de la Comunidad Autónoma de Andalucía, a la presentación de una declaración responsable ante el Protectorado, el cual deberá velar por la legalidad del funcionamiento de la misma, como se ha indicado.



El incumplimiento de los requisitos de la autocontratación podría dar lugar a un supuesto de invalidez del contrato, pero no a uno de prohibición de contratar, dado que este supuesto no se encuentra dentro del catálogo cerrado de prohibiciones de contratar del artículo 71 de la LCSP, que es el que recoge, a modo de *numerus clausus*, las diferentes circunstancias que, de cumplirse, imposibilitarían a la entidad respecto de la que concurren la contratación con entidades del sector público. El carácter de catálogo cerrado se extrae de la interpretación literal de los preceptos reguladores de la figura, y de conformidad con la propia naturaleza y límites de toda medida restrictiva de derechos.

Analizando las **prohibiciones de contratar** del citado artículo 71, estas podrían reconducirse a tres tipos, unas derivadas de sanciones penales o administrativas (apartado 1, letras a, b y f), otras ligadas a expedientes de contratación o de clasificación (apartado 1, letra e y apartado 2) y otras derivadas de ciertas situaciones de hecho (apartado 1, letras c, d, g y h). Si atendemos al sentido de la consulta formulada, parece claro que no estamos ante un supuesto de sanción o relacionado con un expediente de contratación en concreto o de clasificación, ni a supuestos de hecho sobre materia concursal (letra c), tributaria o social (letra d) ni sobre altos cargos cesados (letra h), sino que viene relacionada con la participación de la Diputación Provincial, a través de un Diputado, en una fundación privada con la que esa propia Administración contrata, por lo que se pasa a analizar la prohibición de contratar del artículo 71.1 g) de la LCSP, relacionada con el régimen de incompatibilidades de los miembros de una Diputación Provincial.

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

En el caso de los diputados provinciales, se trataría de cargos electivos cuyo régimen de incompatibilidad se encuentra establecido en el artículo 203 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante, LOREG).

En este punto es necesario precisar que el régimen de incompatibilidades trata de evitar que las actividades privadas afecten al ejercicio de las funciones públicas (véase a este respecto el preámbulo de la Ley 53/1984), de manera que la persona incurre en incompatibilidad cuando se actúa a título particular, no cuando se actúa en el ejercicio del cargo que desempeña, como ocurriría en supuesto objeto del presente informe en el que el diputado o diputada provincial formaría parte del patronato de una fundación por razón de su cargo actuando en nombre de la Diputación Provincial, pero no sería un *“administrador de la persona jurídica”* incurso en un supuesto de incompatibilidad.

De este modo, cuando el artículo 203.1.d) de la LOREG regula como causa de incompatibilidad para el ejercicio del cargo de Diputado Provincial el ser *“contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación o de establecimientos de ella dependientes”*, está pensando en que la persona del diputado o diputada actúe a título particular como contratista o subcontratista de la entidad local, no en que incurra en incompatibilidad por formar parte del patronato de la fundación que actúa como contratista de la Diputación.

En este sentido concluía el Informe 5/2018, de 19 de diciembre, de esta Comisión Consultiva, sobre la contratación del servicio de ayuda a domicilio entre un ayuntamiento y una fundación pública, que:



“No incurriría la Fundación en causa de prohibición para contratar con la entidad local si decidiese presentarse como licitadora en el expediente de contratación por la circunstancia de formar parte del Patronato de la misma, conforme a sus Estatutos, los concejales que en cada momento conformen la Corporación Municipal por su condición de tal.”

Este informe, en su motivación, aludía a la aplicación de la Ley 53/1984 en algún aspecto, argumentando que esta Ley *“prevé en su artículo 8º que el personal incluido en el ámbito de aplicación de la Ley pueda pertenecer, en representación del sector público, a Consejos de Administración u órganos de gobierno de entidades o Empresas públicas o privadas con una serie de limitaciones referidas a la percepción de dietas y no pertenencia a más de dos Consejos de Administración u órganos de gobierno, salvo excepciones, pero sin que de las mismas derive la prohibición de contratar entre esas entidades y la Administración Pública de la que forme parte ese personal.”*

Resulta también ilustrativo al respecto, el Informe 24/2024 de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, que plasma el sentido de la prohibición de contratar que se está analizando y su finalidad para preservar la objetividad del procedimiento, cuando se actúa en la persona jurídica “a título personal”, no como ocurre en el caso que nos ocupa donde se actúa en una fundación por razón del cargo en nombre de la Diputación Provincial:

“La prohibición de contratar recogida en el artículo 71.1.g de la LCSP no contiene una regulación material de los supuestos que inhabilitan para contratar con el sector público, sino que remite a la normativa sobre incompatibilidades de las personas que ocupen cargos electos y del personal que ejerza altos cargos o que esté al servicio de las Administraciones públicas, en este último caso cuando la persona física licitadora pretenda contratar, directamente o por la vía de su participación a título personal en una persona jurídica, con la misma Administración en la que trabaja o de la que es miembro, de modo que proceda alejar el riesgo de falta de objetividad en la adjudicación del contrato público y sea necesario preservar la neutralidad, la libre concurrencia y competencia, la igualdad de oportunidades y la objetividad y la legalidad en la actuación de la Administración.”

Por todo lo cual, se ha de concluir que una fundación no se encuentra incurso en prohibición de contratar con una diputación provincial por la circunstancia de que un diputado provincial miembro de esa entidad, en su condición de tal, forme parte del patronato de la misma, en tanto que la persona del diputado o diputada no estaría incurso en causa de incompatibilidad al actuar por razón de su cargo como miembro del patronato de la fundación.

3.- Respecto a la cuestión relativa a la incursión de manera sobrevenida por parte de la fundación en prohibición de contratar estando en ejecución el contrato que la une con la Administración que entra a formar parte de su patronato, esta consulta quedaría sin objeto en cuanto que no se produciría la citada prohibición de contratar conforme se ha justificado anteriormente.

No obstante lo cual, se hace una apreciación acerca de la incursión de una persona licitadora en prohibición de contratar durante la ejecución de un contrato. En este tipo de supuestos existen pronunciamientos de distintos órganos consultivos en el sentido de que la incursión de forma sobrevenida en una prohibición de contratar no puede ser causa para resolver contratos ya formalizados y en fase de ejecución.

Así se pronuncia el informe 22/2016 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, emitido con anterioridad a la vigente LCSP pero de actual aplicación, según el cual *“si la prohibición de contratar se produce con posterioridad a la adjudicación de un contrato no puede operar como causa de nulidad del mismo, pues la invalidez del contrato es consecuencia de los vicios concurrentes al tiempo de su adjudicación”*.



Y en el mismo sentido el más actual Informe 3/2021, de 10 de junio de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Canarias señala: *“(...) sobre cómo actuar con los contratos en ejecución en el supuesto de que se inscriba en el ROLECE una prohibición de contratar, debe ponerse de manifiesto que, de conformidad con el contenido de la LCSP, la obligación de no estar incurso en la prohibición para contratar hace referencia al momento de presentación de ofertas, debiéndose mantenerse hasta la formalización del contrato; sin embargo, nada dice la LCSP respecto al mantenimiento de esta situación durante la fase de ejecución del contrato. Si la prohibición de contratar se produce con posterioridad a la adjudicación de un contrato, no puede operar como causa de nulidad del mismo, salvo que se hubiera celebrado concurriendo dicha causa de nulidad, pues los vicios deben concurrir en el momento de la adjudicación (artículo 38 LCSP). Además, el artículo 211 de la LCSP no establece como causa de resolución de los contratos la prohibición de contratar en la que incurra el adjudicatario con posterioridad a su celebración. Sólo en el caso de que se establezca expresamente en el contrato o en los pliegos como causa de resolución la concurrencia de tal circunstancia, se podrá producir la resolución del contrato. Por lo tanto, incurrir en prohibición para contratar una vez formalizado el contrato no puede ser motivo para resolver el contrato, únicamente tendrá efectos sobre futuras adjudicaciones, pero no sobre los contratos en ejecución”*. Concluye este último informe afirmando que *“En cuanto a los contratos que se encuentran en vigor de un operador económico al que se le declara, de manera sobrevenida, en prohibición para contratar, al no estar previsto en la LCSP como causa de resolución, sólo se podrá instar expediente de resolución contractual si se ha recogido expresamente en los pliegos que rigen la contratación o la concurrencia de alguna causa que lo invalide conforme al derecho civil”*.

Por lo tanto, cuando exista un contrato del sector público en ejecución, una eventual incursión sobrevenida en alguna prohibición de contratar por parte de la persona contratista no supondrá la concurrencia de una causa de resolución del contrato y podrá continuar ejecutándose hasta su finalización.

4.- La segunda de las cuestiones formuladas se refiere a la subvención nominativa a favor de la FAIC, recogida en el presupuesto provincial para el ejercicio 2025, y se plantea la duda de que pudiera surgir un conflicto de intereses o la posibilidad de incurrir en alguna de las infracciones previstas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, dada la condición de la Diputación de Almería de entidad concedente de la subvención y, en su caso, patrono de la entidad subvencionada, siendo asimismo la FAIC contratista de la Diputación”.

No tratándose de una cuestión de naturaleza contractual la posibilidad de que pudiera surgir un conflicto de intereses o la posibilidad de incurrir en alguna de las infracciones previstas en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, no procede emitir pronunciamiento alguno por parte de este órgano consultivo.

5.- La última de las cuestiones plantea *“la eventual existencia de algún tipo de incompatibilidad que pudiera surgir en la persona (diputado provincial) que, en su caso, ostentara la representación de la Diputación de Almería en el Patronato de la FAIC, debido a que dicho cargo, al ser miembro de los órganos colegiados de la Diputación de Almería (Junta de Gobierno, Comisiones Informativas y Pleno), participaría, emitiendo su voto, en la adopción de acuerdos relacionados con la Fundación”*.

Considera esta Comisión que esta consulta ya ha sido resuelta en los apartados 2 y 3 del presente informe, ya que la eventual prohibición para contratar que pudiera concurrir en la fundación derivaría de la incursión de la persona física del diputado o diputada provincial en alguna de las causas de incompatibilidad previstas en el artículo 203 de la LOREG, por lo que nos remitimos a dicho contenido.



III.-CONCLUSIONES

PRIMERA. - Una fundación no se encuentra incurso en prohibición para contratar con una diputación provincial de la que es contratista por la circunstancia de que un diputado o diputada provincial, en su condición de tal, forme parte del patronato de la fundación, en tanto que la persona del diputado o diputada no estaría incurso en causa de incompatibilidad del artículo 203 de la LOREG al actuar por razón de su cargo como miembro del patronato de la fundación.

El caso planteado (una diputación provincial pase a formar parte del patronato de una fundación que tenga la condición previa de contratista de la misma) se calificaría como un supuesto de autocontratación recogido en el artículo 39 de la Ley 10/2005, de 31 de mayo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Andalucía, y deberá cumplir con los requisitos que establece ese precepto.

El incumplimiento de los requisitos de la autocontratación podría dar lugar a la invalidez del contrato, pero no a una prohibición para contratar, dado que no se encuentra dentro del catálogo cerrado de prohibiciones de contratar del artículo 71 de la LCSP.

SEGUNDA. - Cuando exista un contrato público en ejecución, una eventual incursión sobrevenida en alguna prohibición de contratar por parte de la persona contratista no supondrá la concurrencia de una causa de resolución del contrato y podrá continuar ejecutándose hasta su finalización.

Es todo cuanto se ha de informar.