

Junta Superior de Contractació Administrativa
Plaça de Nàpols i Sicília 10-1a planta
46001 VALÈNCIA
Tel.: 961 207145
Correu: secretaria_ JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte : Informe 3/2016

INFORME 3/2016, DE 26 D'ABRIL DE 2016. PROHIBICIÓ DE CONTRACTAR LA FILLA D'UN REGIDOR. APLICACIÓ DE L'ART. 60.1.g DEL TEXT REFÓS DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC. CONFLICTE D'INTERESSOS

ANTECEDENTS

En data 24 de febrer de 2016 ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Moncada, per mitjà de la qual formula consulta del següent tenor literal:

“Des de l'Alcaldia de l'Ajuntament de Moncada voliem formular la consulta següent:

Se'ns planteja el dubte de si incorre en prohibició de contractar amb este ajuntament la filla d'un regidor. Es tracta de la prestació d'un servici d'animació. El regidor forma part de l'equip de Govern, és el tercer tinent d'alcalde, forma part de la Junta de Govern Local i ostenta les delegacions de personal, contractació i servicis públics, servicis socials generals i UPCCA.

Donada la recent modificació operada en l'article 60 del TRLCSP ens preguntàvem si estaria incursa en la prohibició de contractar establida en l'article 60.g) de la dita norma.

El servici seria facturat a nom de la persona física, filla del regidor.

D'altra banda la dita persona és sòcia juntament amb una altra persona d'una empresa. En el cas que hi haguera prohibició de contractar s'estendria també a l'empresa de què és sòcia?.

En tots els supòsits es tracta d'un contracte menor per raó de la quantia. L'ALCALDESSA AMPARO ORTS ALBIACH”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Com s'exposa en la consulta de l'Ajuntament de Moncada, la qüestió planteja un dubte més que raonable sobre la interpretació de l'article 60.1.g del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (d'ara en avant, TRLCSP) després de la modificació del dit precepte per la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic. D'acord amb la nova redacció, la prohibició de contractar amb el Sector Públic s'estén, entre altres, als familiars, fins al segon grau per consanguinitat o afinitat, dels càrrecs electius regulats en la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim Electoral General, entre els quals s'inclouen els membres de les corporacions locals, quan *es produïska conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en què s'haguera delegat la facultat per a contractar o els que exercisquen la substi-*

tució del primer. La dita prohibició s'estableix per a qualsevol contracte del sector públic comprés en l'àmbit d'aplicació de la llei, i és irrellevant si es tracta d'un contracte menor o no.

A diferència de l'Administració General de l'Estat, en què abans la Llei 5/2006, de 10 d'abril, de regulació dels conflictes d'interessos dels membres del Govern i dels Alts Càrrecs de l'Administració General de l'Estat, i ara la Llei 3/2015, de 30 de març, reguladora de l'exercici de l'alt càrrec de l'Administració General de l'Estat, han regulat expressament quan es dona esta situació de conflicte d'interessos, no hi ha una norma anàloga per a la resta d'Administracions Públiques.

No obstant això, per a dirimir la qüestió plantejada, i sense entrar en la discussió de si la norma estatal pot o no constituir dret supletori en el cas de les corporacions locals, ha d'acceptar-se que si la prohibició prevista en l'article 60.1.g del TRLCSP és aplicable de la mateixa manera a tots els càrrecs electius i als seus familiars o afins, també haurà d'aplicar-se analògicament a tots ells la mateixa doctrina i requisits per a determinar quan es dona la situació de conflicte d'interessos a què es referix el dit precepte.

Per a això, resulta il·lustratiu el que estableix l'esmentada Llei 3/2015 quan determina les circumstàncies que donen lloc a l'existència d'eixe conflicte d'interessos que causa la prohibició de contractar amb qui hi està incurs. D'acord amb el que preveu el seu article 11, s'entén que *un alt càrrec està incurs en conflicte d'interessos quan la decisió que haja d'adoptar (...) pugua afectar els seus interessos personals, de naturalesa econòmica o professional, per suposar un benefici o un perjudici als seus interessos.* Per interessos personals el mateix precepte estableix que tindran tal consideració tant els interessos propis com, entre altres que no vénen al cas, els *de familiars dins del quart grau de consanguinitat o segon grau d'afinitat* i els de persones jurídiques en què estos familiars estiguen vinculats per una relació laboral o professional de qualsevol tipus que implique l'exercici de funcions de direcció, assessorament o administració.

En conseqüència, una primera conclusió que ha d'extraure's és que, en el cas objecte del present informe, es donen els requisits de caràcter subjectiu necessaris per a considerar que pot haver-hi conflicte d'interessos en la decisió de contractació amb la persona familiar del regidor a qui la mateixa consulta es referix, al tractar-se d'un familiar en primer grau de consanguinitat. Queda, per tant, analitzar si es troben presents també les circumstàncies objectives que fan que el dit càrrec electe es trobe incurs en tal situació per les seues atribucions com a òrgan contractació o les seues relacions amb este.

L'article 11 de la Llei 3/2015 remet a l'article 15 per a determinar quan la decisió que en l'exercici de les seues competències o atribucions hagen d'adoptar les persones que exercixen un càrrec de l'Administració pot veure's afectada per un conflicte d'interessos per les raons subjectives a què ens acabem de referir. D'acord amb el que preveu l'article 15.3 de la dita llei, ha de trobar-se en alguna de les situacions següents:

"3. S'entén que un alt càrrec participa en l'adopció d'una decisió que afecta una entitat:

a) Quan l'alt càrrec, en l'exercici de les seues pròpies competències o funcions o el seu superior a proposta d'ell o els titulars dels seus òrgans dependents, per delegació o substitució, subscriba un informe preceptiu, una resolució administrativa o un acte equivalent sotmés al Dret Privat en relació amb l'empresa o entitat de què es tracte.

b) Quan haguera intervingut, per mitjà del seu vot o la presentació de la proposta corresponent, en sessions d'òrgans col·legiats en les quals s'haguera adoptat la decisió en relació amb l'empresa o entitat."

Com pot apreciar-se, el legislador estatal relaciona les facultats efectivament exercides pel càrrec amb la causa que origina el conflicte d'interessos i considera de forma diferent les dos situacions en què pot trobar-se el càrrec la decisió del qual pot veure's influïda per interessos personals particulars, i distingix entre aquelles en què la responsabilitat de la decisió recau exclusivament sobre ell,



d'aquelles altres en què participa formant part d'un òrgan col·legiat a qui competix la decisió. En el primer supòsit s'aprecia l'existència de conflicte d'interessos en tot cas i, en canvi, en el segon només haurà d'apreciar-se en el cas que el càrrec intervinga, votant o presentant la proposta de resolució, en les sessions de l'òrgan col·legiat en les quals s'adoptara la decisió que poguera donar lloc al conflicte d'interessos.

Aplicant conjuntament el criteri anterior i el que disposa l'article 60.1.g del TRLCSP en el cas de l'Ajuntament de Moncada sotmés a consulta, podem deduir el següent respecte a les situacions en què concorre la causa de prohibició de contractar prevista en el dit precepte:

-Si en un procediment de contractació el regidor, en l'exercici de les seues funcions o per delegació o substitució de qui ostentara la competència, actua com a òrgan de contractació, ja siga dictant una resolució o subscriuint informes, no podrà participar en eixe procediment ni contractar-se cap persona familiar del regidor fins al segon grau de consanguinitat i d'afinitat, per incórrer en conflicte d'interessos i establir-ho així l'article 60.1.g del TRLCSP. Eixa prohibició de contractar s'estén a qualsevol persona jurídica a què la persona familiar estiga vinculada per una relació laboral o professional de qualsevol tipus que implique l'exercici de funcions de direcció, assessorament o administració.

-En el cas anterior, si qui exercix les facultats de l'òrgan de contractació és un òrgan col·legiat de l'Ajuntament, hi ha la mateixa prohibició de contractar amb els citats familiar o persona jurídica per incórrer en conflicte d'interessos amb el dit regidor sempre que este intervinga, per mitjà del seu vot o en la presentació de propostes de resolució, en sessions de l'òrgan col·legiat en les quals s'adopten les decisions relatives al procediment de contractació, siguen quines siguen estes i en qualsevol de les fases del procediment.

Ara bé, l'anterior no és l'única conclusió rellevant que ha d'extraure's. A més, cal tindre en compte que, si bé la causa de prohibició de contractar prevista en l'article 60.1.g i analitzada en el present informe requereix la concurrència en el càrrec electiu de facultats com a òrgan de contractació o de la seua participació quan siga col·legiat i, simultàniament, que es done la situació de conflicte d'interessos descrita, també pot ocórrer que s'incórrega en esta última situació sense que el càrrec participe en la presa de decisions de l'òrgan de contractació.

Els mateixos preceptes 11 i 15.3 de la Llei 3/2015 abans citats determinen l'existència de conflictes d'interessos quan els titulars dels òrgans *dependents* de l'alt càrrec hagen de subscriure informes preceptius en relació amb l'entitat o persona interessada en el procediment que es tracte. En el cas objecte del present informe, l'escrit de la consulta fa constar que el regidor a qui es referix és el tercer tinent d'alcalde, forma part de la Junta de Govern i ostenta, entre altres, les delegacions de personal, contractació i servicis públics. Això obliga a pressuposar que ocupa una posició jeràrquica elevada en l'ajuntament i respecte a tot el personal que pot informar o participar en els procediments de contractació, la qual cosa per analogia amb el que preveu la Llei 3/2015 per a l'Administració General de l'Estat obliga a considerar l'existència d'un conflicte d'interessos en la contractació de qualsevol persona familiar del dit regidor fins al quart grau de consanguinitat o segon d'afinitat.

Per la seua banda, la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, el termini de transposició de la qual ja ha expirat, estableix en l'article 24 el següent:¹

Els Estats membres vetlaran per tal que els poders adjudicadors prenguen les mesures adequades per a prevenir, detectar i solucionar de mode efectiu els conflictes d'interessos que puguen sorgir en els procedi-

1 Cal indicar que el segon paràgraf, és a dir, el concepte de conflicte d'interessos, té efecte directe.

ments de contractació a fi d'evitar qualsevol falsejament de la competència i garantir la igualtat de tracte de tots els operadors econòmics.

El concepte de conflicte d'interessos comprendrà almenys qualsevol situació en què els membres del personal del poder adjudicador, o d'un proveïdor de servicis de contractació que actue en nom del poder adjudicador, que participen en el desenrotllament del procediment de contractació o puguen influir en el resultat del dit procediment tinguen, directament o indirectament, un interès financer, econòmic o personal que poguera paréixer que compromet la seua imparcialitat i independència en el context del procediment de contractació.

Com pot observar-se, la redacció anterior va possiblement molt més enllà que la legislació vigent citada en este informe ja que, d'acord amb la Directiva, els poders adjudicadors hauran d'evitar qualsevol situació en què els que actuen en un procediment de contractació tinguen, directament o indirectament, un interès econòmic o personal que poguera paréixer que compromet la seua imparcialitat o independència.

Sense perjuí de com s'incorpore al nostre ordenament jurídic el que disposa la Directiva² i del que, si és el cas, puga establir la jurisprudència posterior a la seua transposició o a la data límit per a fer-ho, és evident que la situació que es generaria en el supòsit de contractació sotmés a consulta per l'Ajuntament de Moncada ha d'incloure's en eixa concepció del conflicte d'interessos descrita per la norma comunitària, més encara si tenim en compte que els contractes a què es referix la consulta són contractes menors que poden adjudicar-se directament i sense licitació. Per tant, ha de concloure's igualment que, independentment que la persona familiar del regidor a qui es referix la consulta es trobe o no incursa en la causa de prohibició de contractar descrita en l'article 60.1.g, es molt difícil que la seua contractació puga evitar el conflicte d'interessos al resultar compromesa la imparcialitat i independència dels que tinguen la facultat de decidir-la o de proposar-la, en el cas que no fóra el mateix regidor qui la tinguera o exercira i per les relacions de subordinació, camaraderia o amistat que pogueren tindre aquells amb ell.

CONCLUSIONS

PRIMERA.- Una persona familiar d'un regidor d'una corporació local, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat, es troba incursa en la causa de prohibició de contractar amb la dita corporació prevista en l'article 60.1.g del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, perquè hi ha conflicte d'interessos, sempre que es trobe en qualsevol dels supòsits següents:

-Quan en el procediment de contractació el regidor, en l'exercici de les seues funcions o per delegació o substitució de qui ostentara la competència, actue com a òrgan de contractació, ja siga dictant una resolució o subscriuint informes.

2 L'esborrany de 17 d'abril de 2015 de l'avantprojecte de la Llei de Contractes del Sector Públic, actualment pendent de tramitació, establia en l'article 64 el següent:

"Article 64. Lluita contra la corrupció i prevenció dels conflictes d'interessos.

1. *Els òrgans de contractació hauran de prendre les mesures adequades per a lluitar contra el frau, el favoritisme i la corrupció, i previndre, detectar i solucionar de mode efectiu els conflictes d'interessos que puguen sorgir en els procediments de licitació a fi d'evitar qualsevol distorsió de la competència i garantir la transparència en el procediment i la igualtat de tracte a tots els candidats i licitadors.*

2. *Per a tot això el concepte de conflicte d'interessos comprendrà, almenys, qualsevol situació en què el personal al servici de l'òrgan de contractació, que a més participe en el desenrotllament del procediment de licitació o puga influir en el seu resultat, tinga directament o indirectament un interès financer, econòmic o personal que poguera paréixer que compromet la seua imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació"*



-Quan, tractant-se d'un òrgan de contractació col·legiat, el regidor intervinga, per mitjà del seu vot o en la presentació de propostes de resolució, en sessions de l'òrgan col·legiat en les quals s'adopten les decisions relatives al procediment de contractació, siguen quines siguen estes i en qualsevol de les fases del procediment.

SEGONA. En els supòsits anteriors, la corporació local tampoc podrà contractar amb una persona jurídica a què la persona familiar del regidor estiga vinculada per una relació laboral o professional de qualsevol tipus que implique l'exercici de funcions de direcció, assessorament o administració.

TERCERA. En tot cas, la contractació per la corporació d'una persona familiar d'un regidor, fins al grau de consanguinitat o afinitat indicat anteriorment, incorre en conflicte d'interessos en els termes de l'article 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014 sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, especialment si eixe càrrec exercix per delegació les competències en matèries com ara les de personal i contractació en la corporació local a què pertany o simplement té algun poder jeràrquic sobre el personal al servici de l'òrgan de contractació.

QUARTA. La situació que es generaria en el supòsit de contractació sotmés a consulta per l'Ajuntament de Moncada ha d'incloure's en eixa concepció del conflicte d'interessos descrita per la norma comunitària, més encara si tenim en compte que els contractes a què es referix la consulta són contractes menors que poden adjudicar-se directament i sense licitació.

El present Informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

Vist i plau EL PRESIDENT
(Per substitució art. 1 .a)
Orde d'11 de juny de 2001
DOGV 17/07/2001)

LA SECRETÀRIA

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA en data 26 d'abril de 2016.

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA