

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau ,12-3a planta
46003 VALÈNCIA
Tel.: 961 6013072
Correu: secretaria_JSCA@gva.es

Ref .: SUB/SCC/mvt-asm
Assumpte : Informe 3/2017

INFORME 3/2017 DE 12 D'ABRIL DE 2017. PROHIBICIÓ DE CONTRACTAR O CONFLICTE D'INTERESSOS EN LA CONTRACTACIÓ DE L'EMPRESA DEL MARIT D'UNA REGIDORA.

ANTECEDENTS

En data 13 de gener de 2017 ha tingut entrada en la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe de l'Ajuntament de Camporrobles, mitjançant el qual formula consulta que literalment diu:

“Per mitjà del present, a l'empara del que estableix l'article 15.2 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 es regulen els registres oficials de contractes i de contractistes i empreses classificades de la Comunitat Valenciana i les garanties globals, sol·licite informe d'aqueixa Junta sobre la qüestió següent:

S'ha plantejat en aquest Ajuntament l'abast de les disposicions concernents a la incompatibilitat per a contractar amb la corporació que puguen afectar el cònjuge d'una regidora, titular d'una empresa constructora.

El text refós de la Llei de contractes del sector públic aprovat per Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, en l'article 60.1-g), determina que estaran sotmesos a causa d'incompatibilitat la persona física o els administradors de la persona jurídica quan es tracte de qualsevol dels càrrecs electius regulats en la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general. Aquesta prohibició s'estén igualment als cònjuges o persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva i abastarà les persones jurídiques en el capital de les quals participen, en els termes i quanties establides en la legislació esmentada, els anteriors.

D'altra banda, l'article 76 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local, recull el deure dels membres de les corporacions locals d'abstindre's de participar en la deliberació, votació, decisió i execució de tot assumpte quan concórrega alguna de les causes a què es refereix la legislació de procediment administratiu i contractes de les administracions públiques. En termes anàlegs es pronuncia l'article 23 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic.

De la lectura dels informes 3/2016, de 26 d'abril, i 5/2016, de 22 de juliol, d'aqueixa Junta, pareix desprendre's que la prohibició només es produiria si es donara conflicte d'interessos; és a dir, per al cas que ens ocupa, si la regidora formara part d'algun òrgan -consultiu o decisor- que intervinguera en l'adjudicació del contracte. No obstant això, no podem esquivar el fet que per a participar en el procediment licitador hauria de firmar-se una declaració de no incórrer en causa d'incompatibilitat (i la seua subscripció en fals podria ocasionar responsabilitats penals), el que pareix una condició insalvable d'inici.

Així doncs, l'article 60.1-g) del text refós conté una prohibició absoluta de contractar per a l'empresa de titularitat del marit de la regidora o únicament es produirà incompatibilitat si la regidora intervé d'alguna forma en l'adjudicació? En el cas d'haver-hi causa d'incompatibilitat, ha de concórrer alguna altra condició respecte a la relació amb l'empresa (que el marit tinga càrrec d'administrador, directiu o semblant) o quant al percentatge de participació en el capital social (la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, en els seus informes 24/2011, de 12 de setembre, i 14/2014, de 25 de juny, el fixa en un 10%, encara que en un altre de 26 de novembre de 2010 considera necessari flexibilitzar el límit per a municipis xicotets) per a concloure que efectivament es produeix la incompatibilitat?"

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Les qüestions plantejades per l'Ajuntament en la seua consulta han sigut tractades per aquesta Junta en diversos informes i, entre ells, per extens, en l'Informe 5/2016, de 22 de juliol de 2016, on amb motiu d'una consulta formulada per l'Ajuntament d'Orba s'analitzaven les diferents situacions en què, en general, podien trobar-se les persones familiars i afins d'un càrrec electe d'un Ajuntament en relació amb els procediments de contractació de la corporació, després de la modificació de l'article 60.1.g) del text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSF d'ara en avant).

Les conclusions de l'informe van assenyalar en primer lloc que *“la prohibició de contractar amb l'Ajuntament derivada del que disposa l'article 60.1 g) del text refós de la Llei de contractes del sector públic afecta els cònjuges, persones amb anàloga relació de convivència i familiars dels seus càrrecs electes fins al segon grau d'afinitat o consanguinitat, quan es produísca conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en què s'haja delegat la facultat per a contractar o els que exercisquen la substitució del primer. En conseqüència, l'esmentada prohibició de contractar afecta els familiars de l'alcalde, en tot cas, i els dels regidors que exercisquen facultats de l'òrgan de contractació o participen en els òrgans de contractació col·legiats quan s'adopten les decisions relatives al procediment de contractació.*

En els supòsits anteriors, tampoc es podrà contractar una persona jurídica en què la persona familiar del càrrec electe tinga el càrrec d'administrador o estiga vinculada per una relació laboral o professional de qualsevol tipus que implique l'exercici de funcions de direcció o administració.

Així mateix, en aplicació de l'article 60.1 g) del text refós de la Llei de contractes del sector públic, no podrà contractar amb l'Ajuntament una persona jurídica en què participe l'alcalde o algun dels regidors, així com els familiars d'aquests abans indicats, en els mateixos termes i quanties establits per al personal al servei de les administracions públiques i per a altres càrrecs electes, per aplicació analògica de les normes que els estableixen i en tant que aquestes no prevegen el supòsit específic dels càrrecs electes de les corporacions locals.”

En el dit informe, a què ens remetem i les conclusions del qual han de reiterar-se en aquesta ocasió, addicionalment també es distingia entre les circumstàncies que originen la prohibició de contractar, a la qual es refereix l'article del TRLCSF abans mencionat, i les que independentment d'això donen lloc a la possible existència d'un conflicte d'interessos tal com ve aquest definit en la



Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública (d'ara en avant, la Directiva), així com en el Projecte de Llei de contractes del sector públic actualment en tramitació, on s'incorporen a l'ordenament jurídic espanyol les disposicions de la Directiva esmentada.

Així, en l'informe s'advertia que de vegades podrien donar-se conflictes d'interessos que no es donen directament amb el titular de l'òrgan de contractació o amb les persones en qui s'hagueren delegat les seues facultats, sinó amb altres càrrecs o personal del poder adjudicador, i, per això, es conclouia també que *“en tot cas, la contractació per la incorporació d'una persona familiar d'un regidor, fins al grau de consanguinitat o afinitat indicat anteriorment, es troba compresa en el concepte de conflicte d'interessos establert en 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, sempre que la dita regidora pugui influir en la decisió que s'adopte.”*

Aquesta distinció era necessària fer-la perquè, com es dedueix de l'anàlisi conjunta dels preceptes esmentats en l'informe, a més d'haver-hi situacions en què s'incorre inequívocament en la causa de prohibició de contractar de l'article 60.1.g, el que implica quedar exclòs absolutament i definitivament del procediment de contractació, també és cert que pot haver-hi alguna situació en què es done un conflicte d'interessos en el sentit descrit per la Directiva sense que, simultàniament, s'incórrega en la causa de prohibició de contractar, i en aquest cas seria suficient que l'òrgan de contractació adopte mesures o comportaments que previnguen i resolguen el conflicte de manera que resulte indubtable el respecte als principis de la contractació pública.

Aquesta distinció té el seu origen en la graduació del concepte de conflicte d'interés que es desprén en comparar la seua definició en les normes aplicables en l'Administració general de l'Estat, concretament en la Llei 3/2015, amb les que d'altra banda figuren en la Directiva i en el Projecte de Llei de contractes del sector públic actualment en tramitació.

D'acord amb el que preveu l'article 11 de la Llei 3/2015, s'entén *que un alt càrrec està incurs en conflicte d'interessos quan la decisió que haja d'adoptar (...) pugui afectar els seus interessos personals, de naturalesa econòmica o professional, per suposar un benefici o un perjudici a aquests.* Per interessos personals el mateix precepte estableix que tindran aquesta 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 aquests familiars estiguen vinculats per una relació laboral o professional de qualsevol tipus que implique l'exercici de funcions de direcció, assessorament o administració. Per tant, d'acord amb aquesta disposició de la Llei, perquè hi haja conflicte d'interés, cal que l'alt càrrec –o el càrrec electe en el nostre cas – haja d'adoptar o participar en l'adopció d'una decisió de contractació que pugui afectar els seus interessos personals, propis o de familiars, és a dir, cal que participe en la presa de decisions del procediment de contractació.

En canvi, per a la Directiva, a més d'aquest conflicte d'interés cert i segur que es donarà quan el càrrec participe en la presa de decisions de la contractació, hi ha una altra situació assimilable al concepte de conflicte d'interés que ha de ser avaluada pel poder adjudicador i, si és el cas, previnguda i solucionada adoptant les mesures necessàries per a assegurar el compliment dels

principis rectors de la contractació pública.

L'article 24 de la Directiva disposa que *“el concepte de conflicte d'interessos comprendrà almenys qualsevol situació en què els membres del personal del poder adjudicador, o d'un proveïdor de serveis de contractació que actue en nom del poder adjudicador, que participen en el desenvolupament del procediment de contractació o puguen influir en el resultat del procediment tinguen, directament o indirectament, un interès financer, econòmic o personal que pugui paréixer que compromet la seua imparcialitat i independència en el context del procediment de contractació.”*

Com pot apreciar-se, la Directiva inclou dins del concepte de conflicte d'interès la simple circumstància que personal del poder adjudicador pugui *influir* en el procediment, encara que no hi participe, de manera que poguera *paréixer* que compromet la imparcialitat i independència del poder adjudicador. La concurrència d'aquestes circumstàncies ja no és tan patent i objectivable com en el cas dels càrrecs que participen en el procediment de contractació i correspon a l'òrgan de contractació del poder adjudicador examinar si es donen i, si és el cas, prendre les mesures que siguin necessàries per a previndre i solucionar el conflicte.

En aquest sentit, l'article 64 del Projecte de Llei de contractes del sector públic, en consonància amb el que estableix respecte d'això el paràgraf primer de l'article 24 de la Directiva, preveu la imposició de l'esmentada obligació a l'òrgan de contractació en els termes següents:

“Els òrgans de contractació hauran de prendre les mesures adequades per a (...) 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.”

Doncs bé, vist tot això, al cas concret de la consulta formulada per l'Ajuntament, que es refereix a un supòsit en què el cònjuge d'un membre de la corporació és “titular” d'una empresa i planteja el dubte de si és possible la seua contractació i de com ha d'interpretar-se l'article 60.1.g del TRLCSP en aquest supòsit, així com si han de concórrer altres condicions perquè hi haja o no causa de prohibició de contractar amb l'esmentada empresa, ha de respondre's reiterant que la prohibició de contractar amb els cònjuges, familiars o persones afins d'un càrrec electe, d'acord amb el que disposa l'article 60.1.g del TRLCSP, es dóna únicament quan *es produïska conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en què s'haja delegat la facultat per a contractar o els que exercisquen la substitució del primer, però advertint també que pot haver-hi un conflicte d'interès en el sentit de la Directiva quan membres de la corporació o familiars i afins d'aquests pretenguen participar en qualsevol procediment de contractació de la corporació, sempre que aquells puguen influir d'alguna forma en la decisió que s'adopte.*

CONCLUSIÓ

1. L'empresa de què és titular el cònjuge d'un regidor d'un Ajuntament es troba sotmesa a la causa de prohibició de contractar amb aquest, establida en l'article 60.1.g del TRLCSP, sempre que la regidora participe en el procediment de contractació. Igualment, es donarà la mateixa situació de prohibició de contractar quan la participació del cònjuge en la titularitat de l'empresa supere el límit establert legalment per als càrrecs electes de les entitats locals o, a falta d'això i per analogia,



l'establert per al personal al servei de les administracions públiques, així com quan el cònjuge esmentat exercisca funcions d'administrador o de direcció de l'empresa.

2. Quan el regidor no participe en el procediment de contractació, però puga influir d'alguna forma en les decisions que s'hi adopten, l'empresa en què el seu cònjuge siga titular, partícip o administrador en els termes expressats en l'apartat anterior, no es trobarà sotmesa a la causa de prohibició de contractar prevista en l'esmentat article del TRLCSP, però la seua participació en el procediment originaria una situació de conflicte d'interessos de les previstes en la Directiva 2014/24/UE que, si és el cas, exigeix de l'òrgan de contractació la seua detecció i l'adopció de les mesures que siguen necessàries per a previndre i solucionar-la de manera que s'asseguren els principis rectors de la contractació del sector públic.

El present informe s'emeta 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 aquest últim cas.

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

LA SECRETÀRIA

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR DE CONTRACTACIÓ
ADMINISTRATIVA en data 12 d'abril de 2017.

VICEPRESIDENTA