

Junta Superior de Contratación Administrativa
C/ Palau ,12-3ª planta
46003 VALENCIA
Tel.: 961 6013072
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

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

INFORME 3/2017 DE 12 DE ABRIL DE 2017. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR O CONFLICTO DE INTERESES EN LA CONTRATACIÓN DE LA EMPRESA DEL MARIDO DE UNA CONCEJALA.

ANTECEDENTES

En fecha 13 de enero de 2017 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Camporrobles, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Mediante el presente, al amparo de lo establecido en el artículo 15.2 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana y se regulan los registros oficiales de Contratos y de Contratistas y Empresas Clasificadas de la Comunidad Valenciana y las garantías globales, solicito informe de esa Junta sobre la siguiente cuestión:

Se ha planteado en este Ayuntamiento el alcance de las disposiciones concernientes a la incompatibilidad para contratar con la Corporación que pudieran afectar al cónyuge de una concejala, titular de una empresa constructora.

El Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, en su artículo 60.1-g), determina que estarán incurso en causa de incompatibilidad la persona física o los administradores de la persona jurídica cuando se trate de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General. Esa prohibición se extiende igualmente a los cónyuges o personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, los anteriores.

Por otro lado, el artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, contempla el deber de los miembros de las Corporaciones locales de abstenerse de participar en la deliberación, 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. En términos análogos se pronuncia el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

De la lectura de los Informes 3/2016, de 26 de abril, y 5/2016, de 22 de julio, de esa Junta, parece desprenderse que la prohibición solo se produciría si se diera conflicto de intereses; es decir, para el caso que nos ocupa, si la concejala formara parte de algún órgano -consultivo o decisorio- que interviniera en la adjudicación del contrato. Sin embargo, no podemos soslayar el hecho de que para participar en el

procedimiento licitatorio habría de firmarse una declaración de no incurrir en causa de incompatibilidad (y su suscripción en falso podría acarrear responsabilidades penales), lo que parece una cortapisa insalvable de inicio.

Así pues, ¿contiene el artículo 60.1-g) del texto refundido una prohibición absoluta de contratar para la empresa de titularidad del marido de la concejala o únicamente se producirá incompatibilidad si la concejala interviniera de alguna forma en la adjudicación? En el caso de existir causa de incompatibilidad, ¿debe concurrir alguna otra condición respecto a la relación con la empresa (que el marido ostente cargo de administrador, directivo o similar) o en cuanto al porcentaje de participación en el capital social (la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón, en sus Informes 24/2011, de 12 de septiembre, y 14/2014, de 25 de junio, lo fija en un 10%, aunque en otro de 26 de noviembre de 2010 considera necesario flexibilizar el límite para municipios pequeños) para concluir que efectivamente se produce la incompatibilidad?”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento en su consulta han sido tratadas por esta Junta en varios informes y, entre ellos, por extenso, en el Informe 5/2016, de 22 de julio de 2016, donde con motivo de una consulta formulada por el Ayuntamiento de Orba se analizaban las diferentes situaciones en las que, en general, podían encontrarse las personas familiares y afines de un cargo electo de un Ayuntamiento en relación con los procedimientos de contratación de la corporación, tras la modificación del artículo 60.1.g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP en lo sucesivo).

Las conclusiones del Informe señalaron en primer lugar que *“la prohibición de contratar con el Ayuntamiento derivada de lo dispuesto en el artículo 60.1 g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público afecta a los cónyuges, personas con análoga relación de convivencia y familiares de sus cargos electos hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad, 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. En consecuencia, dicha prohibición de contratar afecta a los familiares del Alcalde, en todo caso, y a los de los concejales que ejerzan facultades del órgano de contratación o participen en los órganos de contratación colegiados cuando se adopten las decisiones relativas al procedimiento de contratación.*

En los supuestos anteriores, tampoco se podrá contratar una persona jurídica en la que la persona familiar del cargo electo ostente el cargo de administrador o esté vinculada por una relación laboral o profesional de cualquier tipo que implique el ejercicio de funciones de dirección o administración.

Asimismo, en aplicación del artículo 60.1 g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no podrá contratar con el Ayuntamiento una persona jurídica en la que participe el alcalde o alguno de los concejales, así como los familiares de estos antes indicados, en los mismos términos y cuantías establecidos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y para otros cargos electos, por aplicación analógica de las normas que los establecen y en tanto éstas no contemplen el supuesto específico de los cargos electos de las corporaciones locales.”



En dicho informe, al que nos remitimos y cuyas conclusiones han de reiterarse en esta ocasión, adicionalmente también se distinguía entre las circunstancias que originan la prohibición de contratar, a la que se refiere el artículo del TRLCSP antes citado, y las que independientemente de ello dan lugar a la posible existencia de un conflicto de intereses tal como viene este definido en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante, la Directiva), así como en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público actualmente en tramitación, donde se incorporan al ordenamiento jurídico español las disposiciones de dicha Directiva.

Así, en el informe se advertía que en ocasiones podrían darse conflictos de intereses que no se den directamente con el titular del órgano de contratación o con las personas en quien se hubiera delegado sus facultades, sino con otros cargos o personal del poder adjudicador, y, por ello, se concluía también que *“en todo caso, la contratación por la corporación de una persona familiar de un concejal, hasta el grado de consanguinidad o afinidad indicado anteriormente, se encuentra comprendida en el concepto de conflicto de intereses establecido en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, siempre que dicho concejal pueda influir en la decisión que se adopte.”*

Dicha distinción era necesaria hacerla porque, como se deduce del análisis conjunto de los preceptos citados en dicho informe, además de haber situaciones en las que se incurre inequívocamente en la causa de prohibición de contratar del artículo 60.1.g, lo que implica quedar excluido absoluta y definitivamente del procedimiento de contratación, también es cierto que puede haber alguna situación en la que se dé un conflicto de intereses en el sentido descrito por la Directiva sin que, simultáneamente, se incurra en dicha causa de prohibición de contratar, en cuyo caso sería suficiente que el órgano de contratación adopte medidas o comportamientos que prevengan y resuelvan dicho conflicto de forma que resulte indudable el respeto a los principios de la contratación pública.

Esa distinción tiene su origen en la graduación del concepto de conflicto de interés que se desprende al comparar su definición en las normas aplicables en la Administración General del Estado, concretamente en la Ley 3/2015, con las que por otra parte figuran en la Directiva y en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público actualmente en tramitación.

De acuerdo con lo previsto artículo 11 de la Ley 3/2015, *se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar (...) pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.* Por intereses personales el mismo precepto establece que tendrán tal consideración tanto los intereses propios como, entre otros que no vienen al caso, los de familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad y los de personas jurídicas en los que dichos familiares estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo que implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración. Por tanto, de acuerdo con esta disposición de la Ley, para que haya conflicto de interés, es necesario que el alto cargo –o el

cargo electo en nuestro caso – vaya a adoptar o a participar en la adopción de una decisión de contratación que pueda afectar a sus intereses personales, propios o de familiares, es decir, es necesario que vaya a participar en la toma de decisiones del procedimiento de contratación.

En cambio, para la Directiva, además de ese conflicto de interés cierto y seguro que se dará cuando el cargo participe en la toma de decisiones de la contratación, existe otra situación asimilable al concepto de conflicto de interés que debe ser evaluada por el poder adjudicador y, en su caso, prevenida y solucionada adoptando las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública.

El artículo 24 de la Directiva dispone que *“el concepto de conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.”*

Como puede apreciarse, la Directiva incluye dentro del concepto de conflicto de interés la simple circunstancia de que personal del poder adjudicador *pueda influir* en el procedimiento, aunque no participe en él, de forma que *pudiera parecer* que compromete la imparcialidad e independencia del poder adjudicador. La concurrencia de estas circunstancias ya no es tan patente y objetivable como en el caso de los cargos que participan en el procedimiento de contratación y corresponde al órgano de contratación del poder adjudicador examinar si se dan y, en su caso, tomar las medidas que sean necesarias para prevenir y solucionar dicho conflicto.

En ese sentido, el artículo 64 del proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en consonancia con lo establecido al respecto en el párrafo primero del artículo 24 de la Directiva, prevé la imposición de dicha obligación al órgano de contratación en los términos siguientes:

“Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para (...) prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.”

Pues bien, visto todo ello, al caso concreto de la consulta formulada por el Ayuntamiento, que se refiere a un supuesto en el que el cónyuge de un miembro de la corporación es “titular” de una empresa y plantea la duda de si es posible su contratación y de cómo debe interpretarse el artículo 60.1.g del TRLCSP en tal supuesto, así como si deben concurrir otras condiciones para que exista o no causa de prohibición de contratar con dicha empresa, ha de responderse reiterando que la prohibición de contratar con los cónyuges, familiares o personas afines de un cargo electo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 60.1.g del TRLCSP, se da únicamente *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, pero advirtiendo también que puede haber un conflicto de interés en el sentido de la Directiva cuando miembros de la corporación o familiares y afines de estos pretendan participar en cualquier procedimiento de contratación de dicha corporación, siempre que aquellos puedan influir de*



alguna forma en la decisión que se adopte.

CONCLUSIÓN

1. La empresa de la que es titular el cónyuge de un concejal de un Ayuntamiento se encuentra incurso en la causa de prohibición de contratar con éste, establecida en el artículo 60.1.g del TRLCSP, siempre que dicho concejal participe en el procedimiento de contratación. Igualmente, se dará la misma situación de prohibición de contratar cuando la participación del cónyuge en la titularidad de la empresa supere el umbral establecido legalmente para los cargos electos de las entidades locales o, en su defecto y por analogía, el establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como cuando dicho cónyuge ejerza funciones de Administrador o de dirección de la empresa.

2. Cuando el concejal no participe en el procedimiento de contratación, pero pueda influir de alguna forma en las decisiones que se adopten, la empresa en la que su cónyuge sea titular, participe o administrador en los términos expresados en el apartado anterior, no se encontrará incurso en la causa de prohibición de contratar prevista en el citado artículo del TRLCSP, pero su participación en dicho procedimiento originaría una situación de conflicto de intereses de las previstas en la Directiva 2014/24/UE que, en su caso, exige del órgano de contratación su detección y la adopción de las medidas que sean necesarias para prevenirla y solucionarla de forma que se aseguren los principios rectores de la contratación del sector público.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

Vº Bº EL PRESIDENTE
(Por sustitución art. 1 .a)
Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/07/2001)

I A SECRETARIA



APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 12 de abril
de 2017.

VICEPRESIDENTA