

Junta Superior de Contratación Administrativa
Plaza de Nápoles y Sicilia 10-1ª planta
46001 VALENCIA
Tel.: 961 207145
Correo: secretaria_JSCA@gva.es

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

INFORME 3/2016 DE 26 DE ABRIL DE 2016. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR A LA HIJA DE UN CONCEJAL. APLICACIÓN DEL ART. 60.1 g) DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. CONFLICTO DE INTERESES

ANTECEDENTES

En fecha 24 de febrero de 2016 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Moncada, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“Desde la Alcaldía del Ayuntamiento de Moncada queríamos formular la siguiente consulta:

Se nos plantea la duda de si incurre en prohibición de contratar con este Ayuntamiento la hija de un Concejal. Se trata de la prestación de un servicio de animación. El Concejal forma parte del equipo de Gobierno, es el Tercer Teniente de Alcalde, forma parte de la Junta de Gobierno Local y ostenta las delegaciones de personal, contratación y servicios públicos, servicios sociales generales y UPCCA.

Dada la reciente modificación operada en el artículo 60 del TRLCSP nos preguntábamos si estaría incurso en la prohibición de contratar establecida en el artículo 60 g) de dicha norma.

El servicio sería facturado a nombre de la persona física, hija del Concejal.

Por otra parte dicha persona es socia junto con otra persona de una empresa. En el caso de que existiera prohibición de contratar se extendería también a la empresa de la que es socia?.

En todos los supuestos se trata de un contrato menor por razón de la cuantía.

LA ALCALDESA
AMPARO ORTS ALBIACH”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Como se expone en la consulta del Ayuntamiento de Moncada, la cuestión plantea una duda más que razonable sobre la interpretación del artículo 60.1.g del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) tras la modificación de dicho precepto por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. De acuerdo con la nueva redacción, la prohibición de contratar con el Sector Público se extiende, entre otros, a los familiares, hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad, de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, entre los que se incluyen los miembros de las Corporaciones Locales, *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*. Dicha prohibición se establece para

cualquier contrato del sector público comprendido en el ámbito de aplicación de la Ley, siendo irrelevante si se trata de un contrato menor o no.

A diferencia de la Administración General del Estado, donde antes 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, y ahora la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, han regulado expresamente cuándo se da esta situación de conflicto de intereses, no existe una norma análoga para el resto de Administraciones Públicas.

No obstante, para dirimir la cuestión planteada, y sin entrar en la discusión de si la norma estatal puede o no constituir derecho supletorio en el caso de las corporaciones locales, debe aceptarse que si la prohibición prevista en el artículo 60.1.g del TRLCSP es aplicable en la misma forma a todos los cargos electivos y a sus familiares o afines, también deberá aplicarse analógicamente a todos ellos la misma doctrina y requisitos para determinar cuándo se da la situación de conflicto de intereses a la que se refiere dicho precepto.

Para ello, resulta ilustrativo lo establecido en la citada Ley 3/2015 cuando determina las circunstancias que dan lugar a la existencia de ese conflicto de intereses que causa la prohibición de contratar con quien está incurso en él. De acuerdo con lo previsto en su artículo 11, 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.

En consecuencia, una primera conclusión que debe extraerse es que, en el caso objeto del presente informe, se dan los requisitos de carácter subjetivo necesarios para considerar que puede haber conflicto de intereses en la decisión de contratación con la persona familiar del concejal a la que misma consulta se refiere, al tratarse de un familiar en primer grado de consanguinidad. Queda, por tanto, analizar si se encuentran presentes también las circunstancias objetivas que hacen que dicho cargo electo se encuentre incurso en tal situación por sus atribuciones como órgano contratación o sus relaciones con éste.

El artículo 11 de la Ley 3/2015 remite al artículo 15 para determinar cuándo la decisión que en el ejercicio de sus competencias o atribuciones vayan a adoptar las personas que ejercen un cargo de la Administración puede verse afectada por un conflicto de intereses por las razones subjetivas a las que nos acabamos de referir. De acuerdo con lo previsto en el artículo 15.3 de dicha Ley, ha de encontrarse en alguna de las situaciones siguientes:

“3. Se entiende que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:

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.”



Como puede apreciarse, el legislador estatal relaciona las facultades efectivamente ejercidas por el cargo con la causa que origina el conflicto de intereses y considera de forma diferente las dos situaciones en las que puede encontrarse el cargo cuya decisión puede verse influida por intereses personales particulares, distinguiendo entre aquellas en las que la responsabilidad de la decisión recae exclusivamente sobre él, de aquellas otras en las que participa formando parte de un órgano colegiado a quien compete la decisión. En el primer supuesto se aprecia la existencia de conflicto de intereses en todo caso y, en cambio, en el segundo solo deberá apreciarse en caso de que el cargo intervenga, votando o presentando la propuesta de resolución, en las sesiones del órgano colegiado en las que se adoptara la decisión que pudiera dar lugar al conflicto de intereses.

Aplicando conjuntamente el criterio anterior y lo dispuesto en el artículo 60.1.g del TRLCSP en el caso del Ayuntamiento de Moncada sometido a consulta, podemos deducir lo siguiente respecto a las situaciones en las que concurre la causa de prohibición de contratar prevista en dicho precepto:

- Si en un procedimiento de contratación el concejal, en el ejercicio de sus funciones o por delegación o sustitución de quien ostentase la competencia, actúa como órgano de contratación, ya sea dictando una resolución o suscribiendo informes, no podrá participar en dicho procedimiento ni contratarse ninguna persona familiar del concejal hasta el segundo grado de consanguinidad y de afinidad, por incurrir en conflicto de intereses y establecerlo así el artículo 60.1.g del TRLCSP. Dicha prohibición de contratar se extiende a cualquier persona jurídica a la que la persona familiar esté vinculada por una relación laboral o profesional de cualquier tipo que implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.
- En el caso anterior, si quien ejerce las facultades del órgano de contratación es un órgano colegiado del Ayuntamiento, existe la misma de prohibición de contratar con los citados familiar o persona jurídica por incurrir en conflicto de intereses con dicho concejal siempre que éste intervenga, mediante su voto o en la presentación de propuestas de resolución, en sesiones del órgano colegiado en las que se adopten las decisiones relativas al procedimiento de contratación, sean cuales sean éstas y en cualquiera de las fases del procedimiento.

Ahora bien, la anterior no es la única conclusión relevante que debe extraerse. Además, hay que tener en cuenta que, si bien la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.g y analizada en el presente informe requiere la concurrencia en el cargo electivo de facultades como órgano de contratación o de su participación cuando sea colegiado y, simultáneamente, que se dé la situación de conflicto de intereses descrita, también puede ocurrir que se incurra en esta última situación sin que el cargo participe en la toma de decisiones del órgano de contratación.

Los mismos preceptos 11 y 15.3 de la Ley 3/2015 antes citados determinan la existencia de conflictos de intereses cuando los titulares de los órganos *dependientes* del alto cargo hayan de suscribir informes preceptivos en relación con la entidad o persona interesada en el procedimiento de que se trate. En el caso objeto del presente informe, el escrito de la consulta hace constar que el concejal al que se refiere es el tercer teniente de Alcalde, forma parte de la Junta de Gobierno y ostenta, entre otras, las delegaciones de personal, contratación y servicios públicos. Ello obliga a presuponer que ocupa una posición jerárquica elevada en el Ayuntamiento y respecto a todo el personal que puede informar o participar en los procedimientos de contratación, lo que por analogía con lo previsto en la Ley 3/2015 para la Administración General del Estado obliga a considerar la existencia de un conflicto de intereses en la contratación de cualquier persona familiar de dicho concejal hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad.

Por su parte, 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, cuyo plazo de transposición ya ha expirado, establece en su artículo 24 lo siguiente:¹

Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

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 observarse, la redacción anterior va posiblemente mucho más allá que la legislación vigente citada en este informe ya que, conforme a la Directiva, los poderes adjudicadores deberán evitar cualquier situación en la que quienes actúen en un procedimiento de contratación tengan, *directa o indirectamente*, un interés económico o personal que *pudiera parecer* que compromete su imparcialidad o independencia.

Sin perjuicio de cómo se incorpore a nuestro ordenamiento jurídico lo dispuesto en la Directiva² y de lo que, en su caso, pueda establecer la jurisprudencia posterior a su transposición o a la fecha límite para hacerlo, es evidente que la situación que se generaría en el supuesto de contratación sometido a consulta por el Ayuntamiento de Moncada debe incluirse en esa concepción del conflicto de intereses descrita por la norma comunitaria, máxime si tenemos en cuenta que los contratos a los que se refiere la consulta son contratos menores que pueden adjudicarse directamente y sin licitación. Por tanto, ha de concluirse igualmente que, independientemente de que la persona familiar del concejal al que se refiere la consulta se encuentre o no incurso en la causa de prohibición de contratar descrita en el artículo 60.1.g, es muy difícil que su contratación pueda evitar el conflicto de intereses al resultar comprometida la imparcialidad e independencia de quienes tengan la facultad de decidirla o de proponerla, en el supuesto de que no fuera el mismo concejal quien la tuviera o ejerciera y por las relaciones de subordinación, compañerismo o amistad que pudieran tener aquellos con él.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Una persona familiar de un concejal de una corporación local, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, se encuentra incurso en la causa de prohibición de contratar con dicha corporación pre-

1 Hay que indicar que el segundo párrafo, es decir, el concepto de conflicto de intereses, tiene efecto directo.

2 El borrador de 17 de abril de 2015 del anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, actualmente pendiente de tramitación, establecía en su artículo 64 lo siguiente:

“Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

1. *Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y 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.*

2. *A estos efectos 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”*



vista en el artículo 60.1.g del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, por existir conflicto de intereses, siempre que se encuentre en cualquiera de los supuestos siguientes:

- Cuando en el procedimiento de contratación el concejal, en el ejercicio de sus funciones o por delegación o sustitución de quien ostentase la competencia, actúe como órgano de contratación, ya sea dictando una resolución o suscribiendo informes.
- Cuando, tratándose de un órgano de contratación colegiado, el concejal intervenga, mediante su voto o en la presentación de propuestas de resolución, en sesiones del órgano colegiado en las que se adopten las decisiones relativas al procedimiento de contratación, sean cuales sean éstas y en cualquiera de las fases del procedimiento.

SEGUNDA. En los supuestos anteriores, la corporación local tampoco podrá contratar con una persona jurídica a la que la persona familiar del concejal esté vinculada por una relación laboral o profesional de cualquier tipo que implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

TERCERA. En todo caso, la contratación por la corporación de una persona familiar de un concejal, hasta el grado de consanguinidad o afinidad indicado anteriormente, incurre en conflicto de intereses en los términos del 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, especialmente si dicho cargo ejerce por delegación las competencias en materias tales como las de personal y contratación en la corporación local a la que pertenece o simplemente tiene algún poder jerárquico sobre el personal al servicio del órgano de contratación.

CUARTA. La situación que se generaría en el supuesto de contratación sometido a consulta por el Ayuntamiento de Moncada debe incluirse en esa concepción del conflicto de intereses descrita por la norma comunitaria, máxime si tenemos en cuenta que los contratos a los que se refiere la consulta son contratos menores que pueden adjudicarse directamente y sin licitación.

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)

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA



LA SECRETARIA

Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 26 de abril
de 2016.