

Junta Superior de Contractació Administrativa
C/ Palau, 12-3ª planta
46003 VALÈNCIA
Tel.: 961 613072
Correu: secretaria_JSCA@gva.es

SUB/SCC/mvt-asm

Assumpte : Informe 5/2016

INFORME 5/2016, DE 22 DE JULIO 2016. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR DEL ART. 60.1 g) DEL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. DIVERSOS SUPUESTOS.

ANTECEDENTES

En fecha 9 de mayo de 2016 ha tenido entrada en la Junta Superior de Contratación Administrativa solicitud de informe del Ayuntamiento de Orba, mediante el que formula consulta del siguiente tenor literal:

“EN IGNASI ARBONA CERVERA, Alcalde-President de l'Ajuntament d'Orba (Alacant), que mitjançant el present escrit, i a l'empara de l'article 3 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 Comtmitat Valenciana i les garanties globals, sol·licita informe respecte de la interpretació de l'article 60.1 apartat g) del *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*, en les qüestions que s'exposen a continuació (endavant TRLCSP).

PROHIBICIÓN DE CONTRACTAR

ÚNICA: Modificació de l'article 60.1 g) del TRLCSP

Les prohibicions de contractar venen regulades al article 60 TRLCSP. Hi ha determinades qüestions que afecten a l'Ajuntament d'Orba que es podrien veure afectades per dit article. En concret pel que fa a les prohibicions contingudes a la redacció donada per la disposició final 9.1 de la Llei 40/2015, de 1 d'octubre, que va entrar en vigor en data 22 d'octubre de 2015, i que te el següent contingut:

g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de 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 o los 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.

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.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, 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.

La nova redacció de l'últim paràgraf és la que ens provoca dubtes en quant a la seua interpretació. En la anterior redacció no hi havia dubtes, donat que hi havia resolucions de les Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat i de les Junes de Contractació Administrativa de les diferents comunitats autònomes que estableixen criteris clars respecte de la prohibició de contractar del cònjuges o persones amb relació anàloga d'afectivitat.

Amb la nova redacció sorgeixen dubtes, i la doctrina consultada, no hem trobat ni informes de les diferents Junes de Contractació Administrativa ni resolucions dels Tribunals, no acaba de posar-se d'acord. Així trobem:

a) Per una banda, d'alguns articles sembla derivar-se que a més de relacions de parentiu afectades - i per tant, els cònjuges i persones vinculades amb anàloga relació de convivència, ascendents, descendents i parents de segon grau per consanguinitat o afinitat- ha de donar-se un conflicte d'interés amb el titular de l'òrgan de contractació, amb el titulars dels òrgans amb qui hagueren delegat la facultat de contractar o amb els que exerceixen la substitució del primer. Per tant, la prohibició només afectaria si hi ha un conflicte d'interessos i no seria una prohibició absoluta, com ho era fins a la modificació de dit article respecte dels cònjuges i persones vinculades amb anàloga relació de convivència.



b) Una altra part de la doctrina sembla inclinar-se perquè la prohibició respecte dels cònjuges i persones vinculades amb anàloga relació de convivència és absoluta, i el conflicte d'interessos amb l'òrgan de contractació seria per a les persones que s'inclouen des de la reforma, és a dir, ascendents, descendents i parents de segon grau per consanguinitat o afinitat.

c) Finalment una tercera posició assegura que la prohibició és absoluta respecte dels cònjuges i persones vinculades amb anàloga relació de convivència, ascendents i descendents. La exigència de, a més a més, un conflicte d'interessos seria respecte parents de segon grau per consanguinitat o afinitat.

Aquestes interpretacions, tenen com origen una interpretació més o menys extensiva o restrictiva.

SITUACIONS QUE PODEN VURE'S EN CAUS DE PROHIBICIÓ

PRIMER: Cònjuges i persones vinculades amb anàloga relació de convivència.

L'Ajuntament d'Orba pretén la modificació puntual de les Normes Subsidiàries de Planejament urbanístic, i cal la contractació d'un arquitecte expert en urbanisme, i a ser possible que tinga coneixement de la realitat del poble, per a que assessore i redacte el projecte de modificació de les dites Normes Subsidiàries. La quantia del contracte és de 4.000 €, import que no supera el 10% dels ingressos ordinaris de l'Ajuntament ni la quantia supera els 6 milions d'euros, a més a més l'encàrrec s'ha de dur a terme en uns pocs mesos. Per tant la competència de l'òrgan de contractació seria de l'Alcalde, d'acord amb el que s'exposa la disposició addicional segona del TRLCSP. No obstant això, com el tema afecta a les normes subsidiàries i a planejament urbanístic, per donar major transparència al procés de contractació d'un arquitecte, es sotmet a plenari l'aprovació del Plec de clàusules Administratives Particulars, i es decideix que el procediment siga el de negociat sense publicitat. Aquests acords són aprovats pel Plenari. Es conviden a quatre arquitectes que tenen despatx o estan vinculats amb el poble. Només un d'ells presenta una oferta, però resulta que és parella de fet d'una regidora, per tant es tracta d'una persona vinculada amb anàloga relació de convivència. El contracte no s'ha formalitzat i entenem que hi ha setiosos dubtes al respecte.

SEGON: Ascendents.

Al poble d' Orba només hi ha un persona que exercisca l'ofici de fuster. Aquest fuster ha estat contractat des de sempre per l'Ajuntament -els diversos governs municipals, que ha hagut fins ara, han recorregut als seus serveis, ja foren del PSPV, Bloc o, en els darrers anys, PP- per a realitzar feines de tot tipus relacionades amb

fusteria, ja siga canviar un pany, realitzar tasques de manteniment o fer qualsevol tasca de fusteria. Amb el canvi de govern resulta que l'actual Alcalde, Ignasi Cervera Arbona, és fill d'aquesta persona que presta els serveis de fuster.

TERCER: Parents en segon grau de consanguinitat o afinitat.

L'anterior corporació va contractar a una empresa per a l'elaboració de nòmines, TC, declaracions a la Seguretat Social, etc. Aquesta empresa té com a soci o associat, com a agent o col·laborador independent mitjançant un contracte mercantil, a una persona que és germà de l'anterior Alcalde. Aquesta persona, és la que té relació amb l'Ajuntament, presenta i retira els documents, manté contacte amb els funcionaris, etc. Les factures s'emeten a nom de l'empresa. En el moment de contractar, la prohibició no afectava a parents de segon grau de consanguinitat. L'anterior Alcalde és regidor, encara que no ocupa realitza tasques de govern.

QÜESTIONS SOTMESES A CONSULTA

Primera: Qüestions generals.

1) A la redacció actual del article 60.1 g) es manté una prohibició absoluta de contractar respecte de les persones esmentades en el paràgraf final? O en canvi la prohibició de contractar existeix només si hi ha conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació amb el titulars dels òrgans amb qui hagueren delegat la facultat de contractar o amb els que exerceixen la substitució del primer?

2) Si hi ha prohibició absoluta a quines persones afecta? Els cònjuges i persones vinculades amb anàloga relació de convivència, ascendents, descendents i parents de segon grau per consanguinitat o afinitat? Els cònjuges i persones vinculades amb anàloga relació de convivència, només? Els cònjuges i persones vinculades amb anàloga relació de convivència, ascendents, descendents i només el conflicte d'interessos amb l'òrgan de contractació es per a parents de segon grau per consanguinitat o afinitat?

Segona: Respecte de la primera de les situacions.

1) Es pot contractar pel Plenari a una persona vinculada amb anàloga relació de convivència amb una regidora? Si hi pot haver-hi conflicte d'interessos és suficient amb la inhibició i l'abstenció de la regidora



afectada?

2) Si la prohibició és respecte de l'òrgan de contractació, en aquest cas seria competència de l'Alcalde que l'ha cedit al Plenari per donar més transparència al procés Si l'Alcalde haguera contractat directament, sent un contracte menor, estaria el contractista en causa de prohibició?

Tercera: Respecte de la segona de les situacions.

1) Es pot seguir contractant amb l'única persona que té com ofici fuster sent el pare de l'Alcalde i sent que ha treballat per l'Ajuntament des de fa moltíssims anys i amb diversos govems i diferents partits al govern? O la prohibició de contractar és absoluta?

2) En cas de que no siga la prohibició absoluta però puguera haver-hi conflicte d'interessos, es podria fer un contracte de manteniment o un contracte marc aprovat pel Plenari i amb la inhibició i abstenció de l'Alcalde?

Quarta: Respecte de la tercera de les situacions.

1) Si el germà de l'anterior Alcalde, sent aquest Alcalde qui va contractar l'empresa, té una participació del igual o superior al 10% en l'empresa contractada per elaborar nòmines, TC, etc., es veu afectada per la modificació de l'article 60 mitjançant la disposició final 9.1 de la Llei 40/2015, de 1 d'octubre, que va entrar en vigor en data 22 d'octubre de 2015? Hi hauria conflicte d'interessos? Seria causa de resolució del contracte?

2) Si el germà de l'anterior Alcalde té una relació d'associat, mitjançant un contracte mercantil o d'agència, amb l'empresa que elabora nòmines, TC, etc., es veu afectada per la modificació de l'article 60 mitjançant la disposició final 9.1 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, que va entrar en vigor en data 22 d'octubre de 2015? Hi hauria conflicte d'interessos? Seria causa de resolució del contracte?

Pel que s'ha exposat,

SOL-LICITE.: Que havent-se presentat el present escrit davant la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, s'admeta a tràmit, i previs els tràmits legals oportuns, s'emeta informe sobre les qüestions sotmeses a consulta.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

La consulta formulada por el Ayuntamiento de Orba y objeto del presente informe facultativo tiene especial interés por las consecuencias originadas por la modificación del artículo 60 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP) efectuada por la disposición adicional novena de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, cuyo apartado uno da nueva redacción a dicho precepto de forma que, entre otras consecuencias, extiende la prohibición de contratar con una Administración pública a los cónyuges y familiares de sus cargos electivos 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*. Y como en la redacción anterior, dicha prohibición se extiende también a las personas jurídicas en las que dichos familiares tengan la condición de administradores o presten servicios de dirección.

En principio, respecto de la primera cuestión sometida a consulta, en opinión de esta Junta parece evidente que, independientemente de si la relación de parentesco es conyugal, análoga a ésta o de otro tipo, la existencia de un conflicto de intereses con quien ejerza facultades del órgano de contratación es un requisito, una condición necesaria para que un familiar *hasta* el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un cargo electivo –en este caso de un concejal o del alcalde-- se encuentre incurso en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.1.g del TRLCSP. *A contrario sensu*, debe entenderse también que si no se da ese conflicto de intereses con quien ejerza facultades del órgano de contratación tampoco se dará el motivo de prohibición de contratar citado.

La cuestión así planteada se centra, pues, en determinar si, en los casos sometidos a consulta por el Ayuntamiento de Orba, ese conflicto de intereses al que se refiere el precepto se produciría simplemente por la existencia de la relación de afinidad o consanguinidad entre un licitador y cualquier cargo electivo o concejal del Ayuntamiento, o solamente se produciría si la relación de afinidad o consanguinidad se da con el alcalde o los concejales o cargos que intervengan en la contratación, o si, por el contrario, en cualquier caso de los anteriores, además del parentesco o afinidad, es necesaria la concurrencia de alguna otra circunstancia para que pueda estimarse que dicho conflicto se produce.

Una consideración razonable lleva a reconocer que, efectivamente, no todos los cargos electos de una corporación local se encuentran en una misma situación relativa a las competencias y atribuciones en



materia de contratación. La disposición adicional segunda del TRLCSP establece las normas específicas de contratación de las entidades locales y, entre otras cosas, atribuye a los Alcaldes las competencias como órgano de contratación de los contratos típicos comprendidos en el ámbito de dicha Ley cuando el importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni la cuantía de seis millones de euros, o de tres millones de euros cuando se trate de contratos sujetos a la legislación patrimonial. En los restantes contratos la competencia la ejercerá el Pleno de la Corporación, salvo en los municipios de gran población donde podrá ejercer la Junta de Gobierno Local todas la competencias de contratación. Es también potestativo de cualquier corporación local la constitución de una Junta de Contratación, a la que entre otros pueden pertenecer cargos electos, que actuará como órgano de contratación en contratos de obras de reparación simple, de conservación y de mantenimiento, así como contratos de determinados suministros y de servicios con límites establecidos por el pleno de la corporación y hasta máximos análogos a los de la competencia del Alcalde.

En consecuencia, derivada de esa diferente situación competencial en la que se pueden encontrar los cargos electos de la corporación local en relación con las facultades del órgano de contratación, se desprende que no podrá tener la misma consideración la participación de personas familiares del alcalde o de un concejal con competencias en el procedimiento de contratación en el que aquellos pretendan participar, que la de familiares de un concejal sin competencia alguna en tales procedimientos de contratación.

Las cuestiones planteadas en la consulta del Ayuntamiento de Orba ya han sido parcialmente examinadas por esta Junta en sus informes 5/2007, de 24 de enero de 2008, e Informe 3/2016, de 26 de abril, al analizar sendas consultas que guardaban similitud con alguna de las situaciones planteadas en esta ocasión. En el segundo de dichos informes ya se encontraba vigente la actual redacción del artículo 60.1.g y, en relación con los conflictos de intereses, la Junta se pronunció por adoptar, en el supuesto de los cargos electos de las corporaciones locales y en ausencia de una norma expresa, un criterio de analogía con lo dispuesto para otros cargos electos:

“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.”

Por tanto, según dicho precepto de la Ley 3/2015 y a los efectos que aquí más interesan, se producirá en todo caso conflicto de intereses cuando quien ostenta un cargo en una Administración tenga que adoptar una decisión que, al hacerlo, pueda afectar a intereses propios o de familiares en los que se den las relaciones de parentesco o afinidad señaladas. Y de acuerdo con el criterio de analogía adoptado por esta Junta en el informe citado, en el caso del Ayuntamiento de Orba, este supuesto se corresponde claramente con la situación segunda de las descritas en el escrito de la consulta y con cualquier otra en la que concurran a una contratación familiares del alcalde hasta los indicados grados de consanguinidad o afinidad, al menos siempre que el alcalde pueda intervenir en el procedimiento de contratación de que se trate, bien como órgano de contratación o bien como presidente o miembro del pleno de la corporación, de la junta de gobierno o de la junta de contratación, cuando sean estos órganos colegiados los que ejerzan las facultades de contratación. En cualquiera de estos supuestos, su decisión o su participación en la toma de la decisión colegiada afecta a intereses personales derivados de su parentesco con personas que concurren al procedimiento de contratación y, en consecuencia, debe entenderse que estas personas, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad con el alcalde, se encontrarían incursos en la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.g., incluso en el supuesto de que siendo el alcalde el órgano competente para la contratación hubiere delegado dicha competencia en otro concejal u órgano, ya que las resoluciones que se adopten



se consideran dictadas por él mismo como órgano delegante y su capacidad de influir en la decisión no desaparece.

En cambio, en el supuesto anterior, si la relación de parentesco con el alcalde es de tercer o cuarto grado de consanguinidad, los familiares no estarán incurso en la citada causa de prohibición de contratar aunque también debe considerarse que se produciría un conflicto de intereses que, como veremos más adelante, requeriría al menos alguna solución que garantice la transparencia del procedimiento y la igualdad de trato a cualquier candidato interesado en la contratación. Téngase en cuenta que el alcalde es la máxima autoridad del Ayuntamiento y ostenta una posición jerárquica superior ante todo el personal que puede o tiene que participar en cualquier procedimiento de contratación.

Situación ligeramente diferente es la que puede darse en el caso de los familiares o afines de los concejales. En principio, los familiares de un concejal con la relación de parentesco indicada en el artículo 60.1.g del TRLCSP, sólo se encontrarían incurso en la misma causa de prohibición de contratar que los del alcalde cuando dicho concejal actuase como órgano de contratación o participase en la toma de decisiones relativas a la contratación en el procedimiento al que tales familiares concurriesen. Por el contrario, los familiares de cualquier concejal que no ejerza facultades en materia de contratación y que no participe en el procedimiento al que estos se presenten no tendrían por qué incurrir en la causa de prohibición de contratar del tantas veces repetido precepto 60.1.g de la Ley. Esta es, por ejemplo, la situación que se deduce de la primera de las situaciones descritas en la consulta del Ayuntamiento si la concejal a la que se refiere se abstiene de toda intervención o participación en el procedimiento de contratación que en ella se describe.

No obstante, análogamente a lo que sucedía en el caso analizado en el Informe 3/2016 de esta Junta, en esta ocasión también es necesario advertir que aunque no incurrir en la causa la prohibición de contratar establecida en el artículo 60.1.g del TRLCSP es una condición necesaria para que un familiar de un cargo electo de una Administración pueda participar en una contratación de esa misma Administración, también sucede que el cumplimiento de dicha condición no significa que no continúe existiendo un conflicto de intereses para el cual los órganos competentes deban al menos adoptar una solución que garantice los principios de publicidad, transparencia e igualdad de trato de todos los candidatos.

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:

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.

Sin perjuicio de las disposiciones que en su caso desarrollen el precepto anterior, tal definición del alcance mínimo del concepto de conflicto de intereses en los procedimientos de contratación debe considerarse en vigor por el efecto directo de determinaciones de la Directiva como ésta al término del plazo para su transposición al ordenamiento jurídico de los Estados miembros de la UE. Por su parte, en el caso español, el borrador de 17 de abril de 2015 del anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público, que fue sometido a información pública y se encuentra actualmente pendiente de tramitación, vincula o relaciona conflicto de intereses y corrupción y reproduce la definición de conflicto de intereses en términos análogos a la Directiva estableciendo 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”

Como puede deducirse, en situaciones como la primera y tercera descritas en la consulta del Ayuntamiento de Orba, lo dispuesto en la Directiva implica la obligación de *prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo* los conflictos de intereses que se darán con toda persona al servicio de la corporación y con cualquier concejal de ésta que, sin ser el órgano de contratación o ejercer como tal en sustitución de éste, ni participar en el procedimiento de contratación, *pueda influir* en el resultado del mismo y pudiera parecer que su imparcialidad o independencia se encuentran comprometidas al concurrir un familiar como licitador o candidato al contrato objeto de dicho procedimiento. Aunque dicho familiar no esté directamente incurso en la causa de prohibición de contratar del artículo 60.1.g del TRLCSP, ni por supuesto en ninguna otra, quien ejerza las facultades del órgano de contratación debería, no obstante y de acuerdo con lo establecido en la Directiva, determinar qué medidas preventivas o ejecutivas deben adoptarse para solucionar efectivamente el conflicto de interés existente por su concurrencia o candidatura al contrato.

En la situación anterior, la abstención de intervenir en el procedimiento por parte del concejal o persona afectada contribuiría sin duda a facilitar la solución al conflicto de intereses descrito e incluso puede decirse que, en su caso, debería abstenerse por constituir su parentesco con un candidato al contrato uno de los motivos que le obligan a hacerlo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Pero sin perjuicio de ello, tal circunstancia obliga también a quien ejerza las facultades del órgano de contratación a prevenir y solucionar los posibles conflictos de intereses adoptando aquellas medidas que considere más adecuadas para asegurar la publicidad y transparencia del procedimiento, la igualdad de trato y la no discriminación de los candidatos, así como cualquier otra que facilite la concurrencia de suficientes ofertas para poder seleccionar entre ellas la que resulte económicamente más ventajosa.

Prohibición de contratar y conflicto de intereses en el caso de una persona jurídica

Por último, plantea también el Ayuntamiento, en relación con la tercera de las situaciones descritas en su consulta, no sólo si puede haber conflicto de intereses sino también si habría causa de resolución del contrato en el caso del contrato suscrito con una empresa en la que un familiar (hermano) de un concejal tiene, o bien una participación igual o superior al 10% en la empresa, o bien una relación de “asociado mediante un contrato mercantil o de agencia”, teniendo en cuenta que dicha empresa fue contratada por el Ayuntamiento antes de la entrada en vigor de la actual redacción del artículo 60.1.g del TRLCSP y siendo entonces alcalde dicho concejal.

Respecto a la cuestión de si en los casos anteriores podría haber una causa de resolución del contrato sobrevenida como consecuencia de la entrada en vigor del repetido precepto, hay que señalar, por una parte, que el supuesto descrito no se encuentra entre ninguno de los contemplados en el artículo 223 del TRLCSP, donde se establecen las posibles causas de resolución del contrato, y, por otra, que tal modificación legal no puede tener efectos retroactivos sobre los contratos adjudicados y formalizados con anterioridad a su entrada en vigor, pues de conformidad con el artículo 9.3 de la Constitución Española se garantiza la irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales.

Por lo que se refiere al supuesto en el que el familiar tuviera un contrato mercantil o de agencia con la persona jurídica, puede decirse que de tal relación jurídica no se deduce necesariamente que, en la actualidad, se derivara prohibición de contratar con la empresa a la que se refiere la consulta y por el motivo que se apunta. El artículo 60.1.g del TRLCSP sólo establece directamente la prohibición de contratar con las personas jurídicas en las que el cargo o sus familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad tuvieran la condición de administradores, lo cual sólo podría decirse de quien actúa merced a un contrato mercantil de servicios o de agencia en el supuesto de que dicho contrato tuviera por objeto precisamente el ejercicio de funciones de dirección o administración propias de tales cargos, en cuyo caso sí que podría darse una situación de prohibición de contratar con la persona jurídica y, en todo caso, se daría un conflicto de intereses en el supuesto de que el concejal o cargo participe en el procedimiento de contratación o pueda influir en la decisión que se adopte aunque no ejerza facultades el órgano de contratación.

Una consideración diferente ha de hacerse ante el supuesto de participación del cargo electo o de sus familiares en el capital de la persona jurídica. El artículo 60.1.g del TRLCSP establece que la prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, *en los términos y cuantías establecidas en la legislación* que se cita en el mismo precepto, el personal y los altos cargos de las Administraciones Públicas, así como los cargos electos al servicio de las mismas y, en ambos casos, los cónyuges, las personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, los ascendientes y descendientes, así como los parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad. Sin embargo, en el caso de los concejales y miembros electos de las corporaciones locales, la legislación citada en dicho precepto no establece expresamente ningún umbral o cuantía de participación en el capital social a partir del cual se originaría tal prohibición o incompatibilidad para contratar con la persona jurídica de que se trate. El artículo 178 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General, respecto de alcaldes y concejales, sólo hace referencia a su incompatibilidad para ser contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes. De conformidad con una interpretación literal del precepto, podría entenderse que las personas jurídicas en cuyo capital participen cargos electos loca-



les, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes de aquéllos, sea cual sea esa participación, no pueden participar en contrataciones financiadas o adjudicadas por su respectiva corporación.

En cambio, frente a una interpretación literal de los referidos preceptos, la cuestión de si, por analogía con la Administración General del Estado, se encontraría incurso en causa de prohibición de contratar con el Ayuntamiento una persona jurídica en la que un concejal, o por extensión un familiar del mismo hasta el grado indicado, posea el 10% o más de su capital social, ha sido abordada en más de una ocasión por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado (JCCA) y por otros órganos consultivos desde la promulgación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), cuyo artículo 49.1.f, en lo que se refería a la participación en la persona jurídica sobre la que recae la prohibición de contratar, ya tenía la redacción vigente en la actualidad.

En su Informe 37/2009, de 1 de febrero de 2010, la JCCA se pronunció en los términos siguientes:

“(...) para entender que las limitaciones derivadas de esta última norma [la ley 5/2006, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado] son aplicables a los cargos que indica la consulta, será preciso que al menos una de las dos normas lo establezca de forma indubitada. No hay que olvidar que el carácter restrictivo de derechos que tienen ambas disposiciones y por tanto la vigencia respecto de ellas, del principio general que exige que una interpretación no extensiva de las normas que restringen derechos individuales.

Sentado lo anterior, indicaremos que el artículo 49.1 f) [de la LCSP] no da base para considerar que es su intención aplicar indiscriminadamente todas las limitaciones que derivan de las tres leyes que cita (Ley 53/1984, Ley 5/1985 y Ley 5/2006) a todos los posibles licitadores y contratistas (...)

(...) resulta evidente, que no permite la Ley 5/2006, de 10 de abril, dar a sus normas una extensión que la lleve a aplicarse a puestos o cargos no contemplados en la misma, y, por consiguiente, no es obstáculo para que los Ayuntamientos puedan contratar con personas jurídicas en las que la participación de concejales, miembros no electos de la Junta de gobierno Local, cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes sea superior al 10%, siempre claro está que no concurra ninguna otra causa de incompatibilidad prevista en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones públicas o en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en ellas o en el artículo 49.1 f) de la Ley de Contratos del Sector Público.”

Sin embargo, unos meses más tarde, en el Informe 6/10, de 23 de julio de 2010, la JCCA se manifestaba de forma diferente en el sentido de considerar que sí incurría en prohibición de contratar con un Ayuntamiento una persona jurídica en la que participara un cargo electo del mismo y, además, concluía que debía considerarse por analogía el porcentaje del 10% como el umbral a partir del cual se incurría en dicha prohibición. En este Informe la JCCA manifestaba, entre otras, las consideraciones siguientes:

“(…) la Ley Orgánica de Régimen Electoral General a que se refiere el artículo 49.1 antes mencionado, en su letra f) no contiene más que una referencia a la incompatibilidad de los cargos electos para ser “contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes” (artículo 178.2 d) de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General), circunstancia ésta que por mor de lo dispuesto en el artículo 49.1, f) de la Ley de Contratos del Sector Público se extiende también a las personas jurídicas en cuyo capital participe.

De conformidad con ello, las personas jurídicas de cualquier naturaleza en cuyo capital participen cargos electos municipales, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes de aquéllos, no pueden contratar con las corporaciones locales de las que forman parte ni, por ende, participar en las licitaciones convocadas para la adjudicación de los contratos financiados por ellas.”

Y respecto al porcentaje de participación a partir del cual se originaba dicha prohibición de contratar, la JCCA, después de analizar diferentes opciones, concluía en los términos siguientes:

“Para que la participación de los cargos electos de las entidades locales en el capital de las personas jurídicas que contraten con aquéllas de las que forman parte sea relevante a la hora de determinar la prohibición de contratar prevista en el artículo 49.1 letra f) de la Ley de Contratos del Sector Público será preciso que supere el límite establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y de los Altos cargos del Gobierno de la Nación”.

En términos análogos respecto de esta cuestión, el Informe 24/2011, de 12 de septiembre de 2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, concluyó que *“la participación en el capital social de las personas jurídicas, solo será relevante a efectos de determinar la*



prohibición de contratar prevista en el artículo 49.1 f) LCSP, si supera el 10% de las participaciones de la entidad”.

Y en el mismo sentido se pronunció la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya en su Informe 13/2012, de 30 de noviembre:

“La prohibición de contratar por incompatibilidad del artículo 60.1.f del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, concurre en el caso de una empresa en el capital de la cual participa, con un porcentaje superior al diez por ciento, un cargo electivo, su cónyuge, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva o descendientes, cuándo en relación con estos últimos posea la representación legal, respecto de los contratos de la corporación local de la cual forma parte el cargo electivo (...)”

CONCLUSIONES

- 1.** 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.
- 2.** 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.
- 3.** 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.

4. 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.

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)

LA SECRETARIA

Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA en fecha 22 de julio
2016.

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA