

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 JULIOL DE 2016. PROHIBICIÓ DE CONTRACTAR DE L'ARTICLE 60.1 g) DEL TEXT REFÓS DE LA LLEI DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC. DIVERSOS SUPÒSITS

ANTECEDENTS

Amb data 9 de maig de 2016 va entrar en la Junta Superior de Contractació Administrativa la sol·licitud de l'informe de l'Ajuntament d'Orba, per mitjà del qual es formula la consulta que, literalment, diu:

"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 és 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·licita l'informe respecte de la interpretació de l'article 60.1 apartat g) del Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, en les qüestions que s'exposen a continuació (d'ara endavant TRLCSP).

PROHIBICIÓ DE CONTRACTAR

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

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

g) Estar incursa la persona física o els administradors de la persona jurídica en algun dels supòsits de la Llei 5/2006, de 10 d'abril, de Regulació de les Conflictes d'Interessos dels Membres del Govern i dels Alts Càrrecs de l'Administració General de l'Estat o les respectives normes de les comunitats autònomes, de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'Incompatibilitats del Personal al Servei de les Administracions Públiques o tractar-se de qualsevol dels càrrecs electius regulats en la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim Electoral General, en els termes establits en aquesta.

La prohibició, inclourà les persones jurídiques en el capital de què participen, en els termes i les quanties establides en la legislació esmentada, el personal i els alts càrrecs a què fa referència el paràgraf anterior, així com els càrrecs electes al servei d'aquestes.

La prohibició s'estén igualment, en ambdós casos, als cònjuges, persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva, ascendents i descendents, així com parents en segon grau per consanguinitat o afinitat de les persones a què fan referència els paràgrafs anteriors, 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 substitució del primer.

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

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

a) D'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 els titulars dels òrgans amb qui hagueren delegat la facultat de contractar o amb els qui 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 d'aquest 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'hi 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. L'exigència, a més a més, d'un conflicte d'interessos seria respecte els parents de segon grau per consanguinitat o afinitat.

Aquestes interpretacions tenen com a origen una interpretació mes o menys extensiva o restrictiva.

SITUACIONS QUE HI PODEN HAVER EN CAS 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 és necessari la contractació d'un arquitecte expert en urbanisme, i, si és possible, que tinga coneixement de la realitat del poble, perquè assessore i redacte el projecte de modificació de les normes subsidiàries esmentades. 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 exposa la disposició addicional segona del TRLCSP. No obstant això, com el tema afecta les normes subsidiàries i a planejament urbanístic, per donar major transparència al procés de contractació d'un arquitecte, se 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 quatre arquitectes que tenen despatx o estan vinculats amb el poble. Només un d'aquest 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 seriosos dubtes al respecte.

SEGON. Ascendents

Al poble d'Orba només hi ha una 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 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, 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 és per a parents de segon grau per consanguinitat o afinitat?



Segona. Respecte de la primera de les situacions

- 1) Es pot contractar pel Plenari una persona vinculada amb anàloga relació de convivència amb una regidora? Si pot haver-hi conflicte d'interessos, és suficient 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 l'única persona que té com a ofici fuster sent el pare de l'alcalde i sent que ha treballat per l'Ajuntament des de fa moltíssims anys i amb diversos governs i diferents partits al govern? O la prohibició de contractar és absoluta?
- 2) En cas que no siga la prohibició absoluta però poguera 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 va ser qui va contractar l'empresa, té una participació d'igual o superior al 10% en l'empresa contractada per elaborar nòmines, TC, etc., està afectat 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 el 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., està afectat 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 el 22 d'octubre de 2015? Hi hauria conflicte d'interessos? Seria causa de resolució del contracte?

Per tant, s'ha exposat,

SOL·LICITE: que, una vegada presentat aquest escrit davant la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, s'admeta a tràmit, i amb els tràmits legals oportuns previs, s'emeta un informe sobre les qüestions sotmeses a consulta.

CONSIDERACIONES JURÍDIQUES

La consulta formulada per l'Ajuntament d'Orba i objecte del present informe facultatiu té especial interès per les conseqüències originades per la modificació de l'article 60 del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic (d'ara endavant TRLCSP) efectuada per la disposició addicional novena de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic, l'apartat un de la qual dona una nova redacció a aquest precepte de manera que, entre altres conseqüències, estén la prohibició de contractar amb una administració pública els cònjuges i familiars dels seus càrrecs electius 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'haguera delegat la facultat per a contractar o els que exercisquen la substitució del primer. I com en la redacció anterior, aquesta prohibició s'estén també a les persones jurídiques en què aquests familiars tinguen la condició d'administradors o presten serveis de direcció.

En principi, respecte de la primera qüestió sotmesa a consulta, segons l'opinió d'aquesta Junta sembla evident que, independentment que si la relació de parentiu és conjugal, anàloga a aquesta o d'un altre tipus, l'existència d'un conflicte d'interessos amb qui exercisca facultats de l'òrgan de contractació és un requisit, una condició necessària perquè un familiar fins al segon grau de consanguinitat o afinitat d'un càrrec electiu -en aquest cas d'un regidor o de l'alcalde- estiga sotmés en la causa de prohibició de contractar establida en l'article 60.1.g del TRLCSP. A *contrario sensu*, s'ha d'entendre també que si no es dona aquest conflicte d'interessos amb qui exercisca facultats de l'òrgan de contractació tampoc es donarà el motiu mencionat de prohibició de contractar.

La qüestió així plantejada se centra, per tant, a determinar si, en els casos sotmesos a consulta per l'Ajuntament d'Orba, aquest conflicte d'interessos a què fa referència el precepte es produiria simplement per l'existència de la relació d'afinitat o consanguinitat entre un licitador i qualsevol càrrec electiu o regidor de l'Ajuntament, o només es produiria si la relació d'afinitat o consanguinitat es dona amb l'alcalde o els regidors o càrrecs que intervinguen en la contractació, o si, al contrari, en qualsevol cas dels anteriors, a més del parentiu o afinitat, és necessària la concurrència d'alguna altra circumstància perquè es puga estimar que aquest conflicte s'hi produeix.



Una consideració raonable porta a reconèixer que, efectivament, no tots els càrrecs electes d'una corporació local estan en una mateixa situació relativa a les competències i atribucions en matèria de contractació. La disposició addicional segona del TRLCSP estableix les normes específiques de contractació de les entitats locals i, entre altres coses, atribueix als alcaldes les competències com a òrgan de contractació dels contractes típics compresos en l'àmbit d'aquesta llei quan l'import no supere el 10 per 100 dels recursos ordinaris del pressupost ni la quantia de sis milions d'euros, o de tres milions d'euros quan es tracte de contractes subjectes a la legislació patrimonial. En la resta de contractes el Ple de la corporació n'exercirà la competència, excepte en els municipis de gran població on podrà exercir la Junta de Govern Local totes la competències de contractació. És també potestatiu de qualsevol corporació local la constitució d'una Junta de Contractació, a la qual, entre d'altres, poden pertànyer càrrecs electes, que actuarà com a òrgan de contractació en contractes d'obres de reparació simple, de conservació i de manteniment, així com contractes de determinats subministraments i de serveis amb límits establits pel Ple de la corporació i fins a màxims anàlegs als de la competència de l'alcalde.

En conseqüència, derivada d'aquesta diferent situació competencial en què es poden trobar els càrrecs electes de la corporació local en relació amb les facultats de l'òrgan de contractació, es desprén que no podrà tindre la mateixa consideració la participació de persones familiars de l'alcalde o d'un regidor amb competències en el procediment de contractació en què aquells pretenguen participar, que la de familiars d'un regidor sense cap competència en aquests procediments de contractació.

Les qüestions plantejades en la consulta de l'Ajuntament d'Orba ja han sigut parcialment examinades per aquesta Junta en els informes 5/2007, de 24 de gener del 2008, i informe 3/2016, de 26 d'abril, en analitzar sengles consultes que tenen similitud amb alguna de les situacions plantejades en aquesta ocasió. En el segon d'aquests informes ja estava vigent l'actual redacció de l'article 60.1.g i, en relació amb els conflictes d'interessos, la Junta es va pronunciar per adoptar, en el supòsit dels càrrecs electes de les corporacions locals i en absència d'una norma expressa, un criteri d'analogia amb allò que s'ha disposat per a altres càrrecs electes:

"A diferència de l'Administració General de l'Estat, on 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 aquesta 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 constituir dret supletori o no en el cas de les corporacions locals, s'ha d'acceptar 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 s'haurà d'aplicar analògicament a tots aquests la mateixa doctrina i requisits per a determinar quan es dona la situació de conflicte d'interessos a què es referix el precepte mencionat.

Per a això, resulta il·lustratiu el que estableix la Llei 3/2015 quan determina les circumstàncies que donen lloc a l'existència d'aquest conflicte d'interessos que causa la prohibició de contractar amb qui hi està sotmés. D'acord amb el que preveu l'article 11, s'entén que un alt càrrec està sotmés en conflicte d'interessos quan la decisió que ha 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 d'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, segons aquest precepte de la Llei 3/2015 i als efectes que ací més interessen, es produirà, en qualsevol cas, conflicte d'interessos quan qui exerceix un càrrec en una administració hagi d'adoptar una decisió que, en fer-ho, pugui afectar els interessos propis o de familiars en què es donen les relacions de parentiu o afinitat assenyalades. I d'acord amb el criteri d'analogia adoptat per aquesta Junta en l'informe esmentat, en el cas de l'Ajuntament d'Orba, aquest supòsit correspon clarament a la situació segona de les descrites en l'escrit de la consulta i amb qualsevol altra en què concórreguen a una contractació familiar de l'alcalde fins als indicats graus de consanguinitat o afinitat, almenys sempre que l'alcalde pugui intervenir en el procediment de contractació de què es tracte, bé com a òrgan de contractació o bé com a president o membre del Ple de la corporació, de la Junta de Govern o de la Junta de Contractació, quan siguin aquests òrgans col·legiats els que exercisquen les facultats de contractació. En qualsevol d'aquests supòsits, la seua decisió o la seua participació en la presa de la decisió col·legiada afecta els interessos personals derivats del seu parentiu amb persones que concorren al procediment de contractació i, en conseqüència, s'ha d'entendre que aquestes persones, fins al segon grau de consanguinitat o afinitat amb l'alcalde, estarien sotmeses en la causa de prohibició de contractar prevista en l'article 60.1.g., fins i tot en el cas que, sent l'alcalde l'òrgan competent per a la contractació, haguera delegat aquesta competència en un altre regidor o òrgan, ja que les resolucions que s'adopten es consideren dictades per aquest mateix com a òrgan delegatori i la seua capacitat d'influir en la decisió no desapareix.



En canvi, en el supòsit anterior, si la relació de parentiu amb l'alcalde és de tercer o quart grau de consanguinitat, els familiars no estaran sotmesos en la causa mencionada de prohibició de contractar, encara que també s'ha de considerar que es produiria un conflicte d'interessos que, com veurem més avant, requeriria, almenys, alguna solució que garantisca la transparència del procediment i la igualtat de tracte a qualsevol candidat interessat en la contractació. Cal tindre en compte que l'alcalde és la màxima autoritat de l'Ajuntament i té una posició jeràrquica superior a tot el personal que pot participar o ha de participar en qualsevol procediment de contractació.

Situació lleugerament diferent és la que es pot donar en el cas dels familiars o afins dels regidors. En principi, els familiars d'un regidor amb la relació de parentiu indicada en l'article 60.1.g del TRLCSP, només estarien sotmesos en la mateixa causa de prohibició de contractar que els de l'alcalde quan el regidor esmentat actuara com a òrgan de contractació o participara en la presa de decisions relatives a la contractació en el procediment a què aquests familiars concorregueren. Al contrari, els familiars de qualsevol regidor que no exercisca facultats en matèria de contractació i que no participe en el procediment a què aquests es presenten no tindrien per què incórrer en la causa de prohibició de contractar de tantes vegades repetit precepte 60.1.g de la llei. Aquesta és, per exemple, la situació que es dedueix de la primera de les situacions descrites en la consulta de l'Ajuntament si el regidor al qual es fa referència s'absté de tota intervenció o participació en el procediment de contractació que s'hi descriu.

No obstant això, anàlogament al que succeïa en el cas analitzat en l'informe 3/2016 d'aquesta Junta, en aquesta ocasió també és necessari advertir que, encara que no s'incórrega en la causa la prohibició de contractar establida en l'article 60.1.g del TRLCSP, és una condició necessària perquè un familiar d'un càrrec electe d'una administració pugui participar en una contractació d'aquesta mateixa administració, també succeeix que el compliment de la condició mencionada no significa que no continue havent-hi un conflicte d'interessos per al qual els òrgans competents hagen d'adoptar, almenys, una solució que garantisca els principis de publicitat, transparència i igualtat de tracte de tots els candidats.

La Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer del 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:

Els estats membres vetlaran perquè els poders adjudicadors prenguen les mesures adequades per a previndre, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interessos que puguin sorgir en els

procediments 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 serveis de contractació que actue en nom del poder adjudicador, que participen en el desenvolupament del procediment de contractació o poden influir en el resultat d'aquest procediment tinguen, directament o indirectament, un interès financer, econòmic o personal que poguera semblar que compromet la seua imparcialitat i independència en el context del procediment de contractació.

Sense perjudi de les disposicions que, si és el cas, desenvolupen el precepte anterior, aquesta definició de l'abast mínim del concepte de conflicte d'interessos en els procediments de contractació s'ha de considerar en vigor per l'efecte directe de determinacions de la directiva com aquesta a l'acabament del termini per a la transposició a l'ordenament jurídic dels estats membres de la UE. Per la seua banda, en el cas espanyol, l'esborrany de 17 d'abril de 2015, de l'avantprojecte de la Llei de Contractes del Sector Públic, que va ser sotmés a informació pública i està actualment pendent de tramitació, vincula o relaciona conflicte d'interessos i corrupció i reproduceix la definició de conflicte d'interessos en termes anàlegs a la directiva i s'estableix 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 manera efectiva els conflictes d'interessos que poden 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. A aquests efectes el concepte de conflicte d'interessos comprendrà, almenys, qualsevol situació en què el personal al servei de l'òrgan de contractació, que, a més, participe en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir en el resultat, tinga, directament o indirectament, un interès financer, econòmic o personal que poguera semblar que compromet la seua imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació".*



Com pot deduir-se, en situacions com la primera i tercera descrites en la consulta de l'Ajuntament d'Orba, el que disposa la directiva implica l'obligació de previndre, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interessos que es donaran amb tota persona al servei de la corporació i amb qualsevol regidor d'aquesta que, sense ser l'òrgan de contractació o exercir com a tal en substitució d'aquest, ni participar en el procediment de contractació, pugui influir-ne en el resultat i poguera semblar que la seua imparcialitat o independència estiguen compromeses en concórrer un familiar com a licitador o candidat al contracte objecte d'aquest procediment. Encara que aquest familiar no estiga directament sotmés en la causa de prohibició de contractar de l'article 60.1.g del TRLCSP, ni per descomptat en cap altra, qui exercisca les facultats de l'òrgan de contractació hauria de determinar, no obstant això i d'acord amb el que estableix la directiva, quines mesures preventives o executives s'han d'adoptar per a solucionar efectivament el conflicte d'interés existent per la seua concurrència o candidatura al contracte.

En la situació anterior, l'abstenció d'intervindre en el procediment per part del regidor o persona afectada contribuiria, sens dubte, a facilitar la solució al conflicte d'interessos descrit i, fins i tot, es pot dir que, si és el cas, s'hauria d'abstindre per constituir el seu parentiu amb un candidat al contracte un dels motius que l'obliguen a fer-ho d'acord amb el que disposa l'article 28.2 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de Règim Jurídic de les Administracions Públiques i del Procediment Administratiu Comú. Però sense perjudici d'això, aquesta circumstància obliga també a qui exercisca les facultats de l'òrgan de contractació a previndre i solucionar els possibles conflictes d'interessos, i adoptar aquelles mesures que considere més adequades per a assegurar la publicitat i transparència del procediment, la igualtat de tracte i la no-discriminació dels candidats, així com qualsevol altra que facilite la concurrència de suficients ofertes per a poder seleccionar entre aquestes la que siga econòmicament més avantatjosa.

Prohibició de contractar i conflicte d'interessos en el cas d'una persona jurídica

Finalment, planteja també l'Ajuntament, en relació amb la tercera de les situacions descrites en la seua consulta, no sols si pot haver-hi conflicte d'interessos sinó també si hi hauria causa de resolució del contracte en el cas del contracte subscrit amb una empresa en què un familiar (germà) d'un regidor té, o bé una participació igual o superior al 10% en l'empresa, o bé una relació d'associat mitjançant un contracte mercantil o d'agència, tenint en compte que aquesta empresa va ser contractada per l'Ajuntament abans de l'entrada en vigor de l'actual redacció de l'article 60.1.g del TRLCSP i en aquell moment era alcalde aquest regidor.

Respecte a la qüestió que si en els casos anteriors podria haver una causa de resolució del contracte sobrevinguda com a conseqüència de l'entrada en vigor del repetit precepte, cal assenyalar, d'una banda, que el supòsit descrit no es troba entre cap dels previstos en l'article 223 del TRLCSP, on s'estableixen les possibles causes de resolució del contracte, i, d'una altra, que aquesta modificació legal no pot tindre efectes retroactius sobre els contractes adjudicats i formalitzats amb anterioritat a la seua entrada en vigor, perquè de conformitat amb l'article 9.3 de la Constitució Espanyola es garanteix la irretroactivitat de les disposicions restrictives de drets individuals.

Pel que fa al supòsit en què el familiar tinguera un contracte mercantil o d'agència amb la persona jurídica, es pot dir que d'aquesta relació jurídica no es dedueix necessàriament que, en l'actualitat, es derivara prohibició de contractar amb l'empresa a què es referix la consulta i pel motiu que s'hi apunta. L'article 60.1.g del TRLCSP només estableix directament la prohibició de contractar amb les persones jurídiques en què el càrrec o els seus familiars fins al segon grau de consanguinitat o afinitat tingueren la condició d'administradors, la qual cosa només es podria dir d'aquell que actua gràcies a un contracte mercantil de serveis o d'agència en el cas que aquest contracte tinguera com a objecte precisament l'exercici de funcions de direcció o administració pròpies d'aquests càrrecs, i en este cas sí que podria donar-se una situació de prohibició de contractar amb la persona jurídica i, en qualsevol cas, es donaria un conflicte d'interessos en el cas que el regidor o càrrec participe en el procediment de contractació o puga influir en la decisió que s'hi adopte encara que no exercisca facultats l'òrgan de contractació.

Una consideració diferent ha de fer-se davant del supòsit de participació del càrrec electe o dels seus familiars en el capital de la persona jurídica. L'article 60.1.g del TRLCSP estableix que la prohibició de contractar inclourà les persones jurídiques en el capital de les quals participen, en els termes i les quanties establides en la legislació que se cita en el mateix precepte, el personal i els alts càrrecs de les administracions públiques, així com els càrrecs electes al servei d'aquestes i, en ambdós casos, els cònjuges, les persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva, els ascendents i descendents, així com els parents en segon grau per consanguinitat o afinitat. No obstant això, en el cas dels regidors i membres electes de les corporacions locals, la legislació esmentada en el precepte mencionat no estableix expressament cap lílindar o quantia de participació en el capital social a partir del qual s'originaria aquesta prohibició o incompatibilitat per a contractar amb la persona jurídica de què es tracte. L'article 178 de la Llei Orgànica de Règim Electoral General, respecte d'alcaldes i regidors, només fa referència a la seua incompatibilitat per a ser contractistes o subcontractistes de contractes, el finançament total o parcial dels quals siga a càrrec de la corporació municipal o d'establiments d'aquesta dependents. De conformitat amb una interpretació literal del precepte, es podria entendre que les persones jurídiques en el capital de les



quals participen càrrecs electes locals, els seus cònjuges, persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva o descendents d'aquells, siga quina siga aquesta participació, no poden participar en contractacions finançades o adjudicades per la seua respectiva corporació.

En canvi, davant d'una interpretació literal dels referits preceptes, la qüestió que si, per analogia amb l'Administració General de l'Estat, estaria sotmesa en causa de prohibició de contractar amb l'Ajuntament una persona jurídica en què un regidor, o per extensió un familiar d'aquest fins al grau indicat, posseïska el 10% o més del seu capital social, ha sigut abordada en més d'una ocasió per la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Administració General de l'Estat (JCCA) i per altres òrgans consultius des de la promulgació de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de Contractes del Sector Públic (LCSP), l'article de la qual 49.1.f, en allò que fa referència a la participació en la persona jurídica sobre la qual recau la prohibició de contractar, ja tenia la redacció vigent en l'actualitat.

En l'informe 37/2009, d'1 de febrer de 2010, la JCCA es va pronunciar en els termes següents:

"(...) per a entendre que les limitacions derivades d'aquesta última norma [la Llei 5/2006, de Regulació dels Conflictes d'Interessos dels Membres del Govern i dels Alts Càrrecs de l'Administració General de l'Estat] són aplicables als càrrecs que indica la consulta, serà necessari que, almenys, una de les dues normes ho establisca de forma indubtable. No cal oblidar que el caràcter restrictiu de drets que tenen ambdues disposicions i, per tant, la vigència respecte d'aquestes, del principi general que exigeix que una interpretació no extensiva de les normes que restringeixen drets individuals.

Una vegada establert el que s'ha exposat anteriorment, indicarem que l'article 49.1 f) [de la LCSP] no dona base per a considerar que és la seua intenció aplicar, indiscriminadament totes les limitacions que deriven de les tres lleis que menciona (Llei 53/1984, Llei 5/1985 i Llei 5/2006), a tots els possibles licitadors i contractistes (...)

(...) és evident que la Llei 5/2006, de 10 d'abril, no permet donar a les seues normes una extensió que duga a aplicar-la a llocs o càrrecs no previstos en aquesta, i, per consegüent, no és obstacle perquè els ajuntaments puguin contractar amb persones jurídiques en què la participació de regidors, membres no electes de la Junta de Govern Local, cònjuges, persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva i descendents siga superior al 10%, sempre, clar està, que no concórrega cap altra causa d'incompatibilitat prevista en la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques o en la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim Electoral General, en els termes establerts en aquestes o en l'article 49.1 f) de la Llei de Contractes del Sector Públic."

Tanmateix, uns mesos més tard, en l'informe 6/10, de 23 de juliol de 2010, la JCCA es manifestava de forma diferent en el sentit de considerar que sí que incorria en prohibició de contractar amb un ajuntament una persona jurídica en què participara un càrrec electe d'aquest i, a més, conclouia que s'havia de considerar per analogia el percentatge del 10% com el llindar a partir del qual s'incorria en aquesta prohibició. En aquest informe la JCCA manifestava, entre d'altres, les consideracions següents:

"(...) la Llei Orgànica de Règim Electoral General a què fa referència l'article 49.1 abans mencionat, en la lletra f) no conté més que una referència a la incompatibilitat dels càrrecs electes per a ser contractistes o subcontractistes de contractes, el finançament total o parcial dels quals siga a càrrec de la corporació municipal o d'establiments d'aquesta dependents (article 178.2 d) de la Llei Orgànica de Règim Electoral General), circumstància aquesta que per mor del que disposa l'article 49.1 f) de la Llei de Contractes del Sector Públic s'estén també a les persones jurídiques en el capital de les quals participe.

De conformitat amb això, les persones jurídiques de qualsevol naturalesa en el capital de les quals participen càrrecs electes municipals, els seus cònjuges, persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva o descendents d'aquells, no poden contractar amb les corporacions locals de què formen part ni, per tant, participar en les licitacions convocades per a l'adjudicació dels contractes finançats per aquestes."

I respecte al percentatge de participació a partir del qual s'originava aquesta prohibició de contractar, la JCCA, després d'analitzar diferents opcions, conclouia en els termes següents:

"Perquè la participació dels càrrecs electes de les entitats locals en el capital de les persones jurídiques que contracten amb aquelles de què formen part siga rellevant a l'hora de determinar la prohibició de contractar prevista en l'article 49.1 lletra f) de la Llei de Contractes del Sector Públic serà necessari que supere el límit establert per al personal al servei de les administracions públiques i dels alts càrrecs del govern de la nació".

En termes anàlegs respecte d'aquesta qüestió, l'informe 24/2011, de 12 de setembre de 2011, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, va concloure: "la participació en el capital social de les persones jurídiques només serà rellevant a l'efecte de determinar la prohibició de contractar prevista en l'article 49.1 f) LCSP si supera el 10% de les participacions de l'entitat".

I en el mateix sentit es va pronunciar la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya en l'informe 13/2012, de 30 de novembre:



"La prohibició de contractar per incompatibilitat de l'article 60.1.f del text refós de la Llei de Contractes del Sector Públic, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, concorre en el cas d'una empresa en el capital de la qual participa, amb un percentatge superior al deu per cent, un càrrec electiu, el seu cònjuge, persones vinculades amb anàloga relació de convivència afectiva o descendents, quan en relació amb aquests últims posseïska la representació legal, respecte dels contractes de la corporació local de la qual forma part el càrrec electiu (...)"

CONCLUSIONS

1. La prohibició de contractar amb l'Ajuntament derivada del que disposa en 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 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 substitució del primer. En conseqüència, aquesta prohibició de contractar afecta els familiars de l'alcalde, en qualsevol 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.
2. En els supòsits anteriors, tampoc es podrà contractar una persona jurídica en què la persona familiar del càrrec electe exerceix 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.
3. Tanmateix, 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 mentre aquestes no establisquen el supòsit específic dels càrrecs electes de les corporacions locals.

4. En qualsevol cas, la contractació per la incorporació d'una persona familiar d'un regidor, fins al grau de consanguinitat o afinitat indicat anteriorment, està 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 del 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, sempre que aquest regidor pugui influir en la decisió que s'hi adopte.

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 decisió, ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la decisió en aquest últim cas.

VIST I PLAU

EL PRESIDENT DE LA JUNTA

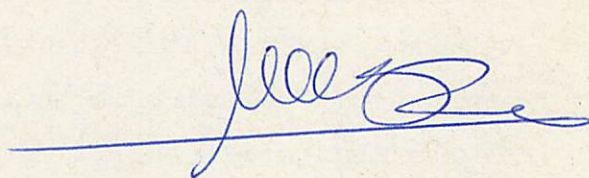
(Per substitució, art. 1.a) Ordre d'11 de juny de 2001, DOGV 17/07/2001)



Signature of Eva Martínez Ruiz, Vicepresidenta, over the official stamp of the Generalitat Valenciana, Conselleria d'Hisenda i Model Econòmic.

Eva Martínez Ruiz
VICEPRESIDENTA

LA SECRETÀRIA



Signature of Margarita Vento Torres, Secretaria.

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
amb data 22 de juliol de 2016