



DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Con fecha de de de 2015 y número de registro se recibió, remitido por el señor Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de una solicitud de informe en que se pregunta por la posibilidad de que hayan existido actuaciones delictivas en la adjudicación de un contrato durante el mandato de la anterior Alcaldesa. Accediendo a lo solicitado se procede a emitir el presente

INFORME

Con base en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

I.- La anterior Alcaldesa del Ayuntamiento de es copropietaria de una empresa de construcción, sin que conste que sea administradora de la misma ni el porcentaje de su participación.

II.- En la plantilla de la empresa figuran el marido y dos hijos de la anterior Alcaldesa.

III.- La empresa fue contratada por el Ayuntamiento, sin que se especifique el tipo de contrato ni el procedimiento de contratación indicando únicamente que no se llegó a "firmar ningún contrato formal".

A los que resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Son dos los aspectos a tratar respecto a la situación jurídica planteada en la solicitud de informe formulada por el Sr. Alcalde del Ayuntamiento de : primero, de necesaria resolución aunque no haya sido objeto de consulta, la relativa a la legalidad desde la perspectiva administrativa de la contratación apuntada y segundo, la relativa a la posible trascendencia penal de las conductas descritas.

Segundo.- Faltando información sobre la clasificación del contrato adjudicado a la empresa participada por la Alcaldesa, su categoría o el procedimiento de contratación seguido para su adjudicación, la única cuestión que surgiendo de los antecedentes aportados puede resolverse es la de si la empresa en cuestión estaba o no incurso en una prohibición de contratar con el Ayuntamiento.

A este respecto prevé el artículo 60.1.f) 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 adelante TRLCSP-:



DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

No podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias siguientes: (...) f) 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, 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 de cualquier Administración Pública, 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 y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.

Por tanto, la prohibición de contratar afecta no sólo a aquellas personas que se hallen incursas a título personal y directo en alguno de los supuestos previstos en el párrafo primero sino también a las personas jurídicas participadas por aquellas y a las personas físicas vinculadas por alguna de las relaciones previstas en el párrafo tercero.

Ahora bien, debe entenderse que no cualquier participación es suficiente para hacer operar la prohibición mencionada pues si no se exigiera una cierta relevancia de ésta podría llegarse a situaciones absurdas como que, por ejemplo, una empresa eléctrica cotizada en un mercado secundario de la cual un concejal haya adquirido una participación mínima no podría ser proveedora de electricidad del Ayuntamiento. A este respecto el artículo 6 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 disponía para el ámbito de aplicación subjetiva de la Ley - *miembros del Gobierno y de los altos cargos de la Administración General del Estado y de las entidades del sector público estatal* - que la incompatibilidad o conflicto de intereses surgirá cuando la participación alcance el diez por ciento o, siendo el capital social suscrito de la empresa superior a seiscientos mil euros, sea suficiente para condicionar de forma relevante la actuación de la entidad.

La doctrina administrativa –Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña 13/2012, de 30 de noviembre, de Aragón 24/2011, de 12 de septiembre y de la Central 6/2010, de 23 de julio- ha entendido que, faltando previsión expresa en los artículos 178 de la LOREG y 60.1.f) del TRLCSP sobre la proporción de interés que ha de tener el concejal en la persona jurídica que pretende contratar con el Ayuntamiento para que opere la prohibición, procede la aplicación analógica de los límites recogidos en el artículo 6 de la Ley 5/2006.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL

ASISTENCIA A MUNICIPIOS

Núm. R. E. L. 0245000

Debe tenerse en cuenta que esta Ley -5/2006- dejó de estar vigente el 20 de abril de 2015, siendo derogada y sustituido su régimen por la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado cuyo artículo 14 recoge un régimen casi idéntico, por lo que será de aplicación una u otra norma en función de cuándo se hayan producido los hechos descritos, dato que no se aporta en la solicitud.

Volviendo a si hay o no prohibición debe concluirse, con base en los razonamientos anteriores, que no bastará por tanto la existencia de vínculos entre la empresa licitadora –o adjudicataria- y uno de los concejales –Alcaldesa- del municipio, sino que estos deberán ser vínculos cualificados, con la entidad descrita en el artículo 6 de la Ley 5/2007, cuya concurrencia en este supuesto no puede determinarse, por no haber datos suficiente para ello en la información aportada.

Tercero.- Además de las prohibiciones para contratar que afectan a la empresa contratista, debe considerarse es si en el procedimiento de contratación se violó el deber de abstención recogido en el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, deber que afecta a la autoridad o empleado público que hubiera intervenido en el expediente de contratación.

Puesto que en la solicitud de informe se indica que no se conoce quién adjudicó en el contrato en cuestión, ni quién intervino en la tramitación del expediente de contratación y siendo las circunstancias previstas en el artículo 28 de la Ley 30/1992 de carácter personal –interés personal, parentesco, amistad...- no puede concluirse si tal deber existía en quien adjudicó el contrato.

Cuarto.- En cuanto a la relevancia penal de los hechos narrados debe hacerse una consideración previa: lo que en este informe se diga al respecto se refiere exclusivamente a consideraciones jurídicas que no implican en ningún caso el asumir como ciertos y probados los hechos relatados en la solicitud de informe.

Y entre esos hechos, los aportados por el solicitante, no se encuentran suficientes datos para poder emitir un pronunciamiento sobre si ha existido o no una conducta penalmente relevante pues, aunque se habla de la adjudicación de un contrato a una empresa que tiene vínculos con la entonces Alcaldesa del Ayuntamiento, no se aportan más datos, faltando fundamentalmente los de carácter subjetivo como, por ejemplo, quién adjudicó el contrato, las circunstancias en que se hizo, si conocía o no los vínculos de la empresa con la regidora, o si sabía que éstos podían ser constitutivos de una prohibición para contratar, por ejemplo. Faltando estas informaciones y siendo el nuestro un derecho penal en que la calificación de una conducta como delito depende, además de de los elementos materiales de la misma, de las circunstancias subjetivas concurrentes en su autor no puede determinarse si los hechos descritos suponen o podrían suponer la comisión de alguna infracción de carácter penal.

