

Con fecha de 7 de agosto de 2019 y número de registro 201999900005610 se recibió, firmado por el señor alcalde del Ayuntamiento de XXX XXX XXX, una solicitud de informe sobre posibilidad de que una empresa cuyo titular está emparentado con uno de los concejales del Ayuntamiento esté incurso en una prohibición de contratar. Accediendo a lo solicitado se procede a emitir el presente

INFORME

con base, por resultar de la solicitud de informe y de la información de que se acompaña, en los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- Uno de los miembros de la Corporación Municipal de XXX XXX XXX es descendiente de los propietarios de una empresa, sita en la propia localidad que ha mantenido contratos de suministro con dicho Ayuntamiento.

11.- El edil en cuestión no tiene *"la atribución de la gestión económica ni de la disposición del gasto del Ayuntamiento"*.

A los que resultan de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - El análisis de la cuestión planteada debe partir de lo dispuesto en el artículo 71.1.g) de Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, -en adelante LCSP-, según el cual:

No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concorra alguna de las siguientes circunstancias: (...) g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las 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 consanguineidad 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.

En el precepto se recogen tres prohibiciones de contratar distintas: que la persona física o el administrador de la persona jurídica que se proponga contratar con la Administración estén incurso en alguna de las incompatibilidades previstas en la normativa citada en el artículo, que se trate de personas jurídicas participadas (en cuanto a su capital) por alguna persona que se halle en alguno de los supuestos de incompatibilidad citados y, por último, que se trate de cónyuges o personas vinculadas en análoga relación de afectividad, de quienes estén en alguna de las situaciones anteriores o sean ascendientes, descendientes o parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad de estos.

En este último caso -el del matrimonio, relación análoga o parentesco- la ley exige un requisito adicional, cual es la existencia de conflicto de intereses entre quien pretende contratar con la administración y la persona vinculada con él por alguna de las relaciones anteriores.

Segundo. - Es por tanto aplicable al caso planteado el tercero de los supuestos descritos que exige, para apreciar si existe la prohibición o no, la concurrencia de dos condiciones: a) la relación de parentesco y b) la existencia de conflicto de intereses.

La relación de parentesco existe, pues el empresario es ascendiente de un cargo electo -concejal- en la Administración contratante.

Queda por analizar si existe conflicto de intereses. Esta condición se introdujo en la reforma de la letra g) del apartado primero del artículo 60 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 introducida por la disposición final 9.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Anteriormente, la mera existencia del parentesco determinaba la concurrencia de la prohibición de contratar. Esta modificación trae causa de lo previsto en 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. En su artículo 57.4 e) se atribuye a los poderes adjudicadores la facultad de excluir de una licitación a un operador económico cuando no pueda resolverse un conflicto de intereses por otros medios menos restrictivos de la concurrencia. Dispone el precepto citado:

Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí

misimos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: (...) e) cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses en el sentido del artículo 24. El artículo 24 de la directiva dispone:

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.

Debe determinarse si, en el caso presente, concurre ese conflicto de interés para lo que habrán de tenerse en cuenta, además de los criterios establecidos en el artículo 24 antes transcrito, lo previsto en el artículo 4.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, según el cual:

A los efectos de esta ley [recuérdese la remisión que a la misma realiza el artículo 71 de la LCSPJ, hay conflicto de intereses cuando los altos cargos intervienen en las decisiones relacionadas con asuntos en los que confluyen a la vez intereses de su puesto público e intereses privados propios, de familiares directos, o intereses compartidos con terceras personas.

La norma europea establece que en todo caso existirá conflicto de interés *"comprenderá al menos cualquier situación"* cuando se den las siguientes condiciones:

- Personal del poder adjudicador relacionado con el posible contratista.
- Que participe en el procedimiento de contratación o pueda influir en el resultado del mismo.
- Tenencia de un interés financiero, económico o personal que pudiera comprometer su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

Por su parte la norma española considera que, para que exista conflicto de interés se requiere:

- Ser un alto cargo; en este caso, por remisión, persona relacionada con el órgano de contratación, o integradora del mismo.
- Que en las decisiones que deba adoptar confluyan a la vez intereses propios del puesto desempeñado con intereses privados propios, de familiares o que dichos intereses sean compartidos con terceras personas.

Como se ha indicado más arriba, la norma contractual acota el ámbito de los "familiares" a *"los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad"*.

Tercero. - En cuanto a la determinación de si el empresario del caso respecto del que se consulta está incurso en prohibición de contratar, debe partirse del criterio general de que, siendo la analizada una disposición limitativa de derechos, debe interpretarse restrictivamente.

En primer lugar, debe concluirse que concurre el presupuesto objetivo definido en la ley pues el concejal es descendiente del empresario de cuya supuesta contratación se trata.

Establecido lo anterior, corresponde analizar si concurre el presupuesto subjetivo, esto es, si concurre el conflicto de interés. En principio es ostentar la condición de personal del poder adjudicador -de miembro electo del poder adjudicador- hace vislumbrar la posible existencia de una colisión de intereses. La norma europea busca evitar la concurrencia del conflicto de intereses entre el posible contratista y el personal del poder adjudicador, mientras que la norma española -LCSP- lo residencia en el personal del órgano de contratación, siendo pues, más restrictiva la norma española que la comunitaria.

No obstante, no es tan relevante la posición que dentro de la administración de la persona en la que pueda concluir el conflicto de interés como si esta persona tiene capacidad de influir en el resultado del procedimiento de contratación o de intervenir en las decisiones en que se pueda plantear el conflicto de interés.

La influencia en un expediente de contratación se puede manifestar bien con carácter previo al inicio del mismo, determinando la decisión o no de proceder a contratar en el ámbito de actividad del contratista respecto al que se esté analizando si concurre la prohibición, al acordar el inicio del mismo, determinando cuál es el procedimiento de contratación al que se va a recurrir, durante la tramitación, al dictar resoluciones que puedan, o no, favorecer a dicho contratista y, por último, durante la fase de ejecución del contrato, para determinar si la ejecución se ajusta a lo pactado.

Si el personal del poder adjudicador o del órgano de contratación tiene capacidad de intervenir en cualquiera de esas fases, deberá apreciarse la existencia de prohibición de contratar. Faltando esa capacidad existirá tal prohibición.

Si el concejal no tiene responsabilidad alguna en las áreas del Ayuntamiento que puedan iniciar expedientes de contratación y no tiene delegadas atribuciones de gestión de gasto o de adjudicación de contratos en los que participe el licitador ni puede intervenir de ninguna de las maneras descritas en los expedientes de contratación en los que esta participe y que necesariamente habrán de tramitarse, no habrá prohibición de contratar.

Cuarto. - En cuanto al modo de determinar si existe o no prohibición de contratar, se estará a lo dispuesto en el artículo 72 de la LCSP que atribuye la competencia al órgano de contratación quien deberá considerar todas las circunstancias concurrentes en el caso para apreciar si concurre o no la causa de prohibición.

Quinto. - En cuanto a la posible existencia de la incompatibilidad en el concejal respecto del que se consulta, determina el artículo 178.2 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General:

Son también incompatibles: d) Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.

Puesto que ni de la consulta remitida ni de la documentación que le acompaña resulta que exista en el momento de plantearse contrato vigente entre el Ayuntamiento y la empresa cuyo titular guarda relación de parentesco con el Concejal, no existirá posible incompatibilidad sin que sea necesario realizar otras consideraciones, advirtiendo únicamente que esta causa de incompatibilidad sólo puede aplicarse al edil que sea contratista o subcontratista del Ayuntamiento, pero no al edil que sea familiar de contratistas o subcontratistas de este.

Por tanto, con base en el relato fáctico expresado y los fundamentos jurídicos expuestos procede la formulación de las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA. - En el caso consultado podrá apreciarse una prohibición de contratar en el licitador si el concejal que es descendiente de este tiene en el procedimiento o procedimientos de contratación de que se trate la capacidad de determinar las decisiones del Ayuntamiento en alguno de los sentidos indicados en el fundamento jurídico tercero anterior. En caso contrario no existirá tal prohibición.

SEGUNDA. - Al no ser la empresa que motiva la consulta contratista del Ayuntamiento, no puede existir incompatibilidad en el concejal que guarda relación de parentesco con su titular.

Es cuanto procede informar, parecer jurídico que queda sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho y que no supe el contenido de cualesquiera otros informes emitidos con carácter preceptivo o facultativo para la válida adopción de acuerdos.

Toledo a 14 de agosto de 2019