



Expte. 11/18

Clasificación del informe: 6. Prohibiciones para contratar. 6.1. Cuestiones generales.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Alcántara dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

“Como órgano consultivo en materia de contratación administrativa y, en cumplimiento del art 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, dirijo la siguiente petición de informe, cuyos antecedentes son los siguientes:

Este Ayuntamiento tiene intención de contratar unas actuaciones lúdicas con una empresa cuyo propietario y único administrador es el hijo y el marido de una funcionaria y de una empleada laboral de este Ayuntamiento respectivamente.

El art 60.1.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 establece "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 este caso por el simple hecho de tener el parentesco mencionado, ¿incurriría esta empresa en prohibición de contratar, o por el contrario se debería comprobar el caso concreto?



¿Es competente el órgano de contratación para comprobar si existen conflicto de intereses o por el contrario se tiene que comprobar por otra persona?»

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. El Ayuntamiento de Alcántara dirige una consulta a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado acerca de si constituye un supuesto de prohibición de contratar el hecho de que el Ayuntamiento adjudique un contrato a una empresa cuyo propietario y administrador son el hijo y cónyuge de sendos empleados públicos de la institución. Asimismo, la entidad local plantea la cuestión de qué órgano sería el competente para examinar la posible existencia de un conflicto de intereses en el supuesto planteado.

2. Antes de entrar en el examen de las cuestiones planteadas procede reiterar, en primer lugar, el criterio de esta Junta Consultiva en el sentido de que a este organismo no le compete emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación; por el contrario, las funciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se circunscriben a dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general. Por ello, el presente informe se ceñirá a señalar el criterio jurídico de carácter general a aplicar sin entrar a valorar el supuesto de hecho concreto que plantea el Ayuntamiento de Alcántara.

En segundo lugar, se hace necesario precisar que, toda vez que este informe se emite tras la entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), el contenido del mismo se adecuará a lo recogido en la citada norma.

3. La LCSP indica en su artículo 71 que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 y con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurren 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 consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de interés con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultada para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.»

Del texto literal transcrito cabe deducir (como ya se puso de manifiesto en los informes 3/17, de 27 de abril de 2017, y 27/15, de 6 de noviembre de 2017, entre otros, aunque referidos al artículo 60.1.g) del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 13 de noviembre) que la prohibición motivada por esta causa puede desglosarse en una serie de supuestos:

1º. Personas físicas afectadas por:

- Lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, Reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración General del Estado o equivalente en las respectivas normas de las Comunidades Autónomas.
- Los supuestos de incompatibilidad recogidos en la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, y particularmente por lo dispuesto en el artículo 12.1.c): «El desempeño, por sí o por persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de



monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas».

- Ostentar la condición de cargo electivo conforme a la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, cuando se produzcan las condiciones establecidas en la misma.

2º. Personas jurídicas:

- Aquellas cuyo administrador esté incluido en alguno de los supuestos anteriores.
- Aquellas en cuyo capital social participen los altos cargos, personal y cargos electos señalados en apartados anteriores y dicha participación supere los términos y cuantías establecidos en el artículo 14 de la Ley 3/2015, 12.1.d) de la Ley 53/1984, y en la Ley Orgánica 5/1985, respectivamente.

3º. Los cónyuges y personas vinculadas por análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes, descendientes y parientes en segundo grado por consanguinidad y afinidad de las personas descritas anteriormente, siempre que se produzca un conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación, persona en quien delegue o en quien le sustituya.

En este último supuesto, como se puede observar, no procede, por tanto, una extensión apriorística, sino que es necesaria la concurrencia de un elemento que actúa como determinante de las personas en él incluidas, cual es el concepto de conflicto de intereses. A la clarificación de esta última figura nos referiremos a continuación.

4. La figura del conflicto de intereses que, como hemos apuntado en el apartado precedente, condiciona la extensión de una prohibición de contratar por causa del artículo 71.1.g) LCSP a determinados familiares, es un concepto de carácter independiente y autónomo —más amplio que el de la estricta prohibición de contratar— que se puede definir como la existencia de vinculaciones personales y reales susceptibles de poner en peligro el



componente de imparcialidad en las actuaciones llevadas a cabo por el órgano de contratación y por ende, el cumplimiento con los principios de no discriminación e igualdad de trato entre licitadores y de integridad que debe regir la contratación pública.

Respecto al concreto significado de la expresión “conflicto de intereses”, el artículo 64 de la Ley 9/2017, en consonancia con el artículo 24 de 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, establece en su apartado 2 que: *« 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.»* Corresponderá al órgano de contratación, en virtud del apartado 1 del mismo artículo la obligación de examinar su concurrencia y de adoptar las medidas oportunas y ello con independencia de que de dicha situación se derive la posible existencia o no de una prohibición de contratar. Como se puede observar, nos encontramos ante situaciones que necesitarán el análisis *ad hoc* del órgano de contratación respecto a su existencia, caso por caso.

Por último, cabe destacar la existencia de recomendaciones no vinculantes en el ámbito europeo que proporcionan directrices a seguir en orden a la prevención, detección y gestión de los conflictos de intereses, como son las publicadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF) en su documento “Detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales. Guía práctica para los responsables de gestión”.

5. Teniendo en cuenta lo expuesto en los apartados precedentes, y respecto a un supuesto de hecho como el que plantea el Ayuntamiento de Alcántara, es necesario concluir que, toda vez que la norma exige que el conflicto de intereses se genere entre el potencial licitador y el personal al servicio del órgano de contratación, por ser en estos últimos en los que descansa verdaderamente la decisión final del procedimiento de selección de un contratista, no puede entenderse que los familiares de un empleado de una Corporación Local se vean inmersos en la extensión de la prohibición de contratar a que hace referencia el artículo 71.1.g) de la



Ley 9/2017, excepto en el supuesto de que dicho empleado ostente la condición de funcionario en quien se han delegado las facultades del titular del órgano de contratación.

Ahora bien, el hecho de que no sea aplicable, en una situación como la anterior, la figura de la prohibición de contratar, no implica que el órgano de contratación se vea eximido de la obligación de analizar la posible concurrencia de un conflicto de intereses en el sentido del artículo 64 de la Ley 9/2017, ya que el empleado podría incurrir en el mismo si participa en el desarrollo del procedimiento o puede ejercer una influencia potencial.

CONCLUSION:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado considera que:

1. El concepto de conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación (o persona en quien delegue o le sustituya) se configura como un requisito imprescindible para extender la prohibición de contratar con causa en el artículo 71.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público al cónyuge y personas unidas por una relación análoga de convivencia afectiva, a los ascendientes y descendientes y a los parientes hasta el 2º grado de las personas mencionadas en el citado artículo.
2. En el ámbito de la contratación pública, dicho concepto viene recogido en el artículo 64 de la Ley 9/2017, siendo de carácter más amplio e independiente del de prohibición de contratar y correspondiendo al órgano de contratación la detección del mismo así como la adopción de las medidas oportunas para corregirlo.
3. En el supuesto de que los familiares lo sean respecto a un empleado o trabajador de una Corporación Local, no cabe extender la figura de la prohibición de contratar salvo que dicho empleado sea personal al servicio del órgano de contratación. No obstante lo anterior, el órgano de contratación deberá examinar si concurre en el citado empleado alguna circunstancia constitutiva de una situación de conflicto de intereses.