



Expediente 16/2019

Materia: Prohibición de contratar.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Teulada ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Se cuestiona si concurre conflicto de intereses, dado que la mesa de contratación eleva propuesta de adjudicación del contrato de prestación de servicios de diseño gráfico y editorial al cónyuge de la Jefe de Área de Comunicación, que es personal eventual (cargo de confianza), teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 71.1 g) de la 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, que fija una prohibición de contratar con la Administración al personal al servicio de la Administración, remitiéndose, entre otras, a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, cuyo artículo circunscribe dentro de su ámbito a todo el personal al servicio de la Corporaciones Locales y cuyo artículo 12.1º c) fija que este personal no podrá ser contratista de la Administración, equiparando del mismo modo a los cónyuges 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 la medida que la prohibición no es absoluta, sino que ha de concurrir un conflicto de intereses para que se aprecie la prohibición para contratar, solicitan informe sobre la existencia o no de ese conflicto de intereses en el caso planteado, teniendo en cuenta además de lo indicado lo siguiente:

- La propuesta que formula la mesa de contratación resulta de la tramitación de un procedimiento abierto simplificado, de conformidad con lo indicado en el artículo 131 y 159 de la LCSP, en el que todo empresario interesado podrá presentar una proposición, quedando



excluida toda negociación de los términos del contrato con los licitadores. Y conforme al PPA la adjudicación del contrato tenía que realizarse utilizando un solo criterio de adjudicación, el precio en base a la mejor relación calidad-precio.

- No consta en el expediente de contratación que en el procedimiento ni en la redacción de los pliegos haya intervenido la referida Jefa de Comunicación.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de entrar en el examen de las cuestiones planteadas procede recordar el criterio de esta Junta Consultiva en el sentido de que a este órgano 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 en casos como el expuesto, sin entrar a valorar el supuesto de hecho concreto que plantea el Ayuntamiento de Teulada.

Consecuentemente, procede responder a la cuestión de si se da la situación de conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación (Junta de Gobierno Local) que implicaría la existencia de una prohibición de contratar, en la medida en que el propuesto como adjudicatario del contrato es cónyuge de una persona que es personal eventual de la Corporación.

2. La Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público dispone en su artículo 71 que no pueden contratar con las entidades previstas en el artículo 3 y con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra la siguiente circunstancia:

“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 de 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 intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar a los que ejerzan la sustitución del primero.”

Del texto literal transcrito cabe deducir que la prohibición motivada por esta causa puede desglosarse en una serie de supuestos:

1º) Personas físicas.

- Afectadas directamente 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.

- Afectadas directamente por 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 aquellas”.

- Quienes ostenten 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 los apartados anteriores cuando dicha participación supere los términos y cuantías establecidos en las normas legales aplicables.

3º) Parientes:

Los parientes de las personas físicas en quienes concurre alguno de los supuestos de prohibición, con una relación de parentesco de las descritas en la norma, siempre que se produzca un conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación, persona en quien delegue o en quien le sustituya.

3. Es este último el supuesto que nos atañe. En él, por mor de lo dispuesto en la propia norma legal aplicable, no procede una aplicación apriorística, incondicionada y automática, sino que es necesaria la concurrencia de un elemento que actúa como determinante, cual es el concepto de conflicto de intereses.

En nuestro Informe 31/15, de 13 de julio de 2017, señalamos lo siguiente a este respecto:

Por el contrario, cuando el precepto se refiere a los cónyuges, a las personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, a los ascendientes y descendientes y a los parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad la norma sí que exige que el órgano competente para declarar la prohibición analice si existe el conflicto de intereses como condición básica para que aquella nazca. Por tanto, la inclusión de esta nueva condición



descarta que se pueda concluir apriorísticamente que la simple existencia de la relación subjetiva que describe el precepto suponga de forma automática la existencia de una prohibición de contratar. Por el contrario, habrá que analizar si existe o no un conflicto de intereses, pudiendo concurrir circunstancias que excluyan tal situación. La razón de esta diferencia que venimos glosando es clara, pues mientras en los casos en que la prohibición deriva de la posición de una misma persona en el órgano de contratación y en la empresa potencialmente licitadora es indiscutible la existencia del conflicto de interés, en el caso de los parientes puede no existir el mismo en determinados casos, lo que exige hacer un análisis ad hoc para determinar si existe un impedimento insalvable para la objetividad del órgano de contratación. Por eso, en estos supuestos el legislador obliga al órgano competente a añadir una tarea más, esto es, la de determinar si existe el conflicto de intereses. Parece lógico pensar, en este sentido, que la prohibición se extiende a los parientes citados porque se supone que si cualquiera del grupo familiar con la extensión con que lo define la Ley está en conflicto de intereses con el órgano de contratación, todos ellos lo están en función de la propia comunidad de intereses que se presume entre ellos. Esto no obstante, en la medida en que el legislador ha incluido el requisito de la existencia del conflicto de interés, cabría pensar que pueden existir casos en que no se produzca tal conflicto a pesar de que exista el grado de parentesco.”

El del conflicto de interés es un concepto de carácter independiente y autónomo que se supone la existencia de vinculaciones personales o de otra índole, susceptibles de afectar al componente de imparcialidad que debe presidir las actuaciones del órgano de contratación. En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, está definido de modo expreso en el artículo 64.2 que indica lo siguiente:

“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. Además, el conflicto de interés no puede presumirse toda vez que, como ya señalamos en nuestro informe 31/2015, en el específico supuesto de las Administraciones Públicas, la configuración del estatuto jurídico del personal al servicio de las mismas impide que pueda dudarse de forma apriorística de la licitud de su conducta, estando prohibida rigurosamente toda actuación que implique cualquier tipo de presión que pueda generar un conflicto de intereses.

Por último, a estos efectos 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.”*

4. Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto en los apartados precedentes, y respecto de un supuesto de hecho como el que plantea el Ayuntamiento de Teulada, es necesario concluir que, en la medida en que la norma exige que el conflicto de intereses se genere entre el potencial adjudicatario del contrato y el personal al servicio del Ayuntamiento, no cabe extender esta condición a cualquier persona que preste sus servicios a favor de dicho órgano, sino sólo a quienes participen en el proceso de selección del contratista de modo que puedan tener influencia en la decisión que se adopte en su seno (véase en este sentido el Informe 11/2018). Por tanto, la prohibición no puede extenderse a los familiares de cualquier empleado de la Corporación Local, sino sólo a aquellos que tengan una influencia relevante en la adjudicación. Así lo expusimos en nuestro Informe 31/2015 en que señalamos lo siguiente:

“Recordemos, por otro lado, que la norma exige que exista un conflicto de intereses entre el potencial licitador y el titular del órgano de contratación o quien lo sustituya, sin mencionar otros supuestos diferentes. La mencionada exigencia legal no puede interpretarse con carácter extensivo en ningún caso. Por ello, el hecho de que pueda existir una potencial relación (o incluso una influencia



también potencial) entre el titular del órgano de contratación y quienes prestan sus servicios retribuidos para la misma Corporación no supone que debamos identificar ambos supuestos que, como hemos señalado, no están mencionados en la norma.

Evidentemente, la extensión de la prohibición de contratar a todas las personas que presten sus servicios en la entidad pública contratante o a sus parientes resultaría por completo desproporcionada. Por esta razón, el legislador ha querido limitar la influencia desencadenante de la prohibición de contratar a las personas que participan o que verdaderamente tienen en sus manos la decisión final del procedimiento de selección del contratista, que son las que conforman el órgano de contratación. Que dichas personas en algunos supuestos puedan considerarse superiores jerárquicos del empleado municipal no implica per se que exista un conflicto de intereses y menos una prohibición de contratar.”

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

En un supuesto como el que es objeto de la presente consulta, cuando quien presta sus servicios para la Corporación Municipal no forma parte del órgano de contratación ni puede influir de modo alguno en el procedimiento de selección del contratista, no puede considerarse que exista una prohibición de contratar.