

JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

Informe nº 5/2021, de 9 de abril

Asunto: Prohibición de contratar del artículo 71.1, g) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público. Conflicto de intereses en la adjudicación de contratos menores a empresas cuya administradora es pariente en segundo grado del alcalde.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Utrillas (Teruel) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón mediante escrito de 18 de marzo de 2021 en el que plantea una consulta del siguiente tenor literal:

«La Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Utrillas en sesión celebrada el día 8 de marzo de 2021 aprobó el siguiente acuerdo:

A la vista de las dudas que genera la aplicación de las prohibiciones de contratar del artículo 71.1 letra g) de la Ley 9/2017, de la Ley de Contratos del Sector Público en relación con los contratos adjudicados por la Junta de Gobierno de Local, se solicita consulta en relación con el siguiente supuesto:

1.Las empresas Hotel Villa de Utrillas S.A. y Electricidad y Servicios de Utrillas S.L. consta como administradora de la empresa la hermana del Sr. Alcalde.

2.En la Junta de Gobierno se adjudican contratos menores en relación con las necesidades de dar comidas/cenas a miembros de la Asociación de Amigos del Ferrocarril, como parte del acuerdo establecido con el Ayuntamiento.

3.Asimismo, las necesidades de material eléctrico son suministradas desde la empresa Electricidad y Servicios de Utrillas S.L. mediante la adjudicación de contratos menores, por tratarse de necesidades puntuales y esporádicas.

4.En el momento de adjudicación de los contratos y aprobación de facturas, el Sr. Alcalde se ausenta de la sala alegando conflicto de intereses al que alude el artículo 71.1.g)

Consulta:

En base a lo establecido en el artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, Contratos del Sector Público, y de las dudas surgidas a éste respecto, esta Junta de Gobierno solicita a la Junta Consultiva de Contratación que se pronuncie acerca de si se produce conflicto de intereses por parte del Sr. Alcalde, pese a que se ausenta de dichas decisiones de la Junta de Gobierno y de si, en caso afirmativo sería posible delegar la aprobación o adjudicación en el Pleno, ausentándose el alcalde en el momento de adjudicación de los citados contratos».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 9 de abril de 2021, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Legitimación para formular la consulta y competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6, g) del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón.

Como criterio general, de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, aprobado por Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público: la función consultiva en materia de contratación pública que está encomendada a la Junta Consultiva en el artículo 3.2 de su norma constitutiva no puede sustituir las facultades de informe que la legislación atribuye a órganos específicos.

Sin embargo, dado el interés general de fondo de la consulta de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Utrillas, no existe impedimento para que la Junta informe sobre la extensión de la prohibición de contratar contemplada en el artículo 71.1, g) de la Ley 9/2017, de la Ley de Contratos del Sector Público, ni sobre los posibles conflictos de intereses, además de la posible incidencia de una sistemática utilización de la contratación directa, en forma de contrato menor.

Al escrito de consulta no se acompaña documentación alguna que aporte cualquier tipo de dato adicional a los incluidos en el texto de la consulta transcrita.

II. Las prohibiciones de contratar del artículo 71 de la LCSP. En particular, las relaciones de parentesco con miembros de la Corporación y conflictos de intereses.

A las prohibiciones para contratar aplicables a los miembros de las corporaciones locales se ha referido esta Junta, entre otros, en sus Informes 18/2011, de 6 de julio; 24/2011, de 12 de septiembre; 5/2013 y 7/2013, de 10 de abril; 3/2014, de 22 de enero; 11/2015 y 12/2015 de 30 de septiembre; 7/2016, de 20 de abril; 1/2018, de 11 de enero, cuyas consideraciones de carácter general se dan por reproducidas.

Decíamos en el informe 5/2013, de 10 de abril:

“Como recuerda el Tribunal Supremo, en sentencias de 24 de noviembre de 2004 y 31 de enero de 2007, la contratación pública «al igual que la contratación privada parte de la exigencia de la capacidad de obrar de las personas como condición previa. Pero, además, la validez del contrato exige unas específicas condiciones personales de los sujetos, fueren personas físicas o personas jurídicas, que pretendan contratar con la Administración»”.

De ahí que en el artículo 65.1 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante también citada como LCSP) se requiera que los contratistas, además de plena capacidad de obrar y solvencia, no estén incurso en una prohibición de contratar.

Las concretas prohibiciones de contratar sobre las que se plantea la consulta se encuentran actualmente reguladas en el artículo 71.1, g) de la LCSP, que reproduce literalmente el anterior artículo 60.1, g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). De acuerdo con esta norma, no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra 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 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, 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».

Este artículo no contiene una regulación material concreta de las causas que inhabilitan para contratar con el sector público, sino remisiones a otras normas jurídicas.

La normativa de régimen local se refiere en varios lugares a incompatibilidades de los miembros de las corporaciones locales: Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (en adelante LRRL), artículo 73.1; Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración Local de Aragón, artículo 108; y Real Decreto 2568/1986, de 18 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (en adelante ROF), artículos 6.1, 9.5 y 10. Sin embargo, estos preceptos se remiten a la legislación electoral, dado que en nuestro derecho local el régimen de las incompatibilidades de los miembros de las corporaciones locales está basado en las causas de inelegibilidad para ser concejal.

Respecto a los concejales, al artículo 178.2, d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en adelante LOREG) establece que son incompatibles «los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes».

Como se explicaba en el Informe 5/2013, de 10 de abril, el fundamento de esta prohibición de contratar se encuentra en última instancia en el principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE. A su vez, el Tribunal Supremo ha identificado la exigencia del principio de imparcialidad que esta prohibición de contratar comporta con la necesidad de que se preserve la «moralidad administrativa», en el sentido de que no basta con que la Administración contratante obre con total sometimiento a la legislación sobre contratación pública, sino que es preciso disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa. En los términos literales del informe citado:

«La norma que contiene el artículo 178 opera en dos sentidos diferentes, de un lado para que las personas mencionadas “contratistas” vean vedado su acceso a los cargos concejiles, o la continuidad en el ejercicio del cargo, si la causa sobreviene durante el mandato, y para que los miembros de las entidades locales tengan que renunciar a celebrar contratos con la Administración municipal de la que forman parte.

El fundamento de esta prohibición de contratar se encuentra en el principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE. El Tribunal Supremo ha afirmado con énfasis que el fundamento del régimen de incompatibilidades en el ámbito de la contratación es preservar “la moralidad administrativa”.

De este modo, la STS de 6 de noviembre de 1989, declaró que “la prohibición de que se trata tiene por objeto no sólo dotar de claridad a la actuación administrativa, sino evitar en modo absoluto toda sospecha sobre la rectitud y moralidad en la actuación de todas las personas que intervienen en la vida pública”. Es decir, en puridad no nos encontramos ante una incompatibilidad, sino ante una prohibición para contratar, fundada en razones de moralidad pública que, a su vez, se asienta sobre los principios de objetividad e imparcialidad que presiden el ejercicio de todo cargo público».

De celebrarse el contrato concurriendo una prohibición para contratar, se incurre en nulidad de pleno derecho, de acuerdo con el artículo 39.2, a) in fine de la LCSP. Nulidad que es absoluta, imprescriptible, insubsanable e indisponible por el particular. La adjudicación de un contrato a una persona incompatible constituye un vicio de orden público declarable incluso ex officio, como se declara en la STS de 18 de julio de 1991 (recurso de apelación núm. 1673/1989).

No obstante, en tanto que normas que suponen una limitación de derechos, las prohibiciones de contratar deben ser interpretadas de forma restrictiva, sin que sea posible su aplicación analógica o incluso extensiva, como se señaló en los informes de esta Junta 3/2014, de 22 de enero, 15/2014, de 25 de junio, 11/2015, de 30 de septiembre, o 10/2016, de 18 de mayo.

En este sentido, en la STS de 16 de febrero de 1998 (Recurso de Casación núm. 2510/1995), a propósito de la causa de incompatibilidad aplicada al Director Gerente de una empresa suministradora de energía eléctrica al Ayuntamiento, señalaba: «las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones o al menos desviaciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido, de suerte que, siendo éste el principio general, si el artículo 178 de dicha Ley Orgánica se refiere a los “contratistas o subcontratistas”, no cabe extender la causa de incompatibilidad a quienes no lo son en realidad, por alta que sea su función en la empresa de que se trate». Sin embargo, en la legislación actualmente vigente la prohibición de contratar del artículo 71.1, g) se aplica por igual a «la persona física» o a «los administradores de la persona jurídica», además de a las «personas jurídicas en cuyo capital participen» personas incursas en incompatibilidad y que la «prohibición se extiende igualmente, en ambos casos» a una serie de personas relacionadas con ellos. Por tanto, con independencia de las prácticas administrativas que pudieran haber existido en determinadas instituciones en el pasado, la interpretación estricta preconizada por el Tribunal Supremo y por esta Junta Consultiva ya no puede dejar fuera a quienes están expresamente citados en la norma actualmente en vigor, como sí podía ocurrir en otro momento, con otros datos normativos.

Conectado con lo anterior, en el Informe de esta Junta Consultiva 24/2011, de 12 de septiembre, se abordó la cuestión de si la prohibición de contratar que afecta a aquellas empresas en las que los miembros de la Corporación Municipal o sus relativos (cónyuges y asimilados, o descendientes, ascendientes o parientes en segundo grado) tengan una participación en el capital social, se aplica con independencia de cuál sea ese porcentaje de participación o si es necesario que se supere un determinado porcentaje, como ocurre con funcionarios y altos cargos.

Debe recordarse que en el artículo 71.1, g) de la LCSP se extiende la prohibición de contratar a las personas jurídicas en cuyo capital participe el personal de las Administraciones Públicas, los miembros del Gobierno y altos cargos de la Administración General del Estado o los cargos electivos regulados en la LOREG, en los términos y cuantías que establecen, respectivamente, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, 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 –la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas en el caso de Aragón-, y la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General; términos y cuantías que son heterogéneos.

En el artículo 12.1, letra d) de la Ley 53/1984 se dispone que el personal al servicio de las Administraciones Públicas no podrá tener una participación superior al 10 por 100 en el capital de las 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 su configuración jurídica. En el artículo 14 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, se establece que miembros del Gobierno o altos cargos de la Administración General del Estado no pueden tener, por sí o junto con su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva con análoga relación de afectividad e hijos dependientes y personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas, en tanto éstas tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas o reciban subvenciones provenientes de la Administración General del Estado.

Respecto de alcaldes y concejales, en el artículo 178 LOREG no se contiene sino una referencia a la incompatibilidad para ser contratistas o subcontratistas cuando la financiación total o parcial sea a cargo de la Corporación o de establecimientos dependientes. En términos literales, las personas jurídicas en cuyo capital participen cargos electos locales, sus cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, descendientes, ascendientes o parientes de segundo grado, sea cual sea esa participación, no pueden contratar con la Corporación ni participar en licitaciones para la adjudicación de contratos financiados por ella. Frente a esta interpretación literal, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado examinó en el Informe 6/2010 la posibilidad de aplicar por analogía –favorable o in

bonam partem- a alcaldes y concejales el porcentaje establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y los altos cargos:

«debe entenderse que la incompatibilidad afecta a todos los que se encuentren en tal situación, aun cuando la participación en el capital de la persona jurídica sea muy escaso. En apoyo de esta tesis puede mencionarse el hecho de que la ley al declarar la incompatibilidad lo que está tratando de evitar es el conflicto de intereses entre el cargo electo y la entidad en que él o sus familiares más próximos participan. Y ello porque cualquiera que sea el porcentaje de participación en el capital, es evidente que los intereses de las personas indicadas resultan directamente afectados y, además, de forma incompatible con los de la Corporación Municipal contratante.

Frente a este criterio, también cabe afirmar que lo mismo podría decirse respecto de los afectados por las otras dos leyes mencionadas en la letra f) del artículo 49.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, y sin embargo, se ha establecido un límite porcentual para que la participación en el capital de la entidad sea relevante a los efectos que aquí interesan.

De conformidad con ello, se podría entender que el mencionado límite es de aplicación también a los cargos electos de las entidades locales en razón de dos ideas fundamentales. De una parte porque de entenderlo de forma diferente estaríamos consagrando un supuesto de desigualdad al tratar de forma diferente dos casos iguales con clara vulneración del artículo 14 de la Constitución Española (“Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”) y, en segundo lugar, porque de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1 del Código Civil “procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”.

Ambas razones parecen de suficiente peso al juicio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa como para fundamentar la aplicación al supuesto de los cargos electos a que se refiere el artículo 178 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General del límite porcentual de participación en el capital de una persona jurídica a efectos de que ésta sea relevante para determinar la existencia de prohibición de contratar.

Frente a ello no puede aducirse que los límites previstos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas o para el de los Altos Cargos del Gobierno de la Nación están contenidos en leyes distintas de la que regula la incompatibilidad de los cargos electos de las entidades locales, pues de la redacción dada al artículo 4.1 del Código Civil no se deriva en absoluto que las normas cuya aplicación analógica se pretende deban estar en el mismo cuerpo legal que regula el supuesto para el que no exista norma expresa. Por el

contrario, el artículo en cuestión se limita a indicar que las normas de que se trate no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante “entre los que se aprecie identidad de razón”, y nadie podrá negar que entre los supuestos contemplados en este dictamen existe la indicada identidad.

A mayor abundamiento puede entenderse que la propia Ley de Contratos del Sector Público está dando argumentos suficientes para entender que existe esta identidad al tratar de forma conjunta los tres casos y, más aún, cuando para referirse al límite de participación en las empresas, lo hace de forma genérica refiriéndose a los tres supuestos conjuntamente, indicando que “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”, de lo que incluso podría deducirse, aunque no es ésta opinión que comparta sin más la Junta, que es propósito del legislador hacer extensivo a los cargos electos el límite establecido en dos de las normas a que hace referencia».

Todo ello llevaba a la Junta Consultiva del Estado a concluir que para que la participación de los cargos electos de las entidades locales en el capital de las personas jurídicas sea relevante a efectos de aplicar la prohibición de contratar, es preciso que supere el límite establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y de los Altos cargos del Gobierno de la Nación; es decir, el 10 por ciento.

En el mismo sentido, esta Junta Consultiva en su Informe 11/2015, de 30 de septiembre, respaldaba la tesis de la Junta del Estado argumentando que la exigencia de ese límite de participación en el capital social es casi general en nuestro ordenamiento: según el artículo 159 de la LOREG, el mandato de Diputados y Senadores es incompatible con la participación superior al 10 por 100, adquirida en todo o en parte con posterioridad a la fecha de su elección como Diputado o Senador, salvo por herencia, en empresas o sociedades que tengan contratos de obras, servicios, suministros o, en general, cualesquiera otros que se paguen con fondos de organismos o empresas del sector público estatal, autonómico o local. La misma regla se aplica a los diputados del Parlamento Europeo (artículo 213 de la LOREG).

Es relevante que idéntico porcentaje aplica la normativa aragonesa. En este sentido, en el artículo 52 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, se dispone:

«1. Las autoridades y cargos del sector público autonómico no podrán tener, por sí o junto a su cónyuge, sea cual sea el régimen económico matrimonial, o persona que conviva en análoga relación de afectividad e hijos económicamente dependientes o personas tuteladas, participaciones directas o indirectas superiores a un diez por ciento en empresas mientras estas tengan conciertos o contratos de cualquier naturaleza con el sector público estatal, autonómico o local, o sean subcontratistas de dichas empresas, o reciban subvenciones provenientes de cualquier Administración pública.

2. En el supuesto de sociedades mercantiles cuyo capital social suscrito supere los 600.000 euros, dicha prohibición afectará a las participaciones patrimoniales que, sin llegar al porcentaje del diez por ciento, supongan una posición en el capital social de la empresa que pueda condicionar de forma relevante su actuación.

3. En el supuesto de que la persona que sea nombrada para ocupar un cargo de los comprendidos en el ámbito de aplicación de esta ley poseyera una participación superior a las que se refieren los apartados anteriores, tendrá que desprenderse de la misma en el plazo de dos meses, a contar desde la fecha de la toma de posesión de su cargo. Si la participación fuera adquirida por sucesión hereditaria o donación durante el ejercicio del cargo, el plazo para desprenderse de la misma será de cuatro meses.

En ambos casos se dará cuenta al registro de bienes y derechos patrimoniales de autoridades y cargos del sector público autonómico de la enajenación o cesión, así como de la identificación del destinatario».

Previsiones en línea con lo que anteriormente se establecía en el artículo 33 y Disposición Adicional quinta de la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón. Por otra parte, por más que la técnica legislativa no sea la mejor, parece razonable extender lo dispuesto para las «autoridades y cargos del sector público autonómico», al «sector público de Aragón» (que, entre otros, comprende a «las entidades locales de Aragón») cuando se está estableciendo un régimen menos restrictivo del derecho de participación política (artículos 2, 3 y 4 de la Ley 5/2017).

De los antecedentes legislativos se deduce que el distinto tratamiento que se da en la LOREG a Diputados y Senadores de las Cortes Generales y Diputados del Parlamento Europeo por una parte y a los cargos electos municipales por otra, no es una opción deliberada del legislador, sino que se explica porque el momento de la promulgación de la LOREG estaba en vigor el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (RCCL), en cuyo artículo 5 se establecía la incompatibilidad para ser contratista de obras y servicios públicos de las sociedades en las que el Concejal tuviese más del diez por ciento de los títulos representativos del capital social o una participación equivalente en sus beneficios. El legislador no vio necesario incorporar la regla del artículo 5 del RCCL a la LOREG, pero al ser éste derogado de forma expresa por la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, se produjo una laguna.

En consecuencia, concluíamos en nuestro Informe 11/2015, debe aplicarse a alcaldes y concejales el límite del 10 por ciento como umbral a partir del cual la participación en el capital social de una persona jurídica comporta para ésta una prohibición de contratar.

III. La aplicación de las prohibiciones de contratar a cónyuges o personas vinculadas con análoga relación de convivencia, ascendientes y descendientes, a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas en situación de incompatibilidad, cuando se produzca conflicto de intereses.

El parentesco es el vínculo entre personas de la misma familia, existiendo tres clases: consanguinidad o parentesco de sangre o biológico; afinidad, por matrimonio o análoga relación estable; y la adopción o filiación creada por el Derecho. El grado de parentesco entre dos personas se determina por el número de generaciones que las separan. La sucesión de grados forma la línea de sucesión, que puede ser recta, formada por personas que ascienden o descienden mutuamente entre sí, o colateral, compuesta por personas que proceden de un tronco común, como hermanos, tíos o sobrinos. Los grados de parentesco se computan de forma diferente en la línea recta y en la colateral: en la recta se cuentan las generaciones entre ascendiente y descendiente, mientras que en la colateral se asciende hasta el antepasado común y se desciende hasta la persona respecto de la que se deba establecer el grado de parentesco.

En lo relativo a las prohibiciones para contratar, la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, modificó los artículos 60 y 61 e introdujo un nuevo artículo 61 bis y una nueva disposición transitoria décima del TRLCSP.

Con la nueva redacción dada entonces al artículo 60.1. g), la prohibición – hasta entonces aplicable al afectado, a sus descendientes y cónyuge o persona vinculada con análoga relación de convivencia- se extendió a los ascendientes y a los parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad, cuando exista conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o que ejerzan la sustitución del primero.

Con ello se adelantaba la trasposición al Derecho interno de las previsiones sobre integridad del procedimiento de licitación contenidas en las Directivas sobre contratación pública de 2014 (Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión; Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y Directiva 2014/25/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales).

Como señalaba la Junta en el Informe 10/2016, la interpretación del artículo 60.1, g) del TRLCSP, que ha mantenido su tenor literal con el artículo 71.1, g) de la LCSP, es difícil por su redacción inadecuada. De acuerdo con su tenor literal:

«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».

No resulta claro si la limitación «cuando se produzca conflicto de intereses» es aplicable en todos los casos o únicamente a los parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad. La Junta optó por entender que la limitación

«cuando se produzca conflicto de intereses» es aplicable a todos los casos, no sólo basándose en una lectura literal, sino poniendo en relación el precepto con lo dispuesto en el art. 57.4, e) de la Directiva 2014/24/UE, que sólo admite la exclusión de un licitador del procedimiento de contratación cuando no pueda resolverse el conflicto de intereses por medios menos restrictivos: la aplicación de la prohibición de contratar y la correspondiente exclusión son el último recurso.

En consecuencia, para que las prohibiciones de contratar se apliquen a los cónyuges o personas vinculadas con análoga relación con los miembros de las corporaciones locales, ascendientes, descendientes y parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad, ha de darse un conflicto de intereses. Sensu contrario, en caso de no concurrir conflicto de intereses, no hay prohibición de contratar. Es decir, la relación de parentesco en sí no implica necesariamente un conflicto de intereses.

IV. Caracterización de los conflictos de intereses.

La consideración de los conflictos de intereses es una técnica que se introduce en nuestro Derecho interno procedente del Derecho comunitario. En la Sentencia de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), el Tribunal de Justicia afirmó que un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato, dando indebida preferencia a un licitador, y que el poder adjudicador está obligado en cualquier caso a comprobar la existencia de conflictos de intereses y adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y ponerles remedio. En particular, ese papel activo del poder adjudicador es incompatible con hacer recaer sobre el demandante en el marco del procedimiento de recurso la carga de probar el conflicto de intereses.

En el considerando 16 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública se afirma:

«los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses».

En el artículo 24 de la misma Directiva se establece:

«Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

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.»

En el artículo 35 de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se contemplan los conflictos de intereses en parecidos términos:

«Los Estados miembros exigirán a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras que tomen las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de concesiones a fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y la igualdad de trato de todos los candidatos y licitadores.

El concepto de “conflicto de intereses” abarcará al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder o entidad adjudicador que participen en el desarrollo del procedimiento de adjudicación de una concesión o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o particular que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de adjudicación de la concesión.

En lo relativo a los conflictos de interés, las medidas adoptadas no irán más allá de lo estrictamente necesario para impedir posibles conflictos de interés o eliminar los conflictos detectados».

Aunque las Directivas comunitarias se centren en los procedimientos de licitación, no puede entenderse que se limite a ellos el eventual conflicto de intereses. No es un mero problema de que pueda favorecerse a un licitador frente a otros, sino que entran en el concepto de conflicto de intereses también aquéllos que pueden afectar a la ejecución del contrato, lo que será incluso más habitual. En este sentido, en el artículo 58.4, párrafo segundo, de la Directiva 2014/24/UE, al regular los criterios de selección, habilita a los poderes adjudicadores a presumir que «un operador económico no posee las capacidades profesionales necesarias

si han establecido que éste tiene conflictos de interés pueden incidir negativamente en la ejecución del contrato». En consecuencia, el conflicto de intereses no debe evitarse únicamente en el procedimiento de licitación, sino que necesariamente ha de tenerse en cuenta su potencial proyección sobre el control de la ejecución del contrato.

Con la entrada en vigor de la LCSP de 2017 se introdujo por primera vez en la legislación interna de contratos una regulación general de los conflictos de intereses, contenida en el art. 64, cuyo epígrafe se refiere a la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses.

«1. Los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2.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.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación».

El precepto se refiere literalmente al personal al servicio del órgano de contratación. No obstante, parece acorde a la finalidad de la norma entender que el titular o los titulares de los órganos de contratación también deberán evitar cualquier conflicto de intereses que comprometa su imparcialidad o incluso la apariencia de imparcialidad. En este sentido, cargos electos y altos cargos, así como sus relativos, están expresamente incluidos en la prohibición de contratar del artículo 71.1, g) de la LCSP.

En la legislación de la Comunidad Autónoma de Aragón, los conflictos de intereses están regulados en el artículo 23 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, en la redacción dada por medio de la disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas:

«1. Las entidades contratantes estarán obligadas a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses.

2. 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.

3. En el expediente de contratación se dejará constancia de la manifestación que realicen todas las personas que participan en éste de que no concurre en ellas ningún conflicto de interés que pueda comprometer su imparcialidad e independencia durante el procedimiento, así como de que se comprometen a poner en conocimiento del órgano de contratación, de forma inmediata, cualquier potencial conflicto de intereses que pueda producirse durante el desarrollo del procedimiento de adjudicación o en la fase de ejecución. Los miembros de las Mesas de contratación u otros órganos de asistencia harán constar dicha manifestación en las actas de sus reuniones. Quienes deban realizar algún informe técnico a solicitud de la Mesa o del propio órgano de contratación lo manifestarán al recibir tal solicitud.

4. Cuando una de las personas mencionadas en el apartado segundo tuviese un interés que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia deberá abandonar el procedimiento y será sustituida por otra persona. Dicha sustitución será comunicada a los participantes en la licitación. La sustitución de personas deberá plantearse no solo si existe un conflicto de intereses real, sino siempre que haya motivos para albergar dudas sobre su imparcialidad.

5. Cuando un licitador presente elementos objetivos que pongan en entredicho la imparcialidad o independencia de alguna de las personas mencionadas en el apartado segundo, la entidad contratante examinará las circunstancias alegadas y decidirá sobre la existencia real o potencial de un conflicto de intereses, pudiendo incluso requerir a las partes para que, en caso necesario, presenten información y elementos de prueba. Caso de apreciar la existencia de un conflicto de intereses, el órgano de contratación podrá declarar nula la actuación que hubiese llevado a cabo dicha persona. Cuando el conflicto afectase al titular del órgano de contratación, la adopción de las medidas anteriores corresponderá a su superior jerárquico o al órgano de gobierno de la institución.

6. Las entidades contratantes podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses».

Sobre el contenido del citado precepto se pronunció esta Junta Consultiva en el Informe 20/2015, a cuyas consideraciones procede remitirse. En todo caso y a la vista de lo establecido directamente en la legislación básica sobre las prohibiciones de contratar, concluía la Junta en su Informe 10/2016, ya citado, lo siguiente:

«el órgano de contratación, una vez acreditada la existencia de los vínculos o supuestos a que se refiere el artículo 60 g) TRLCSP [de tenor literal idéntico al art. 71.1, g) LCSP, actualmente en vigor], deberá acordar el inicio del procedimiento para la declaración de la existencia, o inexistencia, del conflicto de intereses, del que se dará vista y trámite de audiencia al interesado, y, previo el informe de los servicios jurídicos municipales, declarar la existencia o inexistencia de conflicto de intereses.

En el supuesto de que el órgano de contratación declare la existencia de un conflicto de intereses, entrará en juego la prohibición de contratar del artículo 60 g) TRLCSP».

En su Acuerdo 108/2016, de 9 de noviembre, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón examinó el recurso presentado por tres empresas excluidas de un procedimiento de licitación de un acuerdo marco debido a que su consejero delegado era también miembro del consejo de administración de una empresa pública, aunque sin funciones ejecutivas. Señalaba el TACPA en su resolución:

«Del Derecho europeo y de la Directiva 2014/24/UE se deduce, en relación al conflicto de intereses como causa de exclusión que: a) No se requiere que el conflicto sea "real" en cuanto que el interés particular influya de facto en el desempeño de la actividad pública, sino que pueda ser "percibido" como comprometedor de la objetividad, la imparcialidad y la independencia requerida en el procedimiento de contratación; b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación, y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores; c) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado y menos restrictivo para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia».

En nuestro Informe 10/2016 concluíamos concretando de forma casuística la respuesta a una consulta. Podemos resumir lo allí dicho, señalando que «siempre que se dé un conflicto de intereses, con el titular del órgano de contratación», se apreciarían prohibiciones de contratar de hermanos o cuñados de un concejal en los supuestos en que el órgano de contratación sea el Pleno, dado su parentesco en segundo grado (por consanguinidad o por afinidad) con uno de los miembros que integran el órgano colegiado, pero no cuando el órgano de contratación sea el Alcalde, con quien no guardan ninguna relación de parentesco. Un pariente en segundo grado de un concejal que tenga una participación de más del 10 por ciento, límite que se establece en la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, aplicable a la Administración Local en virtud del artículo 75.8 LBRL, incurrirá en prohibición de contratar en los supuestos en que el titular del órgano de contratación sea el Pleno.

En este sentido, existe una clara diferencia entre los conflictos que pueden afectar al personal al servicio de una Administración pública y los que afecten a los miembros de los órganos de gobierno de la misma. Como ha señalado la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Informe 16/2019:

«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».

Añadiendo más adelante,

«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».

En sentido complementario se había pronunciado la Junta Consultiva del Estado en su Informe 31/2015:

«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 todo caso, existe una clara diferencia entre la apreciación de los conflictos de intereses que puedan afectar a las personas al servicio de la Administración pública –muchos de las cuales no tendrán ninguna intervención, directa ni indirecta, no ya en un concreto procedimiento de licitación, ni en el seguimiento y verificación de la realización de la prestación contratada, sino en la propia actividad de contratación de la entidad- y los titulares de los órganos de gobierno de la misma. Mientras en el caso de los primeros la evitación del conflicto parece poder conseguirse mediante la reasignación del funcionario o empleado público a otras tareas, en el caso de los cargos electos o altos cargos de la Administraciones públicas, con mayor razón en caso de ser miembros del específico órgano de contratación, como puede ser el caso de los concejales y es siempre el caso del alcalde, el conflicto de intereses persistirá mientras el alcalde siga desempeñando ese cargo (o, alternativamente, la hermana del alcalde siga siendo administradora de las

empresas o no se excluya a esas empresas como licitadoras). Recuérdese que la finalidad del régimen del conflicto de intereses no es meramente evitar una desigualdad de trato entre licitadores, sino preservar los intereses públicos tanto en la adjudicación como en la ejecución del contrato. Es este último aspecto el que hace que no sea bastante con una abstención puntual en el concreto procedimiento de licitación, porque las eventuales consecuencias desfavorables para el interés público del conflicto de intereses se extiende a la ejecución del contrato y su control, bastando una influencia que pueda condicionar –o aparentar que condiciona- ese control para que persiste el conflicto.

V. Conflicto de intereses y contratación directa: uso del contrato menor.

El contrato menor es un procedimiento de contratación directa cuya finalidad es atender de forma ágil a necesidades imprevistas y que requieren de desembolsos de pequeña cuantía por la Administración pública adquirente del bien o servicio. No es un mecanismo contractual adecuado para atender a necesidades periódicas o recurrentes, aunque los contratos tengan un valor estimado de cuantía pequeña. Por tanto, la utilización repetida del contrato menor con el mismo proveedor para la adquisición bienes o servicios de naturaleza análoga no parece en principio una práctica correcta. Con mayor razón si se puede reforzar una apariencia de parcialidad en la contratación.

La regulación de los contratos menores se encuentra en el artículo 118 de la LCSP y en el artículo 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, recientemente modificado por medio de la disposición final cuarta de la Ley 1/2021, de 11 de febrero, de simplificación administrativa. De acuerdo con esta última norma, puede aplicarse de forma opcional un procedimiento de licitación específico para los contratos menores, de carácter sumamente escueto: anuncio en el perfil del contratante, detallando objeto y prestaciones del contrato, criterios de adjudicación y circunstancias a tener en cuenta en la ejecución; un mínimo de 5 días hábiles para presentación de ofertas; y abierto a cualquier empresario con solvencia, capacidad de obrar y, en su caso, que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Este procedimiento opcional se convierte en preceptivo para contratos de servicios que puedan ser prestados por varios empresarios, de valor estimado entre 5.000 y 15.000 euros, aunque pueda ser sustituido también en este caso por la consulta telemática previa a un mínimo de tres empresas. Estos mecanismos tienen carácter de garantía mínima y, por tanto, podrían ser utilizados también como garantía adicional en otros contratos menores de considerarlo conveniente el órgano de contratación.

No obstante, y aunque estos trámites puedan contribuir a evitar una apariencia de arbitrariedad derivada del uso de la contratación directa, el contrato menor sigue estando reservado para la satisfacción de necesidades puntuales.

III. CONCLUSIONES

I. La prohibición de contratar contenida en el artículo 71.1, g) de la LCSP se aplica a los miembros de las corporaciones locales, a sus cónyuges y personas ligadas con análoga relación de convivencia, a ascendientes, descendientes y a los parientes de segundo grado, como personas físicas, como administradores de personas jurídicas y como participantes que superen el diez por ciento del capital social por cualquier título, siempre que haya conflicto de intereses.

II. El potencial conflicto de intereses no puede limitarse al tratamiento igual de los participantes en el procedimiento de licitación, sino que se extiende a la ejecución del contrato. En consecuencia, no es suficiente la eventual abstención en el procedimiento de licitación, sino que es necesaria la adopción de medidas que eviten tanto la existencia de un conflicto efectivo, como su apariencia.

En el caso de un empleado público, en la mayoría de los casos será posible adoptar medidas organizativas que eviten cualquier posible influencia en los procedimientos de licitación o en la relación entre poder adjudicador y contratista. En el caso de cargos electos eso es mucho más difícilmente conseguible, aunque debe distinguirse entre quienes sean miembros del órgano de contratación y quienes no lo sean, además tener en consideración si forman parte del equipo de gobierno, de la mayoría que lo soporta, o de la oposición.

III. En el caso de que el afectado por la prohibición de contratar sea un alcalde, el conflicto de intereses persistirá mientras siga desempeñando sus funciones, a no ser que se produzca la exclusión del licitador (o, por supuesto, cambios en la organización o composición accionarial de la empresa privada).

En este sentido, en los supuestos contemplados en la prohibición de contratar del art. 71.1, g) de la LCSP el conflicto de intereses no se solventará con la mera abstención del alcalde. Tampoco se eliminaría el conflicto de intereses con la delegación de la competencia en el Pleno, órgano del que el alcalde forma parte de forma necesaria.

IV. El recurso al contrato menor está limitado a la satisfacción de necesidades puntuales que requieran gastos públicos de escasa cuantía. Ni siquiera la tramitación con publicidad prevista como opcional en la legislación aragonesa permite su utilización repetida para satisfacer necesidades periódicas o recurrentes.