

**ASUNTO: INFORME SOLICITADO POR EL AYUNTAMIENTO DE \_\_\_\_\_ SOBRE " LAS POSIBLES INCOMPATIBILIDADES EN QUE PUDIERAN INCURRIR CONCEJALES TANTO DE EQUIPO DE GOBIERNO, COMO DE LA OPOSICIÓN, QUE SIN COMPETENCIAS EN MATERIA DE CONTRATACIÓN PARA EL SUMINISTRO Y/O OBRAS A ESTE AYUNTAMIENTO EN CONTRATOS FINANCIADOS POR SUBVENCIONES EXTERNAS QUE RECIBE ESTE AYUNTAMIENTO"**

**0835/18**

**E**

**\*\*\*\*\***

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr/a. Presidente/a de la Mancomunidad \_\_\_\_\_, se emite el presente,

## **INFORME**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

Mediante escrito el Sr/a. Presidente/a del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_ solicita informe en relación con el asunto epigrafiado, manifestando lo siguiente:

*" Ante la existencia de concejales tanto de equipo de gobierno, como de la oposición, que sin competencias en materia de contratación, ejercen actividades, directamente o familiares directos, en suministro y construcción.*

*Desde esta alcaldía se solicita informe sobre las posibles incompatibilidades que pudieran incurrir en el suministro y/o obras a este Ayuntamiento en contratos financiados por subvenciones externas que recibe este Ayuntamiento"*

### **LEGISLACION APLICABLE**

- -Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)
- -Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG)

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

*El art. 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 -LCSP 2017- , establece como prohibición para contratar:*

*“g) Estar incursa 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 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.”*

El fundamento de esta prohibición descansa en el principio de imparcialidad; con ella se busca preservar la “moralidad administrativa”, no siendo suficiente con que la Administración contratante se someta a la legislación sobre contratación pública, sino que es preciso disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa.

En este sentido, el art. 64 LCSP 2017 impone a los órganos de contratación 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 licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia y la igualdad de trato a todos los licitadores.

La concurrencia de la prohibición de contratar supone una causa de nulidad de derecho administrativo del contrato correspondiente (art. 39.2.a LCSP 2017).

La LO 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General -LOREG-, dispone en su art. 178 las causas de inelegibilidad, que lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal, y en su apartado 2.d) se refiere a los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes.

El Informe 6/2010, de 23 de julio, de la JCCA del Estado , considera que aunque la LOREG en su art. 178.2.d) parece extender la prohibición de contratar de los Concejales a las sociedades en las que participe, sin tener en cuenta cuál sea esa participación, debe aplicarse por analogía el límite de participación en el capital social del 10% previsto en el art. 12.1.d) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones Públicas -LIPAP- y

en el art. 13.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Conviene indicar que las causas de incompatibilidad del cargo de Concejal, como las prohibiciones para contratar, tienen como última causa la indicada en la Sentencia del TS de 31 de mayo de 2004 :

*“En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de «moralidad pública» para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no sólo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la Corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas.”*

La Ley habla de prohibición de contratar en aquellos contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes; pensamos que la financiación se ha de interpretar como “pago”, aunque los créditos provengan de otra Administración. Pero no afecta, sin embargo, a los contratos en los que es el corporativo el que paga una cantidad a la entidad (arrendamientos, ventas de parcelas, concesiones de bienes comunales, etc.), salvo que el precio sea inferior al de mercado, estando en alguna medida “subvencionado” por la entidad contratante.

En relación con la referencia 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, el Informe 10/2016, de 18 de mayo, de la JCCA de Aragón, indica que para que las prohibiciones de contratar alcancen a aquéllos, se tiene que producir un conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación, o con los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar, o con quienes ejerzan la sustitución del primero. Es decir, la ley no determina que la relación de parentesco, en sí misma considerada, suponga la existencia de un conflicto de intereses.

El conflicto de intereses tiene carácter objetivo, porque puede ser contrastado, discutido y argumentado, por lo que tendrá que probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de la contratación pública y un falseamiento real de la concurrencia y competencia entre los licitadores.

Habría conflicto de intereses, al menos, cuando 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 económico o personal en dicha licitación.

En el Informe 3/2017, de 12 de abril, de la JCCA de la C. Valenciana , en el caso planteado sobre si la empresa de la que es titular el cónyuge de un Concejal de un Ayuntamiento se encuentra incurso en la causa de prohibición de contratar con éste,

dispone la Junta que se dará siempre que dicho Concejal participe en el procedimiento de contratación, así como cuando la participación del cónyuge en la titularidad de la empresa supere el umbral establecido legalmente para los cargos electos de las Entidades Locales o, en su defecto y por analogía, el establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como cuando dicho cónyuge ejerza funciones de Administrador o de dirección de la empresa.

Y señala que:

*“Cuando el concejal no participe en el procedimiento de contratación, pero pueda influir de alguna forma en las decisiones que se adopten, la empresa en la que su cónyuge sea titular, participe o administrador en los términos expresados en el apartado anterior, no se encontrará incurso en la causa de prohibición de contratar prevista en el citado artículo del TRLCSP, pero su participación en dicho procedimiento originaría una situación de conflicto de intereses de las previstas en la Directiva 2014/24/UE que, en su caso, exige del órgano de contratación su detección y la adopción de las medidas que sean necesarias para prevenirla y solucionarla de forma que se aseguren los principios rectores de la contratación del sector público”.*

### **Conclusiones**

- 1ª.** Un Concejal está incurso en prohibición de contratar o subcontratar con la Administración de la que forme parte. Hay que extender dicha prohibición de contratar a las sociedades en las que la participación del Concejal en el capital social sea igual o superior al 10%.
- 2ª.** Para que las prohibiciones de contratar alcancen a los cónyuges y otros parientes, se tiene que producir un conflicto de intereses. Cuando el Concejal no participe en el procedimiento de contratación, pero pueda influir de alguna forma en las decisiones que se adopten, exige del órgano de contratación que adopten las medidas que sean necesarias para prevenirlo y solucionarlo de forma que se aseguren los principios rectores de la contratación del sector público.
- 3ª.** La ley habla de prohibición de contratar en aquellos contratos cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes, por lo que consideramos que la financiación se ha de interpretar como “pago”, aunque los créditos provengan de otra Administración.

Este es el informe de la Oficialía Mayor en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para con lo solicitado por el Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, advirtiéndose expresamente que su contenido no pretende, en modo alguno, sustituir o suplir el contenido de aquellos otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente, y en su caso, se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

En Badajoz 2018