

**ASUNTO: INCOMPATIBILIDAD DE UN CONCEJAL Y DE SU HERMANO PARA LA CONTRATACIÓN DE OBRAS MUNICIPALES.**

1004/18

E

\*\*\*\*\*

En relación con el asunto epigrafiado, por encargo del Sr. Oficial Mayor de esta Diputación y a petición del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, se emite el presente Informe, el cual no tiene carácter vinculante y cuyo ponente ha resultado ser el funcionario arriba indicado.

## **INFORME**

### **1. ANTECEDENTES.**

Según los datos aportados por el Ayuntamiento referenciado, los antecedentes del asunto objeto del presente informe, de manera resumida, son los siguientes:

- Con fecha \_\_ de \_\_\_\_ de \_\_\_\_, tiene entrada por medio de ORVE, nº de registro \_\_\_\_\_, escrito del Ayuntamiento de \_\_\_\_\_, mediante el que se solicita informe jurídico en relación con el siguiente asunto:  
*"Vistos los informes de la Oficialía Mayor de la Excelentísima Diputación de Badajoz de fecha \_\_/\_\_/\_\_ y \_\_/\_\_/\_\_ relativos a incompatibilidad en materia de contratación sobre un concejal adjuntamos recurso de reposición interpuesto por el mismo donde aporta informe de la Oficialía Mayor de la Excelentísima Diputación de Badajoz y solicitamos Informe Jurídico que aclare la incompatibilidad en materia de contratación sobre el hermano de dicho concejal."*
- A la solicitud se acompaña escrito de Don \_\_\_\_\_, Concejal afectado, presentado en el Registro General del Ayuntamiento con fecha \_\_/\_\_/\_\_\_\_, NRE \_\_\_\_\_.

### **2. LEGISLACIÓN APLICABLE.**

III. Constitución Española de 1978 (CE).

IV. Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).

- V. Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG).
- VI. 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).

### **3. FONDO DEL ASUNTO.**

1º. Vistos los informes emitidos en relación con este mismo asunto 784/IJ/2018, de 18 de septiembre de 2018, y 844/IJ/2018, de 4 de octubre de 2018, así como los antecedentes que constan en sus respectivos expedientes, los funcionarios que emiten el presente informe, se ratifican en cuanto se puso de manifiesto en los informes citados, que se dan por reproducidos, con el fin de evitar reiteraciones innecesarias.

2º. En el supuesto planteado, debe resolverse por el órgano de contratación a la luz de la regulación contenida en el artículo 71.1.g) de la LCSP: *"1. 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 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 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.”*

Atendiendo a las sucesivas remisiones que realiza el párrafo primero del apartado g) de la LCSP, interesa al caso la última de ellas referida a la LOREG, cuyo artículo 178 establece el régimen general de incompatibilidades de los cargos electos de las Entidades Locales, en concreto de los concejales tal y como establece el apartado d), que regula de manera específica las incompatibilidades en materia de contratación disponiendo que *“2. 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.”*

Una vez determinada la incompatibilidad del Concejales, con el alcance establecidos en los párrafos primero y segundo del transcrito artículo 71.1.g) de la LCSP, el último párrafo extiende la incompatibilidad para contratar a determinados familiares entre los que incluye a parientes en segundo grado (en los que quedan incluidos los hermanos, conforme a las reglas del artículo 918 del Código Civil). Sin embargo, esa incompatibilidad no es predicable en términos absolutos, sino que el inciso final del párrafo señala que se producirá *“... 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.”* Sobre qué sea el conflicto de intereses y su alcance da alguna pista el apartado 2 artículo 64 de la LCSP al señalar que:

*“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."*

Téngase presente que el precepto transcrito no impone un concepto preciso de conflicto de intereses, sino que se limita a señalar cuando se produce en todo caso y en el apartado 2 lo refiere particularmente al personal al servicio del órgano de contratación, en tanto que en el apartado 1 señala que podrá producirse cuando se pueda distorsionar la competencia o no se garantice la transparencia o la igualdad de trato entre los candidatos o licitadores.

De manera que es el propio órgano de contratación el que de manera particular, caso a caso y justificándolo en el expediente el llamado a determinar si existe o no ese conflicto de intereses. Esa apreciación es de naturaleza fáctica, sin que haya lugar a otra calificación o consideración que la mera concreción de los hechos por los que el órgano considera que se produce el conflicto de intereses. Así resulta del tenor de la norma y así lo entiende la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en el dictamen 11/18, precisamente aportado al expediente por el propio recurrente: *"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."*

3º. En conclusión, el órgano de contratación, en este caso el Alcalde, debe resolver el recurso en atención a si existe o no el pretendido conflicto de intereses, de manera que si estima que se ha producido el conflicto de intereses procede la desestimación del recurso. Caso contrario, si se considera que no se ha producido conflicto de intereses de clase alguna, procede la estimación del recurso, resolviendo lo que proceda sobre la adjudicación del contrato en cuestión.

Este es el informe de la Oficialía Mayor (Asistencia y Asesoramiento Jurídico Local) en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para 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 se deban emitir para la válida adopción de acuerdos, motivo por el cual se somete este informe a cualesquiera otro mejor fundado en Derecho.

Badajoz 2018.