

ASUNTO: "INCOMPATIBILIDAD PARA CONTRATAR CON PERSONAS VINCULADAS AL ALCALDE POR RAZÓN DE PARENTESCO Y CONSECUENCIAS Y RESPONSABILIDADES EN LAS QUE SE PUEDE INCURRIR POR CONTRATAR SIN SUJECIÓN AL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO"

45/2020

E

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición de la Sr/a. Alcalde/sa-Presidente/ a del Ayuntamiento de XXXXXX, se emite el presente

INFORME

ANTECEDENTES

Escrito del Sr. Alcalde-presidente del Ayuntamiento de XXXXX, sobre el asunto epigrafiado, en el que solicita informe sobre la *POSIBILIDAD DE CONTRATAR CON PERSONAS VINCULADAS AL ALCALDE POR RAZÓN DE PARENTESCO (PRIMER Y SEGUNDO GRADO DE CONSANGUINIDAD) Y CONSECUENCIAS Y RESPONSABILIDADES EN LAS QUE SE PUEDE INCURRIR POR REALIZAR ENCARGOS DE OBRAS Y/O SUMINISTROS SIN SUJECIÓN AL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO.*

LEGISLACIÓN APLICABLE

- Constitución Española de 1978 (CE).
- Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL).
- Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG). ART. 178
- 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 014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

- Ley 39/2015, de 31 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- Ley 40/2015, de 31 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. DE LAS INCOMPATIBILIDADES PREVISTAS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

El artículo 71 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 contiene las prohibiciones para contratar que encuentran su fundamento en el principio de imparcialidad consagrado en el artículo 103.3 de la Constitución. Así, el referido artículo 71 dispone lo siguiente:

“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.”

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. Pues, como pone de manifiesto la STS de 31 de mayo de 2004, en toda relación contractual se dan situaciones de intereses contrapuestos, propios de los contratos bilaterales, en las que no es posible actuar con la objetividad e imparcialidad que la ley requiere, si quien ejerce el cargo de concejal ostenta, a la vez, la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece.

El fundamento de esta prohibición de contratar ha sido identificado por la jurisprudencia 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. Y así, 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». Y, en apoyo de esta afirmación, se indicaba que: «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”.

La LCSP determina por tanto la incompatibilidad (prohibición de contratar) del Alcalde/Concejal, con el alcance establecido en los párrafos primero y segundo del transcrito artículo 71.1.g) de la LCSP. Conforme con ello, el último párrafo extiende la incompatibilidad para contratar a determinados familiares entre los que incluye a parientes en segundo grado de consanguinidad (padres, hijos y hermanos conforme a las reglas del artículo 918 del Código Civil) y afinidad. Sin embargo, esa incompatibilidad no es predicable en términos absolutos, sino que se condiciona a 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, esto es , como indica 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 el alcance del concepto de conflicto de intereses, resulta ilustrativo el 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 contiene un concepto preciso de conflicto de intereses, sino que señala que podrá producirse cuando se pueda distorsionar la competencia o no se garantice la transparencia y la igualdad de trato entre los candidatos y licitadores. De manera **la norma atribuye al órgano de contratación la obligación de determinar caso a caso y justificar en el expediente 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 : “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.”

En cuanto al **órgano de contratación**, es necesario acudir a la Disposición Adicional 2ª del TRLCSP, cuyo tenor literal es el siguiente:

« *Corresponden a los Alcaldes y a los Presidentes de las Entidades locales las competencias*

como órgano de contratación respecto de los contratos de obras, de suministro, de servicios, de gestión de servicios públicos, los contratos administrativos especiales, y los contratos privados cuando su importe no supere el 10 por 100 de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, incluidos los de carácter plurianual cuando su duración no sea superior a cuatro años, siempre que el importe acumulado de todas sus anualidades no supere ni el porcentaje indicado, referido a los recursos ordinarios del presupuesto del primer ejercicio, ni la cuantía señalada».

Será por tanto el Alcalde, el órgano de contratación en los contratos cuyo importe no supere el 10% de los recursos ordinarios del presupuesto ni, en cualquier caso, la cuantía de seis millones de euros, correspondiendo al Pleno en los restantes casos. En ambos casos el Alcalde se verá afectado por la prohibición que el artículo 71.1 g) LCSP establece, haciéndose extensiva esta prohibición a cónyuge, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes en los términos previstos en el citado artículo.

II. DE LAS CAUSAS DE INCOMPATIBILIDAD PREVISTAS EN LA LOREG.

En el caso planteado no concurriría la causa de incompatibilidad prevista en la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio, del Régimen Electoral General, que resulta aplicable a las elecciones de los miembros de las Corporaciones Locales (art. 1), dado que en el supuesto planteado no es el Alcalde, sino su familiar, quien tendría la condición contratista o subcontratista de la Administración en cuestión.

Artículo 178 el apartado 2.d) señala como incompatible con la condición de Concejal, la condición de *“Contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes”*.

III. DE LAS CONSECUENCIAS DE CONTRATAR SIN EL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ESTABLECIDO.

La Ley de Contratos del Sector Público consagra el carácter formalista de la contratación pública en cuanto que requiere la sujeción a un procedimiento reglado que garantice la publicidad y transparencia de los procedimientos. Así, el artículo 131 de la referida ley dispone que *“los contratos que celebre las Administraciones Públicas se adjudicarán con arreglo a lo previsto de la presente sección”*. Únicamente en los supuestos de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional podrá el órgano de

contratación obviar la tramitación del correspondiente expediente, pudiendo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 120 de la referida ley, posibilita ordenar la ejecución de lo necesario para " remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente".

Fuera e estos casos, los contratos verbales o sin sujeción a procedimiento alguno incurren en un supuesto de nulidad de pleno derecho ex artículo 39 de la LCSP.

La STS 743/2013, de 11 de octubre de 2013 refiere que cuando se trata de infracciones del procedimiento, la jurisprudencia ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se cumplen o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales. Así, se ha dicho que "... *el procedimiento administrativo tiene la doble finalidad de servir de garantía de los derechos individuales y de garantía de orden de la Administración, y de justicia y acierto en sus resoluciones. Por un lado tiene una finalidad general orientada a someter la actuación administrativa a determinadas formas que permitan su comprobación y control formal, y por otro, otra de mayor trascendencia, dirigida a establecer determinados controles sobre el fondo de la actuación de que se trate. Ambas deben ser observadas en la actividad administrativa ...*" (STS 1658/2003, de 4 de diciembre). Se podrá apreciar la existencia de una resolución arbitraria cuando "... *omitir las exigencias procedimentales suponga principalmente la elusión de los controles que el propio procedimiento establece sobre el fondo del asunto, pues en esos casos, la actuación de la autoridad o funcionario no se limita a suprimir el control formal de su actuación administrativa, sino que con su forma irregular de proceder elimina los mecanismos que se establecen precisamente para asegurar que su decisión se sujeta a los fines que la Ley establece para la actuación administrativa concreta en la que adopta su resolución. Son, en este sentido, trámites esenciales* ". (STS núm. 331/2003, de 5 de marzo).

El artículo 39 LCSP establece como una de las causas de nulidad de contratos las establecidas en el artículo 47 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC): «*Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados*».

En caso de encontrarnos en esta situación, será de aplicación lo dispuesto en el artículo 106.1 de la LPAC respecto a la facultad de revisión de los actos administrativos:

*«1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, **declararán de oficio la nulidad** de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1».*

El artículo 42 de la LCSP determina que declarada la nulidad de un contrato entrará en fase de liquidación, debiendo las partes restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen percibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible, se devolverá su valor.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha matizado estas consecuencias que lleva aparejada la nulidad del contrato, considerando que si la prestación ha sido efectivamente realizada, la Administración está obligada al pago de su importe, impidiéndose, de esta forma, que se produzca un enriquecimiento injusto de aquélla y sin perjuicio de su derecho de exigir las responsabilidades que corresponda por razón de las irregularidades. Así, las sentencias del Tribunal Supremo de 24 de julio de 1992, 28 de mayo de 1996 y 4 de marzo de 1997, respectivamente.

Respecto de la responsabilidad de autoridades y del personal al servicio de las Administraciones Públicas la Disposición Adicional vigésima octava dispone que la responsabilidad patrimonial de las autoridades y del personal al servicio de la Administración Pública, se exigirá con arreglo a la Ley 40/2015, de 31 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público, así como la normativa de desarrollo de la misma.

Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades que en su caso, sean civiles o penales, pudieran derivarse de tales actuaciones.

Así el artículo 78.3 LBRL prescribe que *“Las Corporaciones locales podrán exigir la responsabilidad de sus miembros cuando por dolo o culpa grave, hayan causado daños y perjuicios a la Corporación o a terceros, si éstos hubiesen sido indemnizados por aquélla.”*

CONCLUSIÓN

1.- Con independencia de que el órgano de contratación sea el Alcalde o el Pleno, del que el Alcalde forma parte como miembro integrante del mismo y que le permite una potencial influencia sobre el sentido de la decisión, se incurrirá en prohibición de contratar en el caso de que se haga con el cónyuge, persona vinculada con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como con parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad en tanto en cuanto existe un conflicto de interés real. 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. 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.

2.- La ausencia de procedimiento en la contratación administrativa supone una vulneración de la ley que conlleva la nulidad de los contratos y la posible exigencia de responsabilidad administrativa, civil y/o penal.

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 XXXXXX 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, a 16 de Enero de 2020