

ASUNTO: PROHIBICIONES PARA LA CELEBRACIÓN DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS CON EL CÓNYUGE DE UNA CONCEJALA.**1128/19**

En relación con el asunto epigrafiado, y a petición del Sr. Alcalde del Ayuntamiento de XXXXX, se emite el presente,

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 23 de octubre de 2019 (Nº Registro ORVE REGADE 19s00004670896), el Ayuntamiento de XXXX dirige escrito mediante el que solicita informe jurídico en relación con el siguiente asunto:
*“1. ¿Existe prohibición de contratar con el cónyuge de una concejala?
2. ¿En el caso de que se pudiera contratar, podrían adjudicarse directamente contratos menores al cónyuge de la concejala, en cuya tramitación, no hay libre concurrencia?”*

2. 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).
- 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).

- Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre (ROF).

3. FONDO DEL ASUNTO.

1º. La regulación a cerca de las prohibiciones de contratar está recogida en el artículo 71 de la LCSP, cuyo apartado 1 relaciona supuestos diversos, de los que interesa al caso el apartado g): *“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.”* De manera que resulta incuestionable la incompatibilidad los concejales, con el alcance y en los términos establecidos en los párrafos primero y segundo del transcrito artículo 71.1.g) de la LCSP.

2º. Vista la incompatibilidad de la concejala, el último párrafo extiende la incompatibilidad para contratar a determinados familiares entre los que incluye el cónyuge. 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.”*

El conflicto de intereses se regula el apartado 2 artículo 64 de la LCSP en los siguientes términos:

“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.”

Hay que tener 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, señalando en el apartado 1 que se producirá cuando se pueda distorsionar la competencia o no se garantice la transparencia o la igualdad de trato entre los candidatos o licitadores, en tanto que en el apartado 2 lo refiere particularmente al personal al servicio del órgano de contratación, por lo que en principio no resulta de aplicación, si bien el párrafo segundo de este mismo apartado impone una regla de comportamiento que tiene carácter general, dirigida a todas las personas o entidades.

De manera que es el propio órgano de contratación el que, caso a caso y justificándolo en el expediente, deberá 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 o no 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.”*

3º. En otro orden, conviene destacar que las prohibiciones de contratar, puesto que suponen una limitación de derechos, deben ser interpretadas de forma restrictiva respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o analógica. En tal sentido se viene pronunciando tanto los tribunales de justicia como los órganos consultivos. A título de ejemplo el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de abril de 2012 ha declarado:

“... las causas de incompatibilidad establecidas por la LOREG, en tanto en cuanto son excepciones de criterios generales de participación en tareas de carácter público, han de ser interpretadas de modo restringido. En el bien entendido de que con

el régimen de incompatibilidades se trata de garantizar la objetividad, imparcialidad, eficacia y transparencia en el desempeño del cargo o función pública de que se trata.

Por consiguiente, no cabe una interpretación extensiva de las incompatibilidades, cuya interpretación y precisión ha de estar presidida por la indicada finalidad de preservar a la función pública de una influencia desviada del interés público, por la posible contaminación o incidencia en la toma de decisiones que puede representar una eventual colisión con interés extraños a los de la ciudadanía a que ha de servir el cargo que se ostenta o por la incidencia en dichas decisiones de intereses privados o particulares.”

En términos parecidos el reciente informe 1/2018, de 11 de enero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, señala que *“No obstante lo anterior, las prohibiciones de contratar en tanto que normas que suponen una limitación de derechos, deben ser interpretadas de forma restrictiva respecto a sus supuestos y contenidos, sin que sea posible su aplicación extensiva o analógica.”*

4º. En conclusión, el órgano de contratación que con carácter general, tratándose de contratos menores, será el Alcalde, debe resolver en atención a si existe o no el pretendido conflicto de intereses, de manera que si estima que efectivamente se produce en modo alguno debe adjudicar el contrato. Caso contrario, si se estima que no existe conflicto de intereses de clase alguna, estaría en condiciones de resolver lo que proceda en relación con la adjudicación del contrato en cuestión.

Este es el informe de la Oficialía Mayor – Área de Cooperación Municipal, en relación con el asunto de referencia, con efectos meramente ilustrativos y no vinculantes para el Ayuntamiento de XXXXX, 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 2019