

Informe 1/2024, de 4 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Prohibiciones para contratar e incompatibilidades aplicables a los familiares de los miembros del ayuntamiento del municipio de Manzanera (Teruel).

I. ANTECEDENTES

La Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Manzanera (Teruel) se dirige, con fecha 12 de marzo de 2024, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

La Sra. Alcaldesa ha puesto en conocimiento del Ayuntamiento una relación afectiva con uno de los electricistas del municipio, y es posible que un futuro se contraiga matrimonio. Considerando que se produciría una incompatibilidad para contratar con el órgano de contratación que es la Alcaldía se quiere consultar sobre este tema.

Ya en el año 2016 el Ayuntamiento de Manzanera consultó sobre la existencia de prohibiciones para contratar de familiares de Concejales. En ese informe la Junta clarificó que la prohibición para contratar se daba cuando el órgano de contratación era el Pleno y no cuando el órgano de contratación era el Alcalde.

En las consultas realizadas en ese momento no se hacía mención específica al Alcalde. Es por ello que se quiere solicitar aclaración sobre este cargo en particular.

Manzanera es un municipio situado a 55 km y esta situada en una de las Comarcas más despobladas de todo Aragón no existen muchas empresas de electricidad en los alrededores. Teniendo en cuenta que la población es de unos 530 habitantes las licitaciones que se publican en la plataforma de contratación que afectan al ámbito eléctrico no suelen ser de un precio elevado. Es por ello que se considera que se podría producir el efecto contrario y debido a la escasez de empresas interesadas se elevasen los precios de la licitaciones. Y por ello se hace esta consulta.

Considerando que el conflicto de intereses se produce con el órgano de contratación, si la Sra. Alcaldesa delegase todo el procedimiento de contratación incluyendo la ejecución del contrato en el Sr. Teniente Alcalde, ¿Continuaría existiendo prohibición para contratar por ser específicamente la Alcaldesa la persona con la que se tiene la relación afectiva o un futuro vínculo matrimonio?

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 4 de abril de 2024, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitar informe.

Con carácter previo a entrar en el examen de las cuestiones planteadas procede reiterar el criterio de esta Junta Consultiva por cuanto que a la misma no le corresponde emitir informes en asuntos concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales atribuyen a órganos específicos y determinados en el ámbito de la contratación pública

Por otra parte, de conformidad con el artículo 98.2 b) de la Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón y del artículo 3.2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, compete a esta Junta Consultiva Informar sobre las cuestiones que facultativamente se sometan a su consideración en materia de contratación pública.

Por ello, no existe impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea la Sra. Alcaldesa de Manzanera (Teruel), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del régimen de las prohibiciones para contratar aplicables al círculo familiar y afín de los miembros de las entidades locales de las que forman parte.

La Sra. Alcaldesa del Ayuntamiento de Manzanera (Teruel), es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Reglamento.

II.- Consideraciones generales.

El artículo 23.2 de la Constitución Española establece el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes. Los electos locales, en tanto que representantes de la voluntad popular, tienen como objetivo principal servir al interés general. El mismo texto constitucional establece que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales, y prevé, en su artículo 103.3, que la ley regulará el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones de los funcionarios públicos. Por otra parte, el artículo 7.3 de la Carta Europea de Autonomía Local (CEAL) establece que *“las funciones y actividades incompatibles con el mandato del representante local no pueden ser fijadas más que por ley o por principios jurídicos fundamentales”*. En este sentido, el ordenamiento prevé el régimen de incompatibilidades de los concejales y en qué situaciones se incurre en una prohibición para contratar en el ámbito del sector público. En concreto, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) establece la prohibición de contratar en determinados supuestos, entre ellos con los cargos electos.

Las prohibiciones de contratar hacen referencia a aquellas situaciones en las que personas físicas o jurídicas pueden incurrir y que suponen la imposibilidad de que sean parte de un contrato administrativo. Como ya indicó esta Junta, en su Informe 5/2013, de 10 de abril, el fundamento de esta prohibición de contratar se encuentra en el principio de imparcialidad del artículo 103.3 de la Constitución Española -referido anteriormente-, y que la jurisprudencia ha identificado con la exigencia de que el principio de imparcialidad que esta prohibición de contratar trata de salvaguardar 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.

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.

Sobre estas cuestiones, se pronunció el Tribunal Supremo, en la Sentencia 3736/2004, de 31 de mayo, indicando en su fundamento tercero lo siguiente:

“Desde luego, no se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido.

A los concejales les es aplicable la prohibición de contratar establecida en el artículo 20.e) LCAP, en cuanto cargo electivo de la Corporación municipal. Y con ello, es verdad, la ley pretende evitar que, al mismo tiempo, se ejerza dicho cargo y se ostente la condición de contratista en una relación contractual con la Corporación local a la que pertenece, y en la que, lógicamente, se darán las situaciones de intereses contrapuestos propias de los contratos bilaterales. Pero, también se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. 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 solo 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. Por consiguiente, ha de

considerarse que, en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta o de haber sido "elegido para el puesto de trabajo", como sostiene el recurrente."

Efectuadas las anteriores consideraciones debemos pasar a analizar la regulación concreta de la prohibición de contratar que afecta al círculo familiar y afectivo de los miembros electos de las Corporaciones Locales, así como su aplicabilidad y consecuencias.

III.- De las prohibiciones de contratar en el ámbito familiar y de afinidad de los miembros de las Corporaciones Locales.

A las prohibiciones para contratar de miembros de las corporaciones locales se ha referido esta Junta, entre otros, en sus Informes 10/2010, de 15 de septiembre, 24/2011, de 12 de septiembre; 5/2013, de 10 de abril, 7/2013, de 10 de abril; 3/2014, de 22 de enero, 11/2015, de 30 de septiembre; 12/2015, de 30 de septiembre; 7/2016, de 20 de abril; 10/2016, de 18 de mayo; y 5/2021, de 9 de abril, cuyas consideraciones de carácter general se dan por reproducidas.

El artículo 65.1 de la LCSP prevé que: *"Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas."* Por lo tanto, la no inclusión en ninguno de los supuestos de prohibición de contratar supone, por tanto un límite claro para celebrar contratos con el sector público.

El supuesto concreto, debemos atender a lo establecido en **el artículo 71.1 g) de la LCSP**, por cuanto que no pueden contratar con las entidades que integran el ámbito subjetivo de la LCSP (artículo 3) -y entre las que se encuentran los entes locales, así como las entidades dependientes de ellos-, 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 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.”

El antecedente inmediato de esta previsión lo encontramos en el anterior artículo 60.1 g) del anterior Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP), cuyo tenor es idéntico al artículo 71.1 g) de la vigente LCSP, y que fue reformado por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico de Sector Público, por la cual se incorporó la novedad de que tal prohibición no solo afectaba a los descendientes, sino también a los ascendientes, así como a los parientes en segundo grado por consanguineidad y las personas con las que tengan afinidad.

Finalmente se incorporó una condición, que es que dicha extensión debe interpretarse de forma restrictiva, ya que solo existirá dicha prohibición para el círculo familiar, afectivo o de afinidad “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 este sentido, y tal y como señaló la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su Informe 3/2017, de 3 de abril, refiriéndose al artículo 60.1 g) del TRLCSP, la meritada prohibición puede separarse en distintos supuestos que serían los siguientes:

- Que o bien la persona física o bien los administradores de la persona jurídica que se proponga licitar estén afectados por algún tipo de incompatibilidad de las descritas para los miembros del Gobierno y para los altos cargos de la Administración General del Estado; que estén afectadas por las previstas en la normativa de las Comunidades Autónomas; que les sean aplicables alguna de las descritas en la ley de Incompatibilidades o que se trate 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 misma¹.

- El segundo supuesto de prohibición se refiere a las personas jurídicas en cuyo capital participen el personal y los altos cargos a que se refieren las leyes que hemos citado, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

- El último supuesto de prohibición, y que es el referido a la consulta aquí planteada, alude 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. Este precepto exige una doble condición:

1. Que exista la relación familiar o de afinidad que el precepto contiene.

2. Que se produzca un 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.

Así las cosas, en los supuestos en los que concurra la primera premisa quedará por establecer si concurre o no la situación de conflicto de intereses. Esta figura, la cual condiciona la extensión de una prohibición de contratar por causa del artículo 71.1.g) LCSP a determinados familiares y afines, es un concepto de

¹En el ámbito de las entidades locales, el régimen de incompatibilidades se regula en la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI), y la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (LOREG) cuyo artículo 178.2 d) señala: *“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.”*

carácter independiente y autónomo (más amplio que el de la estricta prohibición de contratar) que se puede definir como 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. En este sentido, según el artículo 64.2 LCSP *“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”*.

Por tanto, para que concurra la prohibición de contratar es necesario que exista un posible conflicto de intereses entre el potencial licitador y el personal al servicio del órgano de contratación, el cual viene dado por el vínculo personal que existe en el presente caso, sin que la prohibición pueda extenderse a los familiares de todo el ayuntamiento, lo que no implica que el órgano de contratación se vea eximido de la obligación de analizar la posible concurrencia de un conflicto de intereses, caso por caso, apreciación que deberán realizar de forma directa los órganos de contratación (artículo 72.1 LCSP).

IV. Sobre la configuración del conflicto de intereses y su incidencia en la contratación pública

La Oficina Europea de Lucha contra el Fraude de la Comisión Europea, en su Guía para la detección de conflictos de intereses en los procedimientos de contratación pública en el marco de las acciones estructurales ha señalado lo siguiente:

“El concepto de conflicto de intereses no ha sido armonizado en toda la Unión Europea. Algunos Estados miembros (como Rumanía) lo definen en su legislación penal, pero otros no (por ejemplo, Francia y el Reino Unido). No obstante, esto no significa que en dichos países esta cuestión no pueda ser objeto de incriminación penal. Por ejemplo, el delito

tipificado en la legislación del Reino Unido para hacer frente a estos casos se denomina «uso indebido de un cargo público», de modo que puede comprender otros casos que no se ciñan solo al conflicto de intereses, y podrá ejecutarse si el conflicto da lugar a un comportamiento corrupto.

La Organización de Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) propuso una definición: «Un "conflicto de intereses" es un conflicto entre el deber y los intereses privados de un empleado público cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales.»

La legislación de la Unión Europea define este concepto para aplicar el presupuesto general de la UE. La definición se aplica a todos los tipos de contratación pública financiados con los fondos de la UE en el marco de las acciones estructurales y la política de cohesión, con independencia de su cuantía.

El artículo 57 del Reglamento sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión Europea (Reglamento nº 966/2012) proporciona una definición de conflicto de intereses para los fines del gasto y de la gestión del presupuesto de la UE. En él se recoge lo siguiente:

«1. Los agentes financieros y demás personas implicadas en la ejecución y gestión, incluidos los actos preparatorios al respecto, la auditoría o el control del presupuesto no adoptarán ninguna medida que pueda acarrear un conflicto entre sus propios intereses y los de la Unión.

2. A los efectos del apartado 1, existirá conflicto de intereses cuando el ejercicio imparcial y objetivo de las funciones de los agentes financieros y demás personas a que se refiere el apartado 1 se vea comprometido por razones familiares, afectivas, de afinidad política o nacional, de interés económico o por cualquier otro motivo de comunidad de intereses con el beneficiario.»

Los conflictos de intereses y la corrupción no son lo mismo. La corrupción generalmente requiere un acuerdo entre al menos dos socios y algún pago, soborno o ventaja de algún tipo. Un conflicto de intereses surge cuando una persona puede tener la oportunidad de anteponer sus intereses privados a sus deberes profesionales.

Un conflicto de intereses que no se aborde debidamente en un procedimiento de contratación pública tiene un impacto en la regularidad de los procedimientos. Conduce a la infracción de los principios de transparencia, igualdad de trato o no discriminación que debe respetar un contrato público, de conformidad con el artículo 102 del Reglamento Financiero.”

En el ordenamiento jurídico español, la regulación normativa de los conflictos de intereses en materia de contratación pública está prevista en el artículo 64 de la LCSP, al cual nos hemos referido anteriormente. Esta norma tiene su fuente en el artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que señala: *“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.”*

A esta definición debemos añadir lo establecido en el Acuerdo 108/2016, de 9 de noviembre de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, el cual establece:

“El conflicto de intereses es un instrumento jurídico llamado a garantizar la integridad e imparcialidad en la adopción de las decisiones administrativas. La integridad se reconoce hoy como un principio jurídico que debe guiar la actuación de los cargos y empleados públicos. Los conflictos de intereses suponen, por lo general, una contraposición entre el desarrollo de una función pública y los intereses privados de un cargo o empleado cuando estos intereses pueden influir indebidamente en el desempeño de la función pública”.

En todo caso, debemos precisar que 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. Por ello, 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 de ejecución, y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores. Así, 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.

Esto significa que la existencia de un conflicto de intereses —que exige acreditación suficiente— no significa de modo automático la necesidad de su exclusión del procedimiento ni, mucho menos, la declaración de prohibición de contratar con alcance general. La proporcionalidad exigible a esta decisión impone a la Administración la obligación de justificar de forma indubitada que es la única opción jurídica posible para proteger adecuadamente los intereses públicos en juego.

En definitiva, la constatación de la existencia de un conflicto de intereses no vendrá únicamente dada por la relación familiar o de afinidad, sino que habrá que valorar la incidencia que esa relación puede tener en la licitación y en la ejecución del contrato, a efectos de determinar si afecta de forma concreta en la vida del contrato, lo que se traduce en la necesidad de examinar caso por caso, de conformidad a la configuración del propio contrato y al procedimiento de licitación por el que se opta, lo que implica que no es posible un conflicto de intereses declarado genéricamente.

V.- Consecuencias del conflicto de intereses en la contratación pública.

V.I. .Habiendo determinado la configuración y el alcance de la existencia de conflicto de intereses en el ámbito de la contratación pública, debemos atender a las consecuencias que supone la concurrencia del conflicto de intereses en los procedimientos de contratación, para lo cual analizamos, en primer lugar, el marco normativo.

La reciente Ley 11/2023, de 30 de marzo, de uso estratégico de la contratación pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, se refiere al conflicto de intereses en su artículo 103, en los siguientes términos:

“1. El órgano de contratación estará obligado a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a tomar las medidas adecuadas de prevención, detección y solución, en los términos establecidos en la legislación básica en materia de contratación pública.

2. En el expediente de contratación, se hará constar la manifestación expresa de las personas participantes en el procedimiento de que no están incurso en ningún conflicto de intereses que pueda comprometer su imparcialidad e independencia durante el proceso, así como el compromiso de poner en conocimiento del órgano de contratación, de forma inmediata, cualquier potencial conflicto de intereses que pueda producirse durante el desarrollo de las fases de adjudicación o ejecución del contrato.

Se solicitará manifestación expresa sobre ausencia de conflicto de intereses a quienes deban emitir informe técnico a solicitud de la mesa o del órgano de contratación.

3. Cuando surjan dudas acerca de la existencia de conflicto de intereses que pudiera comprometer la imparcialidad e independencia de las personas intervinientes en un procedimiento de contratación, deberán ser sustituidas. La sustitución, que deberá plantearse no solo si existe un conflicto de intereses real, sino siempre que haya motivos para albergar dudas razonables sobre su imparcialidad, será comunicada a quien haya participado en la licitación.

4. Cuando una empresa licitadora presente elementos objetivos que pongan en entredicho la imparcialidad o independencia de alguna de las personas que participen en el procedimiento contractual, el órgano de contratación 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 adicionales.

En el caso de apreciar la existencia de un conflicto de intereses y si la intervención hubiese sido decisiva en la toma de la decisión, el órgano de contratación podrá declarar nula la actuación que hubiese llevado a cabo la persona afectada.

Cuando el conflicto afectase al titular del órgano de contratación, la adopción de las medidas previstas en este artículo corresponderá al superior jerárquico o al órgano de gobierno de la institución.

5. El órgano de contratación solamente excluirá a una empresa licitadora de la participación en un procedimiento de contratación cuando el conflicto de intereses no pueda resolverse por medios menos restrictivos.”

De conformidad con la Ley 11/2023, en casos de conflicto de intereses, se debe proceder, con carácter general, a la sustitución de la persona en la que concurre el conflicto, dado que la exclusión de un licitador en estas situaciones sólo se producirá cuando no se disponga 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. Esta regulación trae causa del Artículo 57. 4. e)² de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, la cual goza de efecto directo, y que sirve de parámetro de aplicación del artículo 71 de la LCSP, el cual ostenta carácter básico.

En el ámbito local, el artículo 76 LBRL dispone lo siguiente: *“Sin perjuicio de las causas de incompatibilidad establecidas por la Ley, los miembros de las Corporaciones locales **deberán abstenerse** de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas. La actuación de los miembros en que concurran tales motivos implicará, cuando haya sido determinante, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.”*

En este mismo sentido, el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, establece las circunstancias en las que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones se abstendrán de intervenir en el procedimiento. Entre dichas circunstancias encontramos las diferentes situaciones de incompatibilidad analizadas, como *“tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquel; ser*

² : “Los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o a petición de los Estados miembros, en cualquiera de las siguientes situaciones: e) cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses en el sentido del artículo 24” (el cual regula el conflicto de intereses)

administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado” (apartado a); “tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con estos para el asesoramiento, la representación o el mandato” (letra b); o “tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar” (letra e).

Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito autonómico, el artículo 48 de la Ley 5/2017, de 1 de junio, de Integridad y Ética Públicas, configura el conflicto de intereses como la situación en la que se produce una colisión entre el interés público y el privado, derivado del interés particular, económico, personal o profesional, que pudiera tener la autoridad o cargo del sector público autonómico que afectase a la forma en que cumple sus obligaciones y responsabilidades. Considerando, entre otros como interés privado o personal, los intereses familiares, incluyendo los del cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad. Así, cuando exista tal conflicto de intereses, el comportamiento a adoptar, de conformidad con el artículo 58³ de la Ley 5/2017 es, al igual que en la LBRL y en la LRJSP, la abstención.

³ Artículo 58. Deber de abstención.

1. Las autoridades y cargos del sector público autonómico vienen obligados a abstenerse del conocimiento de los asuntos en los que pudieran incurrir en conflicto de intereses y, en todo caso, en aquellos asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieran tenido alguna parte ellos, su cónyuge o persona con quien convivan en análoga relación de afectividad, o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad, y en los dos años anteriores a su toma de posesión como cargo público.

2. En el caso de que, durante el desempeño del cargo público, las autoridades y cargos del sector público autonómico estuvieran obligados a abstenerse en los términos previstos en esta ley, en la normativa reguladora del régimen jurídico del sector público o en cualquier otra ley, la abstención se producirá por escrito para su adecuada expresión y constancia y se notificará al superior inmediato del alto cargo o al órgano que lo designó, quien decidirá sobre la procedencia de la misma. En todo caso, esta abstención será comunicada por el interesado, en el plazo de un mes, al Registro de actividades de las autoridades y cargos del sector público autonómico para su constancia.

3. A los efectos de este artículo, el órgano competente en materia de conflicto de intereses, de acuerdo con lo manifestado en la respectiva declaración de actividades de las autoridades y cargos del sector público autonómico, les informarán sobre los asuntos o materias sobre los que deberán abstenerse. En

V.2 Una vez expuesto el marco normativo y de conformidad con las consideraciones expuestas a lo largo del presente informe, debemos atender a la aplicabilidad de dichas reglas en los procedimientos de licitación, incluida la ejecución.

Con carácter previo, debemos indicar que si bien en nuestro Informe 5/2021, de 21 abril, se concluyó que: *“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.”*, nos encontrábamos ante un supuesto de hecho totalmente distinto, dado que afectaba a un conflicto de intereses en la adjudicación de contratos menores a empresas cuya administradora es pariente en segundo grado del alcalde. Resultando, asimismo, que no había entrado en vigor la Ley 11/2023, la cual contiene una regulación mucho más pormenorizada y detallada sobre el conflicto de intereses que la ya derogada Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

Efectuada la anterior precisión, debemos señalar que, con carácter general, en el supuesto de relaciones familiares o de afinidad en los órganos de contratación de ámbito local deberá analizarse si, en el caso concreto, existe o no conflicto de interés en los términos que hemos señalado en el apartado IV del presente Informe. Si, finalmente, se acreditase y se constatase que existe tal conflicto, cabrán dos vías alternativas de actuación:

todo caso, las autoridades y cargos del sector público autonómico podrán formular cuantas consultas estimen necesarias al órgano competente en conflictos de intereses.

A) Abstenerse de la licitación y de la ejecución del contrato. La abstención es una obligación de no hacer, de no intervenir en el procedimiento, entendiendo tal limitación como la de participación en éste, desempeñando las funciones propias del puesto de trabajo que ocupa en la organización, al deber ser realizadas tales funciones con el fin de satisfacer el interés general. Por ello, podemos concluir que el deber de abstención opera en la Administración como garantía de imparcialidad y objetividad en la actuación de las personas a su servicio, procurando así la mejor prestación de los intereses generales. Se convierte en una garantía del propio procedimiento o acto administrativo, y de los propios particulares interesados.

Así, una vez apreciada la concurrencia de una causa legal de abstención, mediante la tramitación del oportuno expediente en el que conste el motivo y la declaración expresa de la misma, la persona titular de la Alcaldía debe abstenerse de intervenir en el asunto. **Esta abstención será suficiente siempre que su influencia y/o comportamiento no condicione el procedimiento de licitación, ni la ejecución, dado que sí, eventualmente, y a pesar de su abstención, pudiera influir o afectar en cualquier modo en la decisión de contratación ni en la ejecución, anteponiendo sus intereses privados a los deberes profesionales, la abstención se articularía como mecanismo insuficiente para garantizar la imparcialidad y los principios que deben regir todo procedimiento de contratación con el sector público.**

En esta línea, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, señaló en su Informe 16/2019, de 9 de mayo, lo siguiente:

“(...) 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. Así lo expusimos en nuestro Informe 31/2015 en que señalamos lo siguiente: “Recordemos, por otro lado, que la norma exige que exista un conflicto de intereses entre el potencial licitador y el titular del órgano de contratación”

o quien lo sustituya, sin mencionar otros supuestos diferentes. La mencionada exigencia legal no puede interpretarse con carácter extensivo en ningún caso. Por ello, el hecho de que pueda existir una potencial relación (o incluso una influencia también potencial) entre el titular del órgano de contratación y quienes prestan sus servicios retribuidos para la misma Corporación no supone que debamos identificar ambos supuestos que, como hemos señalado, no están mencionados en la norma.

Evidentemente, la extensión de la prohibición de contratar a todas las personas que presten sus servicios en la entidad pública contratante o a sus parientes resultaría por completo desproporcionada. Por esta razón, 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.”

Debe tenerse en cuenta que esta abstención implica la sustitución de la persona titular de la Alcaldía como órgano de contratación. Y esa sustitución sólo podrá efectuarse en favor de órgano que garantice que la persona en quien concurre el conflicto de intereses no va a influir ni a afectar en todo el procedimiento, dado que la abstención no sólo afecta a la licitación sino también a la ejecución. Por ello, podría resultar dudoso una sustitución mediante una delegación en el Teniente de Alcalde, por ser un concejal elegido directamente por el Alcalde para dicho cargo y funciones.

Sobre este aspecto debemos traer a colación una serie de posibilidades, que se deberán valorar en cada caso para garantizar que la contratación y la ejecución del contrato se llevan a cabo de conformidad con los principios rectores en esta materia. Así puede tratarse de evitar el conflicto de intereses valorando una configuración distinta del contrato o acudiendo a otro procedimiento de contratación (por ejemplo siendo un contrato en el que, de acuerdo con la disposición adicional segunda la competencia recaiga sobre el Pleno, con abstención del alcalde; o incluir únicamente criterios evaluables de forma automática, siempre que en la ejecución no hubiera afectación por influencia); o

bien constituir una Junta de Contratación, de acuerdo con lo señalado en el apartado 5 de la disposición adicional segunda de la LCSP, o incluso concertar convenios en virtud de los cuales se encomiende la gestión del procedimiento de contratación a las Diputaciones provinciales (disposición adicional segunda apartado 6 de la LCSP).

B) Si la abstención no es mecanismo suficiente para garantizar que la persona afectada por el conflicto no va a condicionar el procedimiento de licitación ni la ejecución del contrato, mediante su influencia o comportamiento, siendo imposible que sea apartada del procedimiento y de la vida del contrato por el contexto en el que se desarrolla, deberemos concluir que concurre una prohibición de contratar, procediendo, a la exclusión del licitador, sin olvidar que la celebración de un contrato habiéndose incurrido en una prohibición de contratar implica la nulidad de pleno derecho del mismo ex artículo 39.2 a) de la LCSP.

III. CONCLUSIONES

1. El fundamento de la prohibición de contratar que regula la letra g) del artículo 71.1 de la LCSP se encuentra en última instancia en el principio de imparcialidad del artículo 103.3 de la Constitución Española, resultando que esta prohibición de contratar comporta 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, no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido, manteniendo, de esta manera, la integridad durante toda la vida del contrato.

2. La prohibición de contratar que recoge el artículo 71.1.g) de la LCSP implica, en su último párrafo, que exista la relación familiar o de afinidad que el precepto contiene y que se produzca un 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, sin que dicha prohibición puede extenderse a los familiares de todo el ayuntamiento.

3. El conflicto de intereses es un instrumento jurídico llamado a garantizar la integridad e imparcialidad en la adopción de las decisiones administrativas, que concurre cuando existe 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.

4. La existencia de un conflicto de intereses —que exige acreditación suficiente— no significa de modo automático la necesidad de su exclusión del procedimiento ni, mucho menos, la declaración de prohibición de contratar con alcance general. La constatación de la existencia de un conflicto de intereses no vendrá únicamente dada por la relación familiar o de afinidad, sino que habrá que valorar la incidencia que esa relación puede tener en la licitación y en la ejecución del contrato, a efectos de determinar si afecta de forma concreta en la vida del contrato, lo que se traduce en la necesidad de examinar caso por caso, de conformidad a la configuración del propio contrato y al procedimiento de licitación por el que se opta, lo que implica que no es posible un conflicto de intereses declarado genéricamente.

5. En el supuesto de relaciones familiares o de afinidad en los órganos de contratación de ámbito local deberá analizarse si, en el caso concreto, existe o no conflicto de interés en los términos expuestos en el cuerpo del presente Informe. Si, finalmente, se acreditase y se constatase que existe tal conflicto, cabrán dos vías alternativas de actuación:

- Abstenerse en el procedimiento de licitación y en la ejecución del contrato. Esta abstención será suficiente siempre que su influencia o comportamiento no condicione el procedimiento de licitación ni la ejecución, dado que sí, eventualmente, y a pesar de su abstención, pudiera influir o afectar en cualquier modo en la decisión de contratación o en la ejecución, anteponiendo sus intereses privados a los deberes profesionales, la abstención se articularía

como mecanismo insuficiente para garantizar la imparcialidad y los principios que deben regir todo procedimiento de contratación con el sector público. Por ello, debe articularse correctamente la sustitución que conlleva la abstención del órgano de contratación; pudiendo valorarse otras vías u opciones para evitar el conflicto de intereses.

- Si la abstención no es mecanismo suficiente para garantizar que la persona afectada por el conflicto no va a condicionar el procedimiento de licitación ni la ejecución del contrato, mediante su influencia o comportamiento, es evidente que concurrirá prohibición de contratar, procediendo a la exclusión del licitador.

Informe 1/2024, de 4 de abril de 2024, de la Junta de Contratación Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón.