



Expediente: 44/2021. Prohibición de contratar de un concejal con la Corporación de cuyo pleno forma parte.

Clasificación de informes: 3. Requisitos de los contratos. 3.1. Partes. 6. Prohibiciones para contratar. 6.1. Cuestiones generales. 6.2. Incompatibilidades.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Moral de Calatrava (Ciudad Real) ha dirigido solicitud de informe a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“El motivo de esta consulta es conocer su opinión al respecto sobre si existiría conflicto de intereses o se incurriría en prohibiciones de contratar con el Sector Público en los siguientes supuestos, en los que los adjudicatarios / contratistas pudieran ser empresas cuyos propietarios son concejales de la Corporación, debido a que en este municipio de Moral de Calatrava se han dado (y pueden volver a darse) situaciones complejas con posiciones controvertidas:

- ¿El Ayuntamiento puede contratar con una empresa cuyo propietario es un concejal, siendo el órgano de contratación el Alcalde? ¿Y si el órgano de contratación fuese el Pleno? ¿Sería relevante que el concejal fuera del equipo de gobierno o de la oposición?

-En un contrato menor, cuya adjudicación se ha hecho a una empresa tras solicitar presupuestos, ¿sería posible que esta empresa subcontratara con la empresa de un concejal?

- En un procedimiento abierto, en el que la adjudicación se ha hecho a una empresa tras recibir varias ofertas, ¿podría la empresa adjudicataria subcontratar con la empresa de un concejal de la oposición (siendo el órgano de contratación el alcalde)?

- En un procedimiento abierto, ¿se tendría que aceptar la oferta presentada por un licitador que es hijo de uno de los concejales de la oposición, siendo el órgano de contratación el Alcalde? ¿Existiría conflicto de intereses?



CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. Las diversas cuestiones que el Ayuntamiento de Moral de Calatrava eleva a esta Junta Consultiva aluden a las limitaciones que afectan a un concejal y a sus descendientes de primer grado, así como a las empresas en cuyo capital participe, para celebrar contratos públicos con la Corporación cuyo Pleno integra.

Con carácter previo, procede recordar que a este órgano no le compete emitir informes en expedientes concretos que le sean remitidos. Por el contrario, las funciones de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se circunscriben a dar respuesta a consultas jurídicas en el ámbito de la contratación pública que revistan un interés general, razón por la cual el presente informe se constreñirá a señalar los criterios jurídicos de carácter general a aplicar en casos similares al expuesto, sin entrar a valorar el supuesto de hecho concreto que se plantea.

2. La cuestión de la posibilidad de que los concejales contraten con los Ayuntamientos de cuyo órgano de gobierno forman parte ha sido abordada por esta Junta Consultiva en numerosos informes (entre otros, Informes 35/2005, 6/2010, 50/2011 y 3/2017).

En este último informe, que fue solicitado por la entidad ahora consultante ya pusimos de manifiesto que la norma de la que ha de partirse es el artículo 71.1, g) de la vigente 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 (en lo sucesivo LCSP). Al plantearse el hecho de que los licitadores y eventuales adjudicatarios o contratistas sean personas físicas o jurídicas en cuyo capital participen concejales de la Corporación que convoca la licitación, la meritada norma habrá de ponerse en relación con las previsiones contenidas en el artículo 178 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General (en lo sucesivo LOREG).

3. El artículo 71.1 g) de la LCSP dispone que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la norma, 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.”

Por su parte, el artículo 178 de la LOREG, dispone:

“1. Las causas de inelegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal.

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.”

4. Teniendo en cuenta lo dispuesto en el precepto legal transcrito en primer término, varios son los casos contemplados en la norma. Así, y como ya tuvo ocasión de señalar esta Junta Consultiva en su Informe 3/2017, habrá de tenerse en cuenta si la persona física, o el administrador de la persona jurídica que pretenda participar en la licitación, quedan incursos en alguno de los siguientes supuestos:

- Resultar afectados por alguna de las incompatibilidades previstas para los miembros del Gobierno y para los altos cargos de la Administración General del Estado.
- Incurrir en las incompatibilidades previstas en la normativa de las Comunidades Autónomas.
- Serles de aplicación alguna de las circunstancias previstas en la Ley de Incompatibilidades.
- Tener la condición de cargos electivos a los que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

En consecuencia, desde el punto de vista subjetivo, en un supuesto como el que se plantea resultarían afectadas por la prohibición, en primer término, las personas físicas que en el momento de la licitación o de la adjudicación del contrato tuvieran la condición de concejales. Por tanto, no puede ser contratista ni subcontratista de un ayuntamiento un concejal que forme parte de la corporación municipal que financiará total o parcialmente, con recursos propios o de organismos de ella dependientes dicho contrato, por proscribirlo expresamente la normativa en vigor. (Cfr. Art. 178.2, d), de la LO 5/1985, de Régimen Electoral General, LOREG).



5. En segundo lugar, ha de abordarse el supuesto en que el adjudicatario o contratista sea una persona jurídica en cuyo capital participe un concejal de la corporación. Ha de aclararse que, tal como ya señalamos en el Informe 6/2010, en el supuesto de personas jurídicas en cuyo capital participen cargos electos de las entidades locales, dicha participación habrá de ser superior al 10 por 100 (artículo 12.1 b) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas) para que pueda apreciarse la prohibición de contratar y que, en estos casos, por aplicación de lo dispuesto en el primer párrafo del Art. 71.1, g) LCSP, las personas jurídicas de las que sean administradores personas físicas en las que concurra la condición de concejal, estarán igualmente incursas en la prohibición de contratar sin que sea necesario que tal administrador tenga participación alguna en el capital social.

6. En lo que atañe a la pertenencia del concejal al equipo de gobierno o a la oposición, dicha circunstancia resulta del todo irrelevante a tenor tanto de la literalidad de la norma como de la *ratio* que la inspira. En efecto, el artículo 178.2, d) de la LEG establece la incompatibilidad entre las condiciones de concejal de un ayuntamiento y la de contratista (o subcontratista) de esa misma corporación cuando el contrato se sufraga con cargo a dicha institución. El hecho determinante en que se fundamenta la inhabilitación legal resulta de la conjunción de una doble circunstancia: a) la condición de concejal de la corporación contratante y b) el que el contrato afectado sea financiado total o parcialmente por aquella, razón que explica la no existencia de una prohibición en el supuesto de que un concejal contrate con cualquier otro ayuntamiento del que no forme parte o, incluso, con aquel del que sí forma parte, siempre que el contrato no sea financiado por este. (Cf. Informes 54/2008 y 30/2010, entre otros). En este sentido se pronuncia nuestro informe 3/2017 cuando señala que *“la propia naturaleza democrática del Pleno y el hecho de que las decisiones se tomen tras una votación en la que puede existir una influencia previa de uno de los miembros de la Corporación determina que sea indiferente que exista un control aparente del órgano, pues es posible que en la decisión que se tome concurren diferentes fuerzas políticas y que se altere el sistema aparente de mayorías.”*

Similares argumentos resultan de aplicación para el caso en que el órgano de contratación sea el Pleno o el Alcalde, o aquellos en quienes se hubiere delegado la facultad para contratar o quienes les sustituyan, puesto que la Ley pone el acento en la doble condición de concejal del contratista o subcontratista y de que sea la Corporación quien financie el contrato, dando por sentada la existencia de un conflicto de intereses, circunstancia que, sin embargo, es necesario acreditar en el supuesto previsto en el párrafo 3º del artículo 71.1, g) de la LCSP, lo que evidencia que el legislador no dudó al prever una regulación distinta cuando las circunstancias lo exigen.

7. Otra de las cuestiones que se eleva para la consideración por esta Junta Consultiva va referida a supuestos en los que, tras la adjudicación del contrato, la empresa adjudicataria subcontrata con otra perteneciente a un concejal. En este punto la literalidad de la norma no admite interpretaciones al ser clara y unívoca cuando consagra expresamente la incompatibilidad de la condición de concejal con la de contratista o subcontratista de



contratos cuya financiación, total o parcial, sea a cargo de la Corporación local o de entidades de ella dependientes.

En lo atinente a la circunstancia de que la subcontratación pudiera tener una consideración distinta según se tratara de un contrato menor o de un procedimiento abierto, esta Junta Consultiva tuvo ocasión de pronunciarse sobre esa cuestión en el Informe 16/02, de 13 de junio, en el que se cita otro anterior (el 27/01, de 13 de noviembre de 2001), considerando procedente responder a la misma reiterando los criterios expuestos en tal ocasión:

"Respecto a la circunstancia de tratarse de contratos menores, aunque en un futuro pueden dejar de merecer tal calificativo, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa se ha pronunciado - dos informes de 7 de marzo de 1996 (expedientes 40/195 y 13/96) - en el sentido de que, de los requisitos del artículo 11 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, el del apartado 2, letra b) referente a la capacidad del contratista, necesariamente ha de cumplirse en los contratos menores, por ser requisito sin el cual no puede celebrarse ningún contrato, debiendo añadirse que tal conclusión no puede quedar sin efecto por la circunstancia de que en los expedientes referentes a contratos menores no exista trámite específico para la acreditación de la capacidad y solvencia e inexistencia de prohibiciones de contratar, ya que si las circunstancias de incapacidad, insolvencia o prohibición de contratar concurren en el momento de la adjudicación, el contrato, aunque sea un contrato menor, será nulo de pleno derecho de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y según se desprende de la interpretación de los citados artículos 11.2, letra b), y 20, letra e), de la propia Ley."

8. Por último, hemos de abordar la posibilidad de que el consistorio acepte la oferta presentada por un licitador que es hijo de un concejal. En este supuesto, el tercer párrafo del artículo 71.1, g) LCSP extiende la prohibición de contratar a los descendientes (y a las personas jurídicas por ellos participadas en los porcentajes resultantes de la normativa) en los casos en que se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación, o aquellos en que se hubiere delegado esa facultad. Como la propia norma sienta, la relación de parentesco no supone la aplicación apriorística de la prohibición al no implicar, por sí misma y sin más, la existencia de un conflicto de intereses, sino que este tiene una naturaleza objetiva que habrá de ser contrastada para que la prohibición sea aplicable.

La figura del conflicto de intereses es un concepto de carácter independiente y autónomo, que implica la existencia de vinculaciones personales y reales susceptibles de poner en peligro la transparencia del procedimiento de licitación, incurriendo en una infracción de la normativa aplicable y ocasionando el falseamiento de la competencia, que está regulada en el artículo 64 de la LCSP. Corresponde al órgano de contratación examinar la concurrencia de tales circunstancias y adoptar las medidas oportunas, con independencia de que de dicha situación se derive o no la existencia de una prohibición de contratar.

Como resulta de nuestro Informe 4/2021, que sigue lo establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (por todas, SSTJUE de 28.02.2018, asunto T292/15 y 19.05.2009, asunto C538/07), las infracciones de las que pudieran derivarse



vulneraciones al principio de igualdad de trato en el ámbito de la contratación pública vinculadas a la figura del conflicto de intereses exigen que:

- El riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado tras una valoración de la oferta y de las situaciones del licitador.
- El poder adjudicador ejerza su deber de diligencia debiendo apreciar y verificar la existencia de un riesgo real de que se produzcan prácticas que puedan menoscabar la transparencia y falsear la competencia entre licitadores. En particular, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los mismos.
- La obligación de diligencia implica la de examinar, minuciosa e imparcialmente, todos los elementos relevantes del asunto de que se trate.

En consecuencia, el conflicto de intereses no puede presumirse de forma automática en las situaciones en las que confluyan intereses contrapuestos, sino que dicho elemento de confrontación actuará como desencadenante del necesario análisis *ad hoc* de las circunstancias concurrentes para determinar la existencia de un riesgo real que dé lugar a un menoscabo de la concurrencia. En suma, el conflicto ha de ser real, no hipotético y, en consecuencia, las medidas que se adopten para evitarlo deberán ser proporcionadas sin que impliquen un falseamiento de la competencia entre los licitadores concurrentes, garantizando siempre entre ellos la igualdad de trato.

De lo expuesto se deriva que en un supuesto como el que se nos plantea en que, convocado un procedimiento de contratación, el hijo de uno de los concejales presenta oferta como licitador, la mera constatación de dicha circunstancia no sería suficiente para excluir la oferta aduciendo un conflicto de intereses, sino que habrá de indagarse en la misma a fin de comprobar que, efectivamente, se infringe alguno de los principios que rigen la contratación pública. Lo mismo cabría decir del supuesto en que el licitador fuera una persona jurídica en cuyo capital tuviera una participación superior al 10 por 100 el hijo del concejal, o fuera el administrador, aunque no tuviera participación en el capital societario.

Por consiguiente, la Administración contratante deberá comprobar durante el proceso de adjudicación si en el caso concreto que examina concurren circunstancias que alteren, de algún modo, la indispensable objetividad e imparcialidad que debe presidir la actuación de las entidades contratantes. En el caso de que tal extremo logre constatarse procedería la exclusión como licitador del hijo de un concejal en el procedimiento de contratación, siempre que no pueda resolverse el conflicto por medios menos restrictivos.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes



CONCLUSIONES

- Las personas físicas que en el momento de la licitación o de la adjudicación del contrato tuvieran la condición de concejales no podrán contratar ni subcontratar con la corporación municipal de la que formen parte, cuando el contrato sea financiado total o parcialmente con recursos propios de la citada entidad o de organismos de ella dependientes, en cualquier procedimiento de selección del contratista.
- En el supuesto de las personas jurídicas en cuyo capital participen cargos electos de las entidades locales, la prohibición de contratar y subcontratar en los términos antes citados se aplicará cuando dicha participación sea superior al 10 por 100.
- Las personas jurídicas de las que sean administradores personas físicas en las que concurra la condición de concejal, estarán igualmente incursas en la prohibición de contratar y subcontratar en los términos citados, sin que sea necesario que el administrador tenga participación alguna en el capital social.
- La pertenencia del concejal al equipo de gobierno o a la oposición resulta irrelevante al no ser este el hecho determinante de la prohibición. De igual modo, carece de relevancia que el órgano de contratación sea el Pleno o el Alcalde, o aquellos en quienes se hubiere delegado la facultad para contratar o quienes les sustituyan, dado que la prohibición da por sentado en esos supuestos la existencia de conflicto de intereses sin admitir prueba en contrario.
- En un supuesto como el que es objeto de la presente consulta, el mero hecho de que un licitador persona física sea hijo de uno de los concejales del ayuntamiento convocante, no justifica, sin más, su exclusión del procedimiento con base en el artículo 71.1, g) de la LCSP. El poder adjudicador deberá, en tales casos, comprobar la existencia real de eventuales conflictos de intereses y adoptar, en tales supuestos, medidas proporcionadas para poner remedio a los mismos. La misma actuación deberá seguirse en el caso de que el citado familiar del concejal sea el administrador de una persona jurídica que concurra a la convocatoria o tenga participación en su capital social en los porcentajes previamente señalados.