Fiscalización Local

ISSN 2659-3572

Un blog sobre administración local

El conflicto de intereses como causa de prohibición para contratar, interpretación de la JCCA Comunidad Valenciana

Publicado el 5 de abril de 2021

ENLACE PERMANENTE DE ESTA ENTRADA

https://www.fiscalizacionlocal.es/el-conflicto-de-intereses-como-causa-de-prohibicion-para-contratar-interpretacion-de-la-jcca-comunidad-valenciana/

El conflicto de intereses como causa de prohibición de contratar en la normativa sobre contratación pública.

Autora: Maite Sanahuja Esbrí, Interventora del Ayuntamiento de Peñíscola. Marzo de 2.021.

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 adelante, LCSP, regula el régimen jurídico de las prohibiciones de contratar en su artículo 71, previéndose en el apartado primero de dicho artículo, letra g), que no podrán contratar con las entidades a las que se refiere el art. 3 de la LCSP aquellas personas en las que concurra la siguiente circunstancia: *» Estar incursa 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.»

Como puede observarse, nuestro ordenamiento jurídico ha sufrido una notable evolución en la circunstancia relativa a la prohibición para contratar en determinados supuestos, como es el descrito en la letra arriba señalada, consolidándose el concepto de «conflicto de intereses» como circunstancia determinante para apreciar un supuesto de prohibición de contratar.

Por un lado, el **Informe 5/2016, de 22 de julio 2016, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana** [1] afirmaba que la prohibición de contratar con el Ayuntamiento derivada de lo dispuesto en el art. 60.1 g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, hoy regulación contenida en el art. 71.1.g) de la LCSP) afecta a los cónyuges, personas con anàloga relación de convivencia y familiares de sus cargos electos hasta el segundo grado de afinidad o consanguinidad, 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, de manera que, en consecuencia, dicha prohibición de contratar afecta a los familiares del Alcalde, en todo caso, y a los de los concejales que ejerzan facultades del órgano de contratación o participen en los órganos de contratación colegiados cuando se adopten las decisiones relativas al procedimiento de contratación.

Asimismo, dicho Informe 5/2016 argumentaba que tampoco se podrá contratar una persona jurídica en la que la persona familiar del cargo electo ostente el cargo de administrador o esté vinculada por una relación laboral o profesional de cualquier tipo que implique el ejercicio de funciones de dirección o administración, si bien, de la misma forma, no podrá contratar con el Ayuntamiento una persona jurídica en la que participe el alcalde o alguno de los concejales, así como los familiares de estos antes indicados, en los mismos términos y cuantías establecidos para el personal al servicio de las Administraciones Públicas y para otros cargos electos, por aplicación analógica de las normas que los establecen y en tanto éstas no contemplen el supuesto específico de los cargos electos de las corporaciones locales.

En todo caso, el citado Informe 5/2016 argumentaba que la contratación por la corporación de una persona familiar de un concejal, hasta el grado de consanguinidad o afinidad indicado anteriormente, se encuentra comprendida en el concepto de conflicto de intereses establecido en el art. 24 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 , siempre que dicho concejal pueda influir en la decisión que se adopte.

En esa línea, el **Informe 3/2017 de 12 de abril de 2017, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana** [2] afirmaba que había que distinguir entre las circunstancias que originan la prohibición de contratar, a la que se refiere la normativa aplicable en materia de contratación pública , y las que independientemente de ello dan lugar a la posible existencia de

un conflicto de intereses tal como viene este definido en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante, la Directiva).

En ese sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Valenciana advertía que en ocasiones podrían darse conflictos de intereses que no se den directamente con el titular del órgano de contratación o con las personas en quien se hubiera delegado sus facultades, sino con otros cargos o personal del poder adjudicador, y, por ello, se concluía también que "en todo caso, la contratación por la corporación de una persona familiar de un concejal, hasta el grado de consanguinidad o afinidad indicado anteriormente, se encuentra comprendida en el concepto de conflicto de intereses establecido en el art. 24 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo (EDL 2014/35497) y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (EDL 2004/44276), siempre que dicho concejal pueda influir en la decisión que se adopte."

El señalado Informe 3/2017 incide en que dicha distinción era necesaria hacerla porque, además de haber situaciones en las que se incurre inequívocamente en la causa de prohibición de contratar del art. 60.1.g del TRLCSP (hoy artículo 71.1.g) de la LCSP) , lo que implica quedar excluido absoluta y definitivamente del procedimiento de contratación, también es cierto que puede haber alguna situación en la que se dé un conflicto de intereses en el sentido descrito por la Directiva sin que, simultáneamente, se incurra en dicha causa de prohibición de contratar, en cuyo caso sería suficiente que el órgano de contratación adopte medidas o comportamientos que prevengan y resuelvan dicho conflicto de forma que resulte indudable el respeto a los principios de la contratación pública.

La JCCA de la GVA añade que esa distinción tiene su origen en la graduación del concepto de conflicto de interés que se desprende al comparar su definición en las normas aplicables en la Administración General del Estado, concretamente en la Ley 3/2015, con las que por otra parte figuran en la Directiva y en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público actualmente en tramitación.

De acuerdo con lo previsto art. 11 de la Ley 3/2015, se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que vaya a adoptar (…) pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos. Por intereses personales el mismo precepto establece que tendrán tal consideración tanto los intereses propios como, entre otros que no vienen al caso, los de familiares dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad y los de personas jurídicas en los que dichos familiares estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo que implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración. Por tanto, de acuerdo con esta disposición de la Ley, para que haya conflicto de interés, es necesario que el alto cargo –o el cargo electo en nuestro caso – vaya a adoptar o a participar en la adopción de una decisión de contratación que pueda afectar a sus intereses personales, propios o de familiares, es decir, es necesario que vaya a participar en la toma de decisiones del procedimiento de contratación.

En cambio, para la Directiva, además de ese conflicto de interés cierto y seguro que se dará cuando el cargo participe en la toma de decisiones de la contratación, existe otra situación asimilable al concepto de conflicto de interés que debe ser evaluada por el poder adjudicador y, en su caso, prevenida y solucionada

adoptando las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública.

El art. 24 de la Directiva dispone que "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."

Como puede apreciarse, la Directiva incluye dentro del concepto de conflicto de interés la simple circunstancia de que personal del poder adjudicador pueda influir en el procedimiento, aunque no participe en él, de forma que pudiera parecer que compromete la imparcialidad e independencia del poder adjudicador. La concurrencia de estas circunstancias ya no es tan patente y objetivable como en el caso de los cargos que participan en el procedimiento de contratación y corresponde al órgano de contratación del poder adjudicador examinar si se dan y, en su caso, tomar las medidas que sean necesarias para prevenir y solucionar dicho conflicto.

Así pues, el Informe 3/2017 de la JCCA de la GVA concluye que la empresa de la que es titular el cónyuge de un concejal de un Ayuntamiento se encuentra incursa en la causa de prohibición de contratar con éste, establecida en el art. 60.1.g del TRLCSP (hoy art. 71.1.g) de la LCSP) , siempre que dicho concejal participe en el procedimiento de contratación. Igualmente, se dará la misma situación de prohibición de contratar cuando la participación del cónyuge en la titularidad de la empresa supere el umbral establecido legalmente para los cargos electos de las entidades locales o, en su defecto y por analogía, el establecido para el personal al servicio de las Administraciones Públicas, así como cuando dicho cónyuge ejerza funciones de Administrador o de dirección de la empresa, y, por otra parte, cuando el concejal no participe en el procedimiento de contratación, pero pueda influir de alguna forma en las decisiones que se adopten, la empresa en la que su cónyuge sea titular, partícipe o administrador en los términos expresados en el apartado anterior, no se encontrará incursa en la causa de prohibición de contratar prevista en el citado artículo pero su participación en dicho procedimiento originaría una situación de conflicto de intereses de las previstas en la Directiva 2014/24/UE que, en su caso, exige del órgano de contratación su detección y la adopción de las medidas que sean necesarias para prevenirla y solucionarla de forma que se aseguren los principios rectores de la contratación del sector público.

Como complemento de lo expuesto, recomendamos la lectura del interesante **Informe 2/2018, de 20 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña** [3]**,** que argumenta que la prohibición por incompatibilidad de los funcionarios, regulada en el art. 60.1.g del TRLCSP y en el art. 71.1.g de la LCSP , se extiende, entre otros parientes, a los cónyuges y a las personas vinculadas con una análoga relación de convivencia afectiva, sin que se requiera en este caso la concurrencia de otros requisitos adicionales, como los de la convivencia afectiva o la "notoriedad" de la relación, sino únicamente el de concurrencia de conflicto de intereses previsto expresamente en la normativa de contratación pública.

El citado Informe 2/2018 argumenta, por su parte, que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se refirió al conflicto de intereses en la Sentencia de 12 de marzo de 2015, asunto C-538/13, en la cual, indicó que este conflicto implica "el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho"; y que "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 conflictos de intereses". Tal como indicó el Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, TGUE), en la reciente Sentencia de 28 de febrero de 2018, asunto T-292/15, la obligación de diligencia se impone necesariamente al poder adjudicador cuando dispone de información relativa a un riesgo de conflicto de intereses y, por lo tanto, debe determinar si ese riesgo es real o no.

En este sentido, la JCCA de Cataluña incide en que hay que tener en cuenta que la existencia de un conflicto de intereses que exige acreditación suficiente- no significa en ningún caso la exclusión automática del procedimiento de contratación. Así, el art. 57.4, letra e, de Directiva 2014/24/UE , establece que los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, entre otros motivos, "cuando no pueda resolverse por medios menos restrictivos un conflicto de intereses".

El TGUE, en la Sentencia de 28 de febrero de 2018, asunto T-292/15 [4], ya mencionada, indica que hay que tener en cuenta que solo se permite excluir a un licitador de un procedimiento de adjudicación de un contrato público si la situación de conflicto de intereses es real y no hipotética, por lo que "es preciso que un riesgo de conflicto de intereses sea efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador". Asimismo, afirma que aunque el poder adjudicador no tiene una obligación absoluta de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, la exclusión en dicho caso resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia. Por lo tanto, este Tribunal afirma que "habida cuenta de que un conflicto de intereses menoscaba la igualdad entre los licitadores, la decisión de no excluir a un candidato sobre el cual se ha formulado una alegación de conflicto de intereses solo puede adoptarse si el poder adjudicador puede tener la certeza de que el candidato no se encuentra en tal situación".

También recuerda el citado Informe 2/2018 que el art. 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local , dispone que "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".

Asimismo, el art. 23 de la Ley 40/2015 establece que las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias que se señalan en su apartado segundo se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente. Entre otros motivos de abstención, la letra b del art. 23.2 de la Ley 40/2015 señala "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 éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato".

Asimismo, la JCCA de Cataluña afirma en el citado Informe 2/2018 que «*Por otra parte, si bien el antiguo TRLCSP preveía, en el art. 319, la necesaria abstención y la posibilidad de recusación de las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que intervinieran en los procedimientos de contratación en los casos y en la forma prevista en la regulación de derecho administrativo común, esta previsión no se encuentra ahora expresamente recogida en la LCSP. En todo caso, hay que entenderla de aplicación, por el régimen general de subsidiariedad de las normas de derecho administrativo establecida en la Disposición final cuarta de la LCSP* .

En definitiva, el conflicto de intereses comprende cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación participe en el desarrollo del procedimiento de licitación, así como cuando, aunque no participe, pueda influir en su resultado, motivo por el cual el órgano de contratación tiene que adoptar las medidas que sean necesarias para prevenirlo, detectarlo y solucionarlo.

Por eso, se puede entender que si efectivamente se neutraliza la participación del funcionario en el respectivo procedimiento de licitación, así como cualquier posible influencia en su resultado, siempre que se asegure el cumplimiento de los principios rectores de la contratación pública, mediante, por ejemplo, la abstención de cualquier tipo de participación en este procedimiento, el conflicto de intereses podría verse solucionado.»

Esperemos que os sean de utilidad dichos informes.

Enlaces citados

Direcciones de los enlaces incluidos en el texto.

[1] http://hisenda.gva.es/documents/90598054/162605075/Informe+5-2016+de+22+de+julio+de+2016.+Prohibici%C3%B3n+de+contratar+del+art.+60.1+g+del+texto+refundido+de+la+Ley+de+contratos./92c05b75-8ab3-4b7c-9b9c-05276b6cb149

[2] http://hisenda.gva.es/documents/90598054/164164130/Informe+03-2017+de+12+de+abril+de+2017.+Prohibici%C3%B3n+de+contratar+o+conflicto+de+intereses++en+la+contrataci%C3%B3n+de+la+empresa+del+marido+de+una+concejala.pdf/06b621c7-c946-4b48-ad70-44839574b5be

[3] https://aplicacions.economia.gencat.cat/ecodif/rest/file/download?id=93149&lang=Ca

[4] https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=199762&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4533269

ENTRADA ORIGINAL

https://www.fiscalizacionlocal.es/el-conflicto-de-intereses-como-causa-de-prohibicion-para-contratar-interpretacion-de-la-jcca-comunidad-valenciana/

Fiscalización Local · ISSN 2659-3572