



Ayuntamiento de XXX

XXX

(Salamanca)

Asunto: Adjudicación contrato de obras / incompatibilidad / Resolución.

De nuevo nos dirigimos a V.I. una vez recibido el informe solicitado en relación con el expediente que se tramita en esta Institución con el número **5768/2020**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

La reclamación cuestionaba la adjudicación de un contrato de obras que había tenido por objeto la realización de un muro de piedra y una escalera en XXX, por ser el adjudicatario hermano del Alcalde.

Admitida a trámite la queja, se solicitó de V.I. información de sobre la cuestión planteada.

En atención a dicha petición remitió informe, en el cual hacía constar lo siguiente:

“1. Que la obra denominada muro de XXX realizada en la localidad de XXX era una obra necesitada urgente ejecución. Al tomar posesión esta Corporación, una de las primeras actuaciones que se decidió ejecutar fue la del arreglo de esta pared, lo que se inició por el operario contratado por este Ayuntamiento con cargo a subvención de Diputación Provincial.

Debido a las variadas funciones que ese operario desempeñaba, las tareas del arreglo del muro quedaron no solo paradas sino que las piedras que se habían ido quitando para proceder a su arreglo habían quedado en zona que afectaba a vía pública, lo que resultaba inadecuado y peligroso, además del propio muro en sí.

Por ello se tomó la decisión de encargar a una empresa que realizara la construcción de esa pared. Tal como se hace constar en certificado de acuerdo que se acompaña, se presentaron dos propuestas, la suscrita por (...) por importe de 7.775,46 € y por (...) por importe de 8.271,56 €. Siendo la más barata la del primero se adjudicó al mismo que, efectivamente es hermano de XXX, que por otro lado era un constructor



habitual en la anterior Corporación, lo que se acredita con el mismo certificado de la Secretaria-Interventora.

Que la adjudicación no se realizó por ser el hermano de XXX, sino por ser la más barata.

2. La obra se ejecutó por el importe acordado pero posteriormente se le encargó por esta Corporación rematar la ejecución del muro y del acceso, construyendo una barandilla sobre el muro, así como hacer los pasos de la escalera XXX (Se acompañan copias de facturas).

Sobre este particular en sesión del Pleno de esta Corporación de 11-6-2020 cuyo certificado acompañamos, a instancia de un Concejel, se realizó la explicación oportuna sobre el motivo del aumento de coste sobre lo adjudicado, que como puede verse no era otro que la adjudicación de más obra, dado que una vez comenzada la misma se vio la necesidad de realizar otras actuaciones, como los pasos de XXX y la barandilla. La ejecución de esta obra fue ratificada por unanimidad en sesión del Pleno Municipal de 11 de junio de 2020.

3. Que la Corporación actual que represento, en ningún momento ha pretendido saltarse la legislación vigente, sino adjudicar la obra al mejor postor y de la manera más rápida. Que como puede verse la actuación fue ratificada unánimemente por el Pleno Municipal”.

A la hora de examinar si era posible adjudicar un contrato de obras a una empresa de la que es titular el hermano de la Alcaldía hemos de partir de la regulación de las prohibiciones para contratar establecida en La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

El **artículo 71.1 de la LCSP** establece que 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”.

De dicho precepto resulta que en los casos de conflicto de intereses la prohibición de contratar prevista en este precepto se extiende a las personas que tengan una relación de parentesco hasta el segundo grado por consanguinidad (hermanos) con los cargos electivos locales.

Las prohibiciones de contratar relativas a las circunstancias contenidas en este apartado se aprecian directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinan.

De celebrarse el contrato cuando concurre una prohibición para contratar, se incurre en causa de nulidad de derecho administrativo expresamente prevista en el **artículo 39.2 a)** de la LCSP, en virtud del cual se ha de considerar que es nulo el contrato si el adjudicatario está incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

De ahí que debamos analizar si concurre en este caso la prohibición de contratar que pudo afectar a la validez del contrato.

La representación de las entidades del sector público en materia contractual corresponde a los órganos de contratación, unipersonales o colegiados que tengan atribuida la facultad de celebrar contratos en su nombre.

Con respecto a las entidades locales, la **disposición adicional segunda** de la LCSP distingue las competencias que corresponden al Alcalde y al Pleno como órganos de contratación en las entidades locales; tratándose de contratos de obras corresponde al Alcalde la competencia para su celebración cuando su valor no supere el 10 por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto ni el importe de seis millones de euros, en caso de superar estos límites la competencia correspondería al Pleno.



En el supuesto examinado reconoce que el contrato fue adjudicado a una empresa de la que es titular su hermano, aporta tres facturas emitidas con fecha 11/02/2020, por importes de 6.426 €, 980 € y 1.234 € (sin IVA), de lo que se deduce que el importe liquidado ascendió a 8.640 € +IVA.

Tomando como referencia la aprobación definitiva el presupuesto para el ejercicio 2020, según los datos publicados en el portal web del Ministerio de Hacienda y Función Pública facilitados por ese Ayuntamiento, los ingresos ordinarios de la entidad previstos para el año 2020 según el presupuesto de ese año ascendían a XXX €, siendo el importe de las obras 6426 €, 980 € y 1234 € (excluido el IVA), luego al no superar el 10 % de los recursos ordinarios del presupuesto, esa Alcaldía tenía atribuida la competencia para suscribir el contrato.

El informe señala que la adjudicación se realizó como un contrato menor, aporta la copia de tres facturas emitidas por la empresa “XXX (...)” que recogen las prestaciones realizadas:

- *Levantar pared de piedra con cemento. Echar hormigón entre pared y calle en la calle XXX.* Importe: 7.775 € (6426 +IVA).

- *Colocación de barandilla sobre la pared en la calle XXX.* Importe: 1.185 € (980 + IVA).

- *Hacer pasos en puerta XXX con piedra de cantería.* Importe: 1.493 € (1234 + IVA).

Siendo el órgano de contratación la Alcaldía es irrelevante la ratificación ulterior por el Pleno de la adjudicación de tales contratos, pues si la prohibición concurría en el momento de la adjudicación, ese acuerdo no podría subsanar o convalidar los defectos en que hubiera incurrido por ser nulo de pleno derecho y por otra parte la circunstancia de parentesco continuaría apreciándose ya que Ud. forma parte del Pleno y no se abstuvo en esa votación.

Hemos de considerar que la LCSP exige que además de la circunstancia de parentesco para apreciar la causa de prohibición para contratar ha de producirse 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*”.

La definición de conflicto de intereses viene dada por el **artículo 64.2 LCSP**:

“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.

3. Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.

A la interpretación de lo que debe entenderse por conflicto de intereses se han referido diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

El informe 27/15, de 6 de noviembre de 2017, aplicó el artículo 60.1 g) del anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP). La consulta partía de un supuesto de participación en el proceso de preparación de un contrato, concretamente en la redacción de los pliegos, de un funcionario del Ayuntamiento que era cónyuge del Director Gerente de una de las empresas que se habían presentado a la licitación, entendiendo el órgano consultivo que podía generar una situación de riesgo o de puesta en duda de la transparencia y objetividad del procedimiento de contratación. La Junta Consultiva entendió que al no tratarse de ninguno de los cargos electivos no resultaría de aplicación la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1 g) TRLCSP, sin perjuicio de lo cual tuvo en cuenta las previsiones relativas al conflicto de intereses contenidas en la Directiva 2014/24/UE, así como las incorporadas en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público que la transpone, y señala que la definición que recogen ambas es más amplia que el concepto previsto en el artículo 60.1 g) del anterior TRLCSP, de manera que partiendo de la inexistencia de una prohibición para contratar en sentido estricto, «*si que podría generar una situación de riesgo o de puesta en duda de la transparencia y objetividad del procedimiento de contratación. ... En este sentido como indica la norma, correspondería al poder adjudicador, al órgano de contratación en los términos de la Ley de contratos, el adoptar las medidas “adecuadas” para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses*».

El informe 31/15, de 13 de julio de 2017, responde a una consulta de un Ayuntamiento sobre cómo debe interpretarse el requisito de que se produzca un conflicto



de intereses con el titular del órgano de contratación o con los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero. Señala el informe *“si la Directiva menciona esta cuestión no es por otra razón que la salvaguardia de la pureza y la transparencia del procedimiento de selección del contratista, evitando que se pueda adjudicar un contrato de forma directa o encubierta a una persona que guarde una relación con el responsable de la decisión de adjudicación que pueda afectar a su objetividad”*. Y entiende que *“mientras en los casos en que la prohibición deriva de la posición de una misma persona en el órgano de contratación y en la empresa potencialmente licitadora es indiscutible la existencia del conflicto de interés, en el caso de los parientes puede no existir el mismo en determinados casos, lo que exige hacer un análisis ad hoc para determinar si existe un impedimento insalvable para la objetividad del órgano de contratación. Por eso, en estos supuestos el legislador obliga al órgano competente a añadir una tarea más, esto es, la de determinar si existe el conflicto de intereses”*.

En el informe 16/2019, 9 de mayo de 2019 la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado recuerda los argumentos de ese informe anterior para valorar a petición de un Ayuntamiento si se da un conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación (Junta de Gobierno Local) cuando el propuesto como adjudicatario de un contrato es cónyuge de una persona que es personal eventual de la Corporación. Comienza ese informe analizando los supuestos que pueden incluirse en la prohibición establecida en el artículo 71.1 g) y señala que *“por mor de lo dispuesto en la propia norma legal aplicable, no procede una aplicación apriorística, incondicionada y automática, sino que es necesaria la concurrencia de un elemento que actúa como determinante, cual es el concepto de conflicto de intereses”*. Destaca el informe las razones expuestas en ese informe 31/15 que ya había señalado que habrá que analizar si existe o no un conflicto de intereses, llegando a la conclusión de que en este caso no se produce. Insiste en que no cabe extender esta previsión con respecto a cualquier persona que preste sus servicios a favor del órgano de contratación, 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, *“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”*, por ello concluye que *“cuando quien presta sus servicios para la Corporación municipal no forma parte del órgano de contratación ni puede influir de modo alguno en el procedimiento de selección del contratista, no puede considerarse que exista una prohibición de contratar”*.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en el informe 10/2016, de 18 de mayo, consideró que la declaración de la



existencia o inexistencia de un conflicto de intereses debía ser la consecuencia de la tramitación de un procedimiento contradictorio.

El informe 5/2021, de 9 de abril, del mismo órgano se refiere al conflicto de intereses en la adjudicación de contratos menores a empresas cuya administradora es pariente en segundo grado del alcalde. Entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón *“aunque las Directivas comunitarias se centren en los procedimientos de licitación, no puede entenderse que se limite a ellos el eventual conflicto de intereses. No es un mero problema de que pueda favorecerse a un licitador frente a otros, sino que entran en el concepto de conflicto de intereses también aquéllos que pueden afectar a la ejecución del contrato, lo que será incluso más habitual. (...) En consecuencia, el conflicto de intereses no debe evitarse únicamente en el procedimiento de licitación, sino que necesariamente ha de tenerse en cuenta su potencial proyección sobre el control de la ejecución del contrato”*. Y destaca que existe una clara diferencia entre los conflictos que pueden afectar al personal al servicio de una Administración pública y los que afecten a los miembros de los órganos de gobierno de la misma:

“En todo caso, existe una clara diferencia entre la apreciación de los conflictos de intereses que puedan afectar a las personas al servicio de la Administración pública – muchos de las cuales no tendrán ninguna intervención, directa ni indirecta, no ya en un concreto procedimiento de licitación, ni en el seguimiento y verificación de la realización de la prestación contratada, sino en la propia actividad de contratación de la entidad- y los titulares de los órganos de gobierno de la misma. Mientras en el caso de los primeros la evitación del conflicto parece poder conseguirse mediante la reasignación del funcionario o empleado público a otras tareas, en el caso de los cargos electos o altos cargos de la Administraciones públicas, con mayor razón en caso de ser miembros del específico órgano de contratación, como puede ser el caso de los concejales y es siempre el caso del alcalde, el conflicto de intereses persistirá mientras el alcalde siga desempeñando ese cargo (o, alternativamente, la hermana del alcalde siga siendo administradora de las empresas o no se excluya a esas empresas como licitadoras). Recuérdese que la finalidad del régimen del conflicto de intereses no es meramente evitar una desigualdad de trato entre licitadores, sino preservar los intereses públicos tanto en la adjudicación como en la ejecución del contrato. Es este último aspecto el que hace que no sea bastante con una abstención puntual en el concreto procedimiento de licitación, porque las eventuales consecuencias desfavorables para el interés público del conflicto de intereses se extiende a la ejecución del contrato y su control, bastando una influencia que pueda condicionar –o aparentar que condiciona- ese control para que persista el conflicto”. Señala también que *“no es suficiente la eventual abstención en el procedimiento de licitación, sino que es necesaria la adopción de medidas que eviten tanto la existencia de un conflicto efectivo, como su apariencia”*.



Los Tribunales han examinado el fundamento de la prohibición para contratar y el régimen de incompatibilidades en el ámbito de la contratación pública. Así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 03/10/2017 señaló que se encuentra en el principio constitucional por el que la Administración debe servir con objetividad e imparcialidad los intereses generales (artículo 103.1 y 3 CE). *«La jurisprudencia ha identificado la exigencia del principio de imparcialidad que comporta la prohibición de contratar en los supuestos legalmente previstos con la necesidad de que se preserve “la moralidad administrativa” en el sentido de que no basta con que la Administración contratante obre con total sometimiento a la legislación sobre contratación pública sino que es preciso disipar toda duda sobre la corrección de la actuación administrativa. Así en la sentencia de 9 de febrero de 2001 el TS señala... la necesidad de que en toda actividad de la Administración, y en particular de la contratación, brille la moralidad de los contratantes, Administración y contratista, que exige que no haya nunca favoritismo, ni pueda sospecharse de ello».*

Entendió el Tribunal que en el caso enjuiciado concurría la causa de prohibición de contratar (aplicando el artículo 60.1 g) del TRLCSP) en la adjudicación de un contrato para explotación de un bar a la esposa del Alcalde, titular del órgano de contratación, *“sin que resulte suficiente para obviar la concurrencia de esta circunstancia que determina la prohibición de contratar, que su esposo se hubiera abstenido antes de que se reuniera la mesa de contratación, máxime cuando (...) todavía explotaba el bar-cafetería y hace su declaración responsable de que no concurre en ella ninguna de las causas de prohibición recogidas en el citado art. 60 el 15 de abril, antes de la abstención de su esposo, el cual además había aprobado, vigente el contrato con ella, las cláusulas administrativas particulares entre las que se encuentra: la experiencia en el sector de la hostelería como empresario mediante contrato en el sector público de similares características al contrato administrativo especial objeto del pliego, siendo los dos puntos otorgados por este criterio de adjudicación los determinantes para que resultara adjudicataria su esposa (...) Es evidente, por ello, que no puede sostenerse que no ha habido favoritismo o, al menos sospecha fundada de que lo ha habido, ni se puede sostener con seriedad que el Alcalde no sabía que su esposa, que estaba regentando el bar cuando se aprueban las cláusulas administrativas particulares, pretendía su continuación mediante la nueva contratación”.*

En el supuesto que examinamos en este expediente el titular del órgano de contratación, el Alcalde, tenía la obligación de examinar si existía alguna causa que impidiera llevar a cabo la contratación y evitarla, con mayor motivo cuando esa causa le afectaba personalmente tratándose de una relación de parentesco con el adjudicatario de un contrato menor de obras. En cuanto a si tuvo lugar una situación de conflicto de intereses tal y como se define en el artículo 64 LCSP hemos de concluir que sí se



produjo, puesto que es suficiente que exista esa apariencia de conflicto y ésta se produce desde el momento en que es precisamente la Alcaldía quien adjudica el contrato de forma directa, con total control de esa decisión, sin que a estos efectos pueda considerarse que se cursó una invitación a otra empresa que hubo presupuestado la obra por un precio superior, mas cuando el precio finalmente abonado al contratista tampoco fue el que este había presupuestado.

Esta circunstancia no podría desvirtuarse por el hecho de que la empresa ya hubiera realizado otras obras para el Ayuntamiento con anterioridad a que accediera al cargo de Alcalde, pues es precisamente a partir de su acceso a tal condición cuando se produce el conflicto de intereses y la concurrencia de las causas que le impiden la contratación actual con la Corporación.

Aun cuando el contrato de obras ya finalizó, debería valorar el inicio del procedimiento de revisión de oficio del mismo por concurrir la causa de nulidad prevista en el artículo 39.2 a) de la LCSP, en virtud del cual por estar incurso el adjudicatario en las prohibición para contratar que se ha examinado.

En virtud de todo lo expuesto, y al amparo de las facultades conferidas por el Estatuto de Autonomía de Castilla y León y por la Ley 2/1994, de 9 de marzo, del Procurador del Común, consideramos oportuno formular la siguiente **Resolución**:

- Considere la posibilidad de someter al Pleno de la Corporación, previo informe de Secretaría, el inicio del procedimiento de revisión de oficio del contrato menor de obras suscrito con la empresa de la que su hermano es titular.

- Habrá de adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de adjudicación de los contratos que el Ayuntamiento lleve a cabo, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Esta es nuestra resolución y así se la hacemos saber, con el ruego de que nos comunique de forma motivada la aceptación o no aceptación de la misma en el plazo de dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.



PROCURADOR DEL COMÚN
DE CASTILLA Y LEÓN

Una vez realizadas las comunicaciones oportunas, se acuerda publicar la presente Resolución en la página web de esta Institución, previa disociación de los datos de carácter personal que contuviera.

Pendiente de sus noticias, reciba un cordial saludo.

Atentamente,

EL PROCURADOR DEL COMÚN

Tomás Quintana López