



Excmo. Ayuntamiento XXX
Ilmo. Sr. Alcalde
XXX
(León)

Asunto: Contratos de obras / adjudicación / conflicto de intereses / Resolución

Ilmo. Sr.:

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 **1592/2022**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

El motivo de la queja se refería a la situación de conflicto de intereses en la contratación de varias obras municipales adjudicadas a dos empresas en las que trabajan familiares del Alcalde.

Iniciada la investigación oportuna, esta Defensoría solicitó información sobre la cuestión planteada.

El informe enviado con fecha 01/02/2023 señala:

“- Que existe relación de parentesco por consanguinidad de segundo grado (hermanos) entre el administrador de las empresas (...) y este alcalde (...).”

- Que no existe conflicto de intereses entre la empresa (...) y el alcalde ni entre la empresa y ningún otro miembro del ayuntamiento (la empresa... hace muchos años que no existe).

A continuación señala que en las obras se ha procedido del mismo modo, ya sea el procedimiento menor o abierto, y que *“también han sido rechazadas ofertas de esta empresa en otros casos contratando a otras empresas”*.

Afirma que *“en todos los procedimientos menores se actúa con los mismos criterios, según el tipo de obra, servicio o suministro que se precise. Y que no se actúa con el ánimo de seleccionar inadecuada o interesadamente a un determinado contratista ni pariente ni extraño, con la única excepción de los concejales que no son contratados por pesar sobre ellos una causa distinta de incompatibilidad y prohibición, sino en función de la necesidad que se pretenda satisfacer y de la agilidad en la respuesta que se nos ofrezca, por ejemplo, en las reparaciones de las redes de abastecimiento y*



saneamiento, cuya reparación aunque a veces no sea declarada de urgencia o emergencia siempre apremia”.

La contratación de obras de las Administraciones públicas ha de ajustarse a la regulación 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 (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 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 nulo el contrato si el adjudicatario está incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71.

La respuesta enviada a esta Defensoría reconoce que algunos contratos fueron directamente adjudicados como contratos menores a una empresa de la que un hermano del Alcalde es administrador (la otra empresa ya no existe) pero niega que haya existido un conflicto de intereses.

Con los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, se genera una prohibición para contratar sin necesidad de que sea acreditada la existencia de algún conflicto de intereses en particular.

Cuando el precepto se refiere a las personas ligadas con el cargo electo por una relación de parentesco, la norma exige que el órgano competente para declarar la prohibición analice si existe el conflicto de intereses como condición básica para que aquella nazca.

Por tanto, la simple existencia de parentesco no supone de forma automática la existencia de una prohibición de contratar, ello sucederá cuanto además exista 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.

Así lo ha entendido también la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en un informe 11/2018, de 05/04/2018: *“El concepto de conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación (o persona en quien delegue o le sustituya) se configura como un requisito imprescindible para extender la prohibición de contratar con causa en el artículo 71.1.g) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público al cónyuge y personas unidas por una relación análoga de convivencia afectiva, a los ascendientes y descendientes y a los parientes hasta el 2º grado de las personas mencionadas en el citado artículo”.*

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.

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 que impone a la Administración el deber de 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».*

En el caso enjuiciado el Tribunal consideró que concurría la causa de prohibición de contratar -aplicando el artículo 60.1 g) del TRLCSP, antecedente del artículo 71.1 g) de la LCSP- 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 adjudicatario 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”.*



Diversos informes de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado se han referido a la interpretación de lo que debe entenderse por conflicto de intereses, sobre todo antes de que el propio texto legal ofreciera una definición legal, teniendo en cuenta que ese concepto se incluía ya en las Directivas aprobadas por la Unión Europea de directa aplicación en nuestro país.

Entre ellos puede recordarse el informe 31/15, de 13 de julio de 2017, que 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 salvaguarda 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”*.

Señala el órgano consultivo en el informe 44/2021, de 17/12/2021, siguiendo 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”.



El propio texto legal exige a la hora de realizar ese examen tener en cuenta si el titular o miembro del órgano de contratación ha participado en el desarrollo del procedimiento de licitación e influido o podido influir en el resultado del mismo, teniendo 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. De ser así se origina la imposibilidad de actuar válidamente por parte del licitador.

Las causas apuntadas en el informe enviado a esta institución para excluir la existencia de un conflicto de intereses no pueden ser acogidas, pues no es relevante que en algún procedimiento de contratación se rechazó la oferta de esa empresa posiblemente incurso en la prohibición, como tampoco lo es la circunstancia manifestada de con la adjudicación se lograra mayor agilidad en la contratación (menor) de la ejecución de algunas obras, dado que el contrato menor, por su propia naturaleza, dota de agilidad a la contratación, sin que ello excluya la eventual existencia de un conflicto de intereses.

En todo caso, no habría existido riesgo de conflicto entre el interés público y el privado si la Alcaldía no hubiera tenido ni podido tener ninguna influencia en el procedimiento de selección del contratista ni en la decisión de adjudicar el contrato a la empresa cuyo administrador era una persona incluida en el ámbito de las prohibiciones para contratar, lo cual sucedió en todas las contrataciones adjudicadas directamente por el Alcalde a esa empresa en cuestión.

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**:

- En el ámbito de la contratación pública el concepto de conflicto de intereses recogido en el artículo 64 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, impide al titular del órgano de contratación contratar con una empresa cuyo administrador está incluido en la causa de prohibición regulada en el artículo 71.1 g) de la Ley.

- Corresponde al órgano de contratación prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación 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.

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



PROCURADOR DEL COMÚN
DE CASTILLA Y LEÓN

dos meses, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley Reguladora de la Institución.

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