



EXCMO. AYUNTAMIENTO XXX
ILMO. SR. ALCALDE
XXX
(SALAMANCA)

Asunto: Contrato de obra realizada XXX / 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 **329/2024**, referencia a la que rogamos haga mención en ulteriores contactos que llegue a tener con nosotros.

La cuestión abordada era la existencia de un posible conflicto de intereses en la contratación de una obra realizada en XXX, adjudicada a una empresa cuyo titular es hermano del Alcalde.

La reclamación exponía que el Alcalde informó en el Pleno XXX que la Junta de Gobierno Local había aprobado, entre otras facturas, una expedida el XXX por XXX, por importe de XXX euros (incluido IVA).

Añadía que en esa misma sesión un concejal había puesto de manifiesto que la empresa estaba incurso en una prohibición de contratar y que el Alcalde había justificado esa contratación indicando “que esa obra se realizó los días de navidad XXX”.

La persona reclamante sostenía que la obra no se había realizado en el periodo navideño sino que estaba previsto XXX, como así fue, de lo cual informó en un Pleno anterior (XXX) y en una publicación XXX (XXX).

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

El Ayuntamiento remitió un informe suscrito por la Alcaldía XXX, recibido en esta Procuraduría XXX, en el cual se reconocía que uno XXX socios de la empresa XXX es hermano del Alcalde. Admitía que la empresa había contratado con el Ayuntamiento en el mandato anterior, pero negaba haber suscrito ningún contrato en el actual XXX.



Niega los hechos expuestos en la reclamación y explica que XXX estaba prevista XXX y que iba a realizarla la empresa XXX. Atribuye a esta empresa una petición para que el Ayuntamiento proporcionara XXX que trabajaran para ellos. El Alcalde contacta con dos empresas con las que el Ayuntamiento ha contratado en ocasiones anteriores, después XXX retrasa una semana el comienzo de la obra, ante lo cual ninguna de esas empresas puede realizar los trabajos, razón por lo cual: *“decido llamar XXX, ya que es una empresa local, y le ruego que me haga el favor de venir esos días a trabajar para XXX ya que es de vital urgencia XXX”*.

Añade que XXX accede a trabajar para XXX *“dándonos solución a un problema muy grande y urgente que se nos planteaba”* y relata otras incidencias: XXX. XXX.

Justifica el abono de la factura XXX manifestando que no fue asumida por XXX, exponiendo que *“XXX deberían estar en el local XXX”* y que el Ayuntamiento estuvo conforme con esa apreciación por lo que también considera que *“no habiendo encargado nosotros los trabajos XXX, debemos hacernos cargo del importe de ese trabajo ya que eran elementos sine qua non para poder realizar XXX”*.

Insiste en que el Ayuntamiento *“en ningún momento contrató directamente nada con la empresa XXX, pero que ha pagado una factura de unos trabajos y XXX que XXX mandó ejecutar y que eran necesarios XXX y mas con la URGENCIA XXX”*.

Esta Defensoría consideró necesario pedir que concretara algunas de las afirmaciones sobre el encargo de la obra y el abono de la factura, y que enviara los informes de Secretaría e Intervención emitidos; solicitó además el envío de todas las facturas abonadas a XXX.

El último informe del Ayuntamiento de XXX, recibido XXX, insiste en señalar que el Ayuntamiento no ha encargado directamente ningún trabajo a la empresa XXX y que sí ha pagado una factura *“por unos trabajos realizados por orden de un tercero XXX sin conocimiento de los mismos por parte de este Ayuntamiento, aunque se ha demostrado que eran necesarios y urgentes XXX y que tendría que haber realizado la propiedad (el Ayuntamiento)”*.

El Ayuntamiento puso en contacto a la empresa XXX con otras dos que finalmente no pudieron realizarlos y, ante la urgencia de los trabajos, puso en contacto a la primera con XXX. Reitera *“que este Ayuntamiento pusiese en contacto a ambas empresas no quiere decir que nosotros hayamos encargado ni solicitado a ninguna de ellas trabajos fuera del contrato de ejecución de XXX entre XXX y el AYUNTAMIENTO XXX”*.

Continúa señalando que no existe ningún informe de Secretaría y entiende que no existía obligación de emitirlo puesto que no había ninguna contratación, ni existe ningún informe de reparo de la Intervención sobre el pago de la factura.



Del examen de los informes y documentación obrante en el expediente se extraen los siguientes antecedentes:

- El Ayuntamiento contrató una obra XXX con una empresa (XXX), ejecutada entre los días XXX.

- Antes del inicio de la obra la empresa contratista advirtió que era necesario llevar a cabo algunas obras (XXX) no incluidas en ese contrato, y el Ayuntamiento estuvo de acuerdo no solo en esa necesidad, así como también en que le correspondía realizarlas como titular del edificio en el que había previsto XXX.

- El Alcalde llevó a cabo gestiones informales con dos empresas para que realizaran esas obras previas, gestiones que resultaron infructuosas (XXX), después pidió a la empresa XXX que las realizara, accediendo esta última a hacerlo.

- La Junta de Gobierno Local aprobó con fecha XXX la factura emitida el XXX por la empresa XXX por importe de XXX euros (XXX euros + IVA) por *“Trabajos realizados: XXX”*.

- La empresa contratada es una sociedad de responsabilidad limitada formada por XXX socios, uno de los cuales es hermano del Alcalde.

- El acta de la sesión del Pleno XXX en el punto quinto *“Ruegos y preguntas”*, refleja que el portavoz de uno de los grupos intervino para indicar: *“XXX incurre en una de las prohibiciones para contratar por causa de relación familiar”*.

Las posturas del Ayuntamiento y de la persona autora de la queja disienten en relación con la existencia del contrato: el primero afirma que no existe, de ahí que no pueda apreciarse ninguna prohibición para contratar; mientras que la segunda indica que existió un contrato y que el Alcalde eludió las normas que prohíben contratar con esa empresa.

Los antecedentes de hecho expuestos evidencian que existió una contratación de una obra por parte del Ayuntamiento con XXX, contratación que se hizo al margen de cualquier procedimiento.

La ausencia de formalidades en esa contratación pública no impide considerar que el contrato existe, pues al menos el Ayuntamiento ha abonado la factura y la Alcaldía admite haber llevado a cabo personalmente contactos que culminaron con un encargo para que la empresa XXX realizara una prestación.

No se puede admitir que los trabajos a realizar no fueran conocidos por el Ayuntamiento, pues este fue quién los encargó, ni resulta admisible que una Administración pública abone una prestación realizada por una empresa sin que se haya



acordado una previa relación contractual. Por otra parte, no se ha aportado ninguna prueba documental de que existiera una relación contractual entre la empresa encargada de la ejecución de XXX y la empresa que emitió la factura a la que nos estamos refiriendo.

No se cuestiona XXX obedezca a una necesidad que ha de ser satisfecha, pero siendo así el Ayuntamiento debió prever todas las obras que requería XXX, incluidos los trabajos de XXX que no formaban parte de la prestación con contratada con la empresa XXX.

La situación descrita dio lugar a la necesidad de contratar una prestación al margen de la principal con otra empresa diferente, incluso con cierta urgencia, pero ello no justifica que esa prestación (accesoria) se contrate con una empresa incurso en una prohibición de contratar; una urgencia que, por otra parte, parece cuestionable pues ya en un primer informe enviado a esta Defensoría se reconoce que XXX, por lo que cabe deducir que el Ayuntamiento podía haber programado la contratación de todas las prestaciones necesarias XXX, al tratarse de una necesidad era conocida meses antes y con ello haberlo hecho conforme a las exigencias legales.

La contratación de cualquier obra pública 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 (en adelante, LCSP).

En concreto, 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 se extiende a las personas que tengan una relación de parentesco hasta el segundo grado por consanguinidad con los cargos electivos locales, situación que se producía en este caso que ha dado lugar a este expediente. En cuanto al límite de participación en el capital social habrá de aplicarse por analogía el del 10 por ciento previsto en el artículo 12.1 d) de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al servicio de las Administraciones y en el artículo 14.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.

Las prohibiciones que se sustentan en las circunstancias contenidas en este apartado del artículo 71. 1 LCSP se aprecian directamente por los órganos de contratación y subsisten 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 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.

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 acreditar la existencia de la prohibición.

Por tanto, la simple existencia de parentesco no supone de forma automática la existencia de una prohibición de contratar, sino que ello sucederá cuando 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”.

Pues bien, en lo referente a lo que ha de considerarse **conflicto de intereses**, el artículo 64.2 LCSP dispone que:

“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 podiera 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 órganos judiciales, por su parte, 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 3 de octubre de 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 siendo determinante la puntuación obtenida por la experiencia en el sector, incluida en el pliego como uno de los criterios de adjudicación, *“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 ... 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 caso que nos ocupa, la factura fue aprobada por la Junta de Gobierno Local, órgano que preside el Alcalde y que actúa por delegación del órgano de contratación, que en este caso también era el Alcalde atendido el precio de la obra -no supera el diez por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto, disposición adicional segunda LCSP- y confirmado por el hecho de que llevara a cabo las negociaciones previas a la adjudicación y también ésta. No se discute que uno XXX socios de la empresa que emitió la factura sea hermano del Alcalde y ni que posea una participación en la empresa adjudicataria superior al diez por ciento, lo que justifica la apreciación de un conflicto de intereses en esa contratación.

Por otra parte, no ha sido la única factura abonada a la esa empresa desde que ocupa el cargo de Alcalde, pues según la documentación enviada a esta Procuraduría el Ayuntamiento abonó otra emitida XXX por importe de XXX euros (XXX euros + IVA) XXX.

Con relación a ambas facturas que por su cuantía pueden ser reflejo de dos contratos menores -ya que no superan el umbral establecido en el artículo 118 LCSP- de adjudicación directa, la competencia para contratar corresponde a la Alcaldía, por tanto se conflicto de intereses pese a que se haya delegado la competencia para contratar en otro órgano, al formar parte del mismo (Junta de Gobierno Local) y, por ello, haber participado en la adjudicación del contrato.

Finalmente parece oportuno destacar la exigencia de la incorporación del informe jurídico preceptivo que ha de emitir el titular de la Secretaría en la aprobación de los expedientes de contratación, por así exigirlo la disposición adicional tercera apartado 8 de la LCSP, donde se establecen las normas específicas de contratación de las Entidades locales. Esa disposición no prevé diferenciación alguna con respecto a los contratos menores, de tal manera que debe emitirse en cualquier tipo de contrato y, por tanto, también en los denominados menores, tal como lo viene entendiendo la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (Informe 21/2021, de 10 de junio).



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**:

PRIMERA: 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 y de los órganos que actúen por delegación contratar con una empresa incluida en la causa de prohibición regulada en el artículo 71.1 g) de la Ley.

SEGUNDA: Proceda a examinar la incidencia de esta causa de nulidad en los contratos suscritos por el Ayuntamiento con XXX y, previo informe de Secretaría, esa Corporación deberá valorar la procedencia de iniciar los procedimientos de revisión de oficio de dichos contratos.

TERCERA: En lo sucesivo, ha de tener en cuenta que el órgano de contratación debe prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación.

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.

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