

Consulta no vinculant 2/2017

1. Antecedents de la consulta

La consulta formulada.- En data 21 de març de 2017 té entrada en el registre d'aquesta Oficina Antifrau de Catalunya (E-0453) un escrit tramès mitjançant correu electrònic pel secretari de l'Ajuntament de Sant Llorenç de la Muga pel qual l'alcalde del municipi s'adreça a aquesta Oficina per tal de formular una consulta no vinculant.

En la consulta formulada s'exposa que des de fa més de vint anys l'Ajuntament ha vingut encarregant verbalment determinats serveis de lampisteria a un professional que resulta estar casat amb una de les actuals regidores de la Corporació la qual, al seu torn, és membre de la Junta de Govern Local.

Tenint en compte que l'alcalde va delegar en aquest òrgan de govern col·legiat l'exercici de la potestat de contractació menor, es plantegen les següents sis qüestions, relatives a la possible existència d'un conflicte d'interès a raó dels fets exposats, així com de les eventuais conseqüències i efectes jurídics que podria implicar l'acreditació del conflicte d'interès:

«

- *Com seria la manera més correcta de formalitzar la relació amb un professional extern que s'encarregués de dur a terme feines petites i esporàdiques de manteniment en el municipi?*

- *Hi ha una prohibició absoluta per contractar a un treballador autònom si està casat amb un regidor de l'Ajuntament?*
- *Aquesta prohibició és absoluta, o ha d'haver-hi un conflicte d'interessos?*
- *En el cas que exposem, es produeix un conflicte d'interessos?*
- *Seria suficient per evitar el conflicte d'interessos amb que la regidora afectada s'abstingués de la deliberació en la Junta de Govern quan es tracti el tema de l'adjudicació que afecti al seu marit?*
- *Si la competència per contractar fos de l'alcalde, sense vincle de parentiu amb el treballador autònom, desapareixeria el possible conflictes d'interès?*

»

Legitimats a consultar.- Les consultes no vinculants adreçades a aquesta Oficina Antifrau troben encaix normatiu en l'article 33 de les Normes d'Actuació i Règim Interior de l'Oficina Antifrau de Catalunya aprovades per la Comissió d'Afers Institucionals del Parlament de Catalunya el 25 de novembre de 2009 (NARI). El precepte legitima els ens integrants del sector públic –definit en els termes de l'article 2 de la Llei 14/2008, de 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya (LOAC)–, a formular per escrit consultes no vinculants a l'Oficina respecte de les matèries que especifiquen els articles 1.2, 4, 5 i 6 de la LOAC.

És l'article 13 de la LOAC el que determina el deure de l'Oficina Antifrau de Catalunya de relacionar-se amb el Govern de la Generalitat per mitjà del seu president o presidenta, o del conseller o consellera que es

determini, i amb els ens locals per mitjà de l'òrgan unipersonal que els representi –en el cas dels Ajuntaments, doncs, els seus alcaldes–.

Competència per respondre.- D'acord amb l'article 13.2 g) NARI, correspon a la Direcció de Prevenció de l'Oficina Antifrau la funció consistent a «[p]reparar les respostes a les consultes no vinculants (...)».

Per la seva banda, l'article 33.3 de les NARI prescriu el deure de respondre les consultes no vinculants en el termini d'un mes a comptar de l'entrada de la sol·licitud en el registre general de l'Oficina, un cop transcorregut el qual l'òrgan o la persona consultant podrà no tenir en compte el criteri palesat per l'Oficina en la seva resposta.

En darrer terme, és l'article 6 de les NARI el que, entre les funcions atribuïdes al director o directora de l'Oficina Antifrau, esmenta, en les lletres c) i d), les funcions d'emetre informes, dictàmens, propostes, recomanacions i exposicions raonades, així com de dictar resolucions i acords, emetre comunicacions i sol·licituds i fer requeriments i recordatoris, d'acord amb la naturalesa i l'abast de l'acte.

2. Qüestió preliminar

En la primera de les sis qüestions plantejades l'Alcalde exposa el dubte relatiu a la idoneïtat del procediment i de la figura contractual que, d'acord amb l'ordenament jurídic, haurien de ser emprats amb l'objecte d'instrumentar la prestació de serveis que motiva la present consulta.

Convé tenir present que l'Oficina Antifrau de Catalunya fou creada amb la finalitat de prevenir i investigar pràctiques fraudulentas i les conductes que atemptin contra la integritat i la transparència per l'ús o

destinació il·legals de fons públics o qualsevol altre aprofitament irregular derivat de conductes que comportin conflicte d'interessos o l'ús en benefici privat d'informacions derivades de les funcions pròpies dels servidors públics, tal i com prescriu l'article 1.2 de la Llei 14/2008, de 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya. Tenint en compte aquest marc funcional, no esdevé escaient que aquesta Oficina emeti un pronunciament que pugui donar resposta a la primera de les qüestions que es formulen en la consulta que motiva el present informe.

L'Ajuntament consultant gaudeix però d'altres vies d'assessorament específicament habilitades per tal de poder obtenir resposta a la qüestió plantejada, com ara l'opció de valorar adreçar una sol·licitud d'informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, òrgan consultiu específic en matèria de contractació pública, a l'empara del que disposa el Decret 376/1996, de 2 de desembre, així com a d'altres òrgans consultius competents, especialitzats en la matèria.

En aquest sentit, convé tenir present que, d'acord amb l'article 4.9 de l'esmentat Decret 376/1996, la Junta Consultiva de Contractació «podrà informar també sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li puguin ser sotmeses per les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. Si aquestes entitats volen fer ús d'aquesta possibilitat les peticions d'informe seran cursades a través del president de l'entitat respectiva.»

3. Situació de conflicte d'interès

Les qüestions 3a, 4a i 6a de la consulta formulada tenen a veure amb la concepció dels conflictes d'interès, en el benentès que obliguen a considerar si dels fets concrets exposats ens trobem o no davant d'un conflicte d'interès.

3.1 Consideracions generals¹

L'Oficina Antifrau identifica el conflicte d'interès com aquella situació de risc en què l'interès particular d'una persona podria interferir en l'exercici adient del seu discerniment professional en nom d'una altra, que, legítimament, confia en aquell judici. Així doncs, la característica pròpia de les situacions de conflictes d'interès es concreta en el risc que comporta el fet que el professional –un servidor públic, en el nostre cas– vegi afeblida la seva capacitat de judici amb motiu de la concurrència d'un interès particular propi.

Conflicte d'interès no equival a corrupció: només quan el risc esdevé realitat, és a dir, quan el professional "es rendeix a la temptació", apareix la corrupció. Tanmateix, però, en la major part de casos de corrupció pública es produeix la presència d'un interès particular que influeix indegudament en el compliment del deure professional del servidor públic.

En qualsevol cas, tot i que ignorem *ex ante* si el risc d'influència arribarà a produir-se o materialitzar-se en un acte de corrupció, el cert és que en si mateix el risc que comporta la concurrència d'un interès particular

¹ Les presents consideracions generals es formulen amb caràcter abstracte i teòric, per la qual cosa no tenen per objecte l'anàlisi concreta dels fets sotmesos a consulta.

posa en dubte raonable la fiabilitat del judici professional, per la qual cosa el legislador opta per qualificar aquest risc, *per se*, amb la suficient gravetat com per a regular al respecte concretes obligacions preventives dels servidors públics –deures de declaració d’interessos particulars, deures de sol·licitar autoritzacions de compatibilitat, deures d’abstenció de participar en decisions, entre d’altres–.

En aquesta línia i com a situació de risc de corrupció que són, els conflictes d’interès s’han de gestionar amb l’objectiu, d’una banda, de garantir la confiança ciutadana dipositada en les institucions i, de l’altra, d’assegurar la imparcialitat dels servidors públics, necessària per actuar amb objectivitat en la consecució de l’interès general, tot evitant que minvi la fiabilitat professional i, en darrer terme, impedit que l’interès particular esbiaixi el discerniment professional de manera efectiva, escalant la situació a corrupció efectiva. L’anterior determina necessàriament a considerar la gestió dels conflictes d’interès com a part integrant de les polítiques de prevenció i lluita contra la corrupció.²

² Essent conscients de la importància que té la gestió dels conflictes d’interès, així com de les mancances normatives, executives i organitzatives que al respecte pateix el nostre sistema d’integritat, el mes de maig de 2016 l’Oficina Antifrau va fer arribar al Parlament, previ requeriment per aquest a l’efecte, un estudi específic amb el títol *La gestió dels conflictes d’interès en el sector públic de Catalunya*, recentment editat pel Parlament en el núm. 39 de la col·lecció “Testimonis parlamentaris”. Aquest estudi, que té per objecte de donar resposta a les mancances que, com a institució de control, aquesta Oficina ha pogut constatar pel que fa a la regulació i l’aplicació de les eines per a la prevenció dels conflictes d’interès en relació amb totes les persones que exerceixen funcions públiques en les Administracions públiques de Catalunya, permet constatar múltiples febleses del sistema de gestió de conflictes d’interès vigent, la qual cosa fa necessària i inajornable la revisió integral del sistema.

3.2 Anàlisi del cas concret

Un cop assentat l'anterior, convé plantejar-nos si en el supòsit que motiva la present consulta ens trobem davant d'una situació de conflicte d'interès en la persona regidora de l'Ajuntament en la qual concorre, alhora, un vincle matrimonial amb el professional que ha vingut prestant determinats serveis per a l'Ajuntament i que, eventualment, es pugui seguir contractant en el futur.

Sembla coherent donar una resposta afirmativa al plantejament, perquè dels fets s'infereix un risc en la presa de la decisió pública que és objecte de la present consulta no vinculant:

En primer lloc, d'acord amb la informació facilitada per l'Alcalde consultant, hem de partir de l'**existència d'un interès particular** acreditat en una de les persones regidores de la Corporació local, que al seu torn forma part de la Junta de Govern local, amb motiu del seu vincle conjugal amb un tercer professional amb el qual l'Ajuntament podria mantenir una relació contractual de prestació serveis.

En segon lloc, tal i com hem apuntat més amunt, convé analitzar si l'interès particular concurrent en el servidor públic és òptimament adient per a poder interferir en l'exercici objectiu i legítim del seu discerniment professional.

En el cas sotmès ara a consulta, cal examinar doncs si la relació marital de la regidora amb el tercer professional els serveis del qual han estat contractats i podria contractar l'ens local en el futur, pot influir o esbiaixar el seu judici decisor, que es materialitzarà en el moment d'exercir el dret de vot en el si de la corresponent sessió de la Junta de

Govern local per a decidir sobre la contractació o no del referit professional.

D'acord amb la disposició addicional segona del Text refós de la Llei de contractes del sector públic Reial, aprovat per decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, corresponen als alcaldes i als presidents de les entitats locals les competències com a òrgan de contractació respecte dels contractes d'obres, de subministrament, de serveis, de gestió de serveis públics, els contractes administratius especials, i els contractes privats quan el seu import no superi el 10 per 100 dels recursos ordinaris del pressupost ni, en qualsevol cas, la quantia de sis milions d'euros.

Així mateix, l'article 51.2 del mateix text legal habilita els òrgans de contractació per delegar o desconcentrar les seves competències i facultats en aquesta matèria, sempre que es compleixin les normes i formalitats aplicables en cada cas per a la delegació o desconcentració de competències.

En el moment en què la regidora formi part de l'òrgan col·legiat al qual correspondria, per delegació, l'exercici de la competència municipal decisòria en relació amb l'eventual concreta contractació del seu marit, en la seva condició de professional en el sector, és clar que s'esdevindria una situació de risc, per raó de vincle matrimonial, que podria comprometre directament i immediata l'objectivitat en l'emissió del vot per part de la regidora en la seva qualitat de membre de l'òrgan de govern municipal cridada a decidir sobre la contractació dels serveis a licitar. En efecte, l'exercici del seu vot requerirà necessàriament d'una valoració i consideració objectiva de tots els factors que cal tenir en compte per a la decisió final en el procediment de contractació (tingui

aquest la naturalesa que tingui) per la qual es designarà el concret licitador al qual serà adjudicat finalment el contracte de serveis.

Per tant, sempre que es doni efectivament la circumstància que el marit de la regidora es postuli, en el si d'un concret procediment de contractació, com a possible adjudicador del contracte amb la Corporació local, i sempre que en aquell moment simultàniament la regidora formi part integrant de l'òrgan col·legiat competent, ja sigui per valorar les ofertes i proposar, ja sigui per decidir-ne l'adjudicació, aquestes dues circumstàncies actuals i concurrents en el cas concret configurarien l'acreditació d'un interès particular de la regidora amb **aptitud suficient i adequada per a poder influir, interferir o esbiaixar el seu discerniment professional** a l'hora de contribuir en la decisió sobre la contractació licitada, en el sentit que, o bé pugui emetre un vot favorable a la contractació del seu marit, o bé pugui exercir el seu judici valoratiu de forma desfavorable en relació amb algun dels altres licitadors concurrents, en el seu cas.

4. Prohibició per contractar

1) En el supòsit plantejat

Les qüestions 2a i 5a de la consulta formulada tenen a veure amb les conseqüències jurídiques i els instruments que ofereix l'ordenament jurídic per tal de gestionar el conflicte d'interès que s'acrediti en relació als fets exposats.

Prohibició aplicable

D'acord amb allò disposat a l'article 60.1.g) del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, en la versió vigent del precepte donada per la disposició final 9a de Llei 40/2015, d'1 d'octubre, no poden contractar amb el sector públic «qualsevol dels càrrecs electius que regula la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general (LOREG)».

En consonància amb l'anterior, la lletra d) de l'apartat 2n de l'article 178 de la LOREG estableix la incompatibilitat de la condició de regidor amb la de contractista o subcontractista, de contractes que finança totalment o parcial la corporació municipal o un establiment que en depèn.

El darrer paràgraf de l'article 60.1.g) del Text refós de la Llei de contractes del sector públic estén igualment la prohibició de contractar «als cònjuges, persones vinculades amb una anàloga relació de convivència afectiva, ascendents i descendents, així com a parents en segon grau per consanguinitat o afinitat de les persones a les quals es refereixen els paràgrafs anteriors, quan es produeixi conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en què s'hagués delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer».

En aquest sentit l'Informe 9/2000, de 24 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya conclou, en relació amb la versió normativa vigent aleshores, que «està legalment establert que un càrrec electiu d'un ens local, el seu cònjuge –o la persona amb qui manté una relació de convivència anàloga– i els descendents als quals representa legalment, estan impossibilitats d'actuar amb la corporació com a

contractistes, com a subcontractistes i com a administradors de la persona jurídica contractista o subcontractista.»

L'Informe 41/12, de 21 de març de 2014 de la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat, relatiu a la incompatibilitat per contractar serveis jurídics amb un Ajuntament de la dona d'un regidor, afirma que «[e]n lo que respecta a los requisitos objetivos que se encuentran presentes en el artículo 178 ya enunciado de la LO 5/1985 respecto a las actuaciones incompatibles con la condición de Concejal, los elementos objetivos son dos: que se trate de contratistas o subcontratistas, y que los contratos en cuestión se financien total o parcialmente por la Corporación Municipal.»

Qüestió prèvia

La funció indicativa en matèria de contractació pública constitueix l'essència funcional pròpia dels òrgans consultius específics en matèria de contractació pública, com s'ha dit més amunt –a Catalunya, la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, d'acord amb el Decret 376/1996, de 2 de desembre–.

Tanmateix, però, i en la mesura que la prohibició per contractar continguda a l'article 60.1.g) del Text refós de la Llei de contractes del sector públic té a veure amb la integritat dels servidors públics, en fonamentar-se en l'existència d'un risc potencial per a la seva actuació imparcial i objectiva, a raó del càrrec ocupat, aquesta Oficina Antifrau entén procedent i alhora adient emetre la seva opinió al respecte, atesa la seva missió de prevenir i investigar pràctiques fraudulentas i les conductes que atemptin contra la integritat i la transparència per l'ús o destinació il·legals de fons públics o qualsevol altre aprofitament irregular derivat de conductes que comportin conflicte d'interessos.

El present informe d'aquesta Oficina s'emet doncs sense perjudici de les competències consultives que en matèria de contractació l'ordenament atribueix a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya i a la resta d'òrgans consultius especialitzats en aquesta matèria, per la qual cosa el nostre criteri, aquí palesat, resta subjecte a la millor argumentació que al respecte pugui oferir-se des d'aquests específics òrgans consultius.

Anàlisi de fons

Pel que fa al fons de l'assumpte, la lletra g) de l'article 60.1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic estableix una prohibició per contractar *ex lege* de caràcter absolut, és a dir, d'aplicació automàtica, quan el tercer licitador ho sigui "qualsevol dels càrrecs electius".

El mateix succeïa clarament en la versió anterior del precepte quan el tercer contractista era el cònjuge del càrrec electe o persona vinculada amb una anàloga relació de convivència afectiva, entre d'altres parents.

Tanmateix, la versió actual del precepte, *in fine*, fa al·lusió a l'exigència que es produeixi «conflicte d'interessos amb el titular de l'òrgan de contractació o els titulars dels òrgans en què s'hagués delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer».

Aquest nou requisit, tal i com és expressat en la redacció actualment vigent, genera la incertesa sobre si el mateix ha de predicar-se de tots els subjectes referits en el darrer paràgraf de la lletra g) de l'article 60.1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic (cònjuges, persones vinculades amb una anàloga relació de convivència afectiva,

ascendents i descendents, així com a parents en segon grau per consanguinitat o afinitat de les persones a les quals es refereixen els paràgrafs anteriors), o bé tan sols és referit als últims citats (els parents en segon grau per consanguinitat o afinitat).

En qualsevol dels casos, cal dir que, en el supòsit objecte del present informe, la prohibició abastaria clarament, en opinió d'aquesta Oficina, el tercer professional a favor del qual es planteja l'adjudicació d'un contracte de serveis per part de la Corporació local, a raó del seu vincle matrimonial amb la regidora que, al seu torn, és membre de la Junta de Govern cridada a exercir, per delegació de l'Alcalde, la competència per a contractar.

Això és així perquè, tal i com s'ha argumentat més amunt, existeix de totes maneres un conflicte d'interès acreditat entre la regidora (que és un dels titulars de la Junta de Govern, òrgan en el qual s'ha delegat la facultat per contractar) i el seu cònjuge (el tercer professional, eventual licitador).

Altres qüestions relacionades amb el supòsit plantejat

A l'Informe 9/2000, de 24 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya es plantegen dues qüestions d'interès en el present cas, sotmès a consulta: si, d'una banda, seria aplicable la prohibició en el cas de feines ocasionals i, d'altra banda, en el cas de contractes menors:

Quant a la primera qüestió, la Junta Consultiva afirma que «els casos d'incapacitat de contractació amb les administracions públiques que preveu l'article 20 de la LCAP volen, al capdavant, garantir que el contracte s'executi correctament. Tot allò que s'hi

estableix es refereix, sense distinció, a qualsevol contracte: el temps d'execució o l'import no alteren l'aplicabilitat dels criteris de determinació d'incapacitat.»

«D'altra banda, els contractes menors, d'acord amb l'article 56 de la LCAP, comporten unes actuacions administratives documentals mínimes: l'aprovació de la despesa, l'emissió d'una factura i també, segurament, d'una sol·licitud en què una unitat administrativa defineix l'objecte que motiva la contractació i n'explicita l'interès públic; en el contracte menor d'obres, a més, cal el pressupost i, si escau, el projecte. Aquests tipus de contractes, atès que són per un preu baix, no cal consultar-los ni licitar-los amb diferents empresaris, sinó que el legislador ha optat per considerar més eficient habilitar les administracions públiques per contractar directament, sense publicitat ni concurrència, els contractes típics, inferiors a determinada quantia.

Això no obstant, en els contractes menors, com en qualsevol contracte administratiu, són d'aplicació els requisits que estableix l'article 11 de la LCAP, a excepció dels requeriments que justament són contradictoris amb la naturalesa i regulació legal d'aquesta figura contractual, com ara la incorporació de plecs de clàusules o la formalització d'un contracte.

Així doncs, són aplicables al contractista d'un contracte menor els requisits que exigeixen tant la lletra b de l'apartat 2 de l'article 11 de la lcap, sobre la capacitat de contractació, com l'article 20 de la ICAP, de prohibició de contractació.»

Al seu torn, i pel que fa al fet que el cònjuge de la regidora, d'acord amb els fets relatats a la consulta, ja havia prestat amb anterioritat serveis a l'Ajuntament com a lampista, convé tenir present que l'Informe 41/12,

de 21 de març de 2014 de la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat, relatiu a la incompatibilitat per contractar serveis jurídics amb un Ajuntament de la dona d'un regidor, determina que la prohibició per contractar examinada *«no podría desvirtuarse, ni en este caso ni en el de la concurrencia de los requisitos subjetivos, por el hecho de que la esposa del Concejal ya prestara servicios para el Ayuntamiento con anterioridad a que su marido accediera a la condición de Concejal. Es precisamente a partir del acceso de su marido a tal condición cuando se produce la concurrencia de los requisitos aludidos anteriormente.»* Vegi's igualment en aquest sentit l'Informe 21/00, de 6 de juliol, de la mateixa Junta Consultiva de Contractació de l'Estat.

Assentat l'anterior, en cas que el contracte es celebrés tot i concorrent una prohibició per contractar, cal tenir en compte que l'article 32 b) del Text refós de la Llei de contractes del sector públic determina com a causa específica de nul·litat del contracte *«el fet que (l'adjudicatari) estigui incurs en alguna de les prohibicions per contractar que assenyala l'article 60.»* Per tant, el remei o la conseqüència jurídica que l'ordenament ha previst en els casos en els quals una Corporació local pretengui contractar un dels seus membres electes o el seu cònjuge, consisteix a impedir *ex lege* la contractació, sota pena de nul·litat de ple dret.

El deure d'observança d'aquesta prohibició determina la improcedència de plantejar-se com a possible solució del conflicte l'exercici del deure d'abstenció de la regidora afectada, en la mesura que la voluntat del legislador ha estat, en supòsits de contractació de membres electes o del seu cònjuge, com ara és el cas, imposar la prohibició de contractació com a conseqüència jurídica, i no pas el deure d'abstenció³.

³ El deure d'abstenció en el cas dels membres locals és previst a l'article 76 de la LRBRL, a l'article 55.1 de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència,

2) Hipotètic cas que l'Alcalde exercís directament la competència per contractar

Ara bé, si s'arribés a la conclusió que el nou requisit que exigeix la prohibició al·ludida (relatiu a l'existència d'un conflicte d'interès amb el titular de l'òrgan de contractació) és exigible respecte de tots els subjectes referits en el darrer paràgraf de la lletra g) de l'article 60.1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, és a dir, també dels cònjuges dels càrrecs electes, en el supòsit plantejat, en el qual el tercer professional és cònjuge d'una regidora de la Corporació local, no existiria l'exigut conflicte d'interès en el cas que la competència en matèria de contractació fos exercida per l'Alcalde directament, sense delegació, per la qual cosa, a manca de conflicte d'interès entre aquest òrgan de contractació i el tercer professional, no seria aplicable en aquest cas la prohibició de contractació continguda a la lletra g) de l'article 60.1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic.

En aquest sentit es pronuncia l'Informe 10/2016, de 18 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Comunitat Autònoma d'Aragó, que en relació amb la lletra g) de l'article 60.1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic afirma contenir una "redacció inadequada" de "difícil interpretació":

«[...] no queda claro si la condición: «cuando se produzca conflicto de intereses» es aplicable a todos ellos (al cónyuge, a los ascendientes, etc.), o sólo a los parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad. En principio, parece que el uso de la

accés a la informació pública i bon govern, i a l'article 26 de la Llei 19/2013, de 9 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern, d'acord amb l'article 23.2 de la Llei 40/2015, de l'1 d'octubre, de Règim Jurídic del Sector Públic (Llei 40/2015)

coma, en el contexto del artículo, no delimita ningún inciso o unidad con grado de independencia, ni tampoco grupos sintácticos independientes; sino que más bien se utiliza la coma como complemento que afecta a toda la oración. [...] de manera que la condición: «cuando se produzca conflicto de intereses», es aplicable a todos ellos —al cónyuge, a los ascendientes, a los parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad—.

[...]

Así pues, para que las prohibiciones de contratar alcancen a los cónyuges de los miembros de las entidades locales, a 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, se tiene que producir 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 con quienes ejerzan la sustitución del primero.

[...]

De manera que, a sensu contrario, hay que interpretar que en el caso de no concurrir tal conflicto de intereses, no existe prohibición de contratar.»

En la mateixa línia es pronuncia la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Comunitat Valenciana en els seus informes 3/2016, de 26 d'abril, i 5/2016, de 22 de juliol, en afirmar que:

«[...] en opinión de esta Junta parece evidente que, independientemente de si la relación de parentesco es conyugal, análoga a ésta o de otro tipo, la existencia de un conflicto de

intereses con quien ejerza facultades del órgano de contratación es un requisito, una condición necesaria para que un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de un cargo electivo – en este caso de un concejal o del alcalde-- se encuentre incurso en la causa de prohibición de contratar establecida en el artículo 60.1.g del TRLCSP. A contrario sensu, debe entenderse también que si no se da ese conflicto de intereses con quien ejerza facultades del órgano de contratación tampoco se dará el motivo de prohibición de contratar citado.»

Assumint l'anterior, la Junta Superior es planteja determinar si, en los casos sotmesos a consulta el conflicte d'interès es produiria simplement per l'existència de la relació d'afinitat o consanguinitat entre un licitador i qualsevol càrrec electe, o només es produiria si la relació d'afinitat o consanguinitat es dóna amb l'alcalde o els regidors o càrrecs que intervinguin en la contractació, o si, per contra, en qualssevol dels casos anteriors, a més del parentiu o afinitat és necessària la concurrència d'alguna altra circumstància perquè pugui estimar-se que l'esmentat conflicte es produeix.

Segons l'òrgan consultiu, «[u]na consideración razonable lleva a reconocer que, efectivamente, no todos los cargos electos de una corporación local se encuentran en una misma situación relativa a las competencias y atribuciones en materia de contratación (per la qual cosa ...), se desprende que no podrá tener la misma consideración la participación de personas familiares del alcalde o de un concejal con competencias en el procedimiento de contratación en el que aquellos pretendan participar, que la de familiares de un concejal sin competencia alguna en tales procedimientos de contratación.

En la tasca de determinar quan es dóna el conflicte d'interès, l'informe es fa ressò de la manca de norma en l'Administració local que determini quan es produeix exactament un conflicte d'interès, tasca per a la concreció de la qual es refereix la Junta consultiva a la doctrina i requisits normatius palesats en relació amb els alts càrrecs de l'Administració General de l'Estat, això és, la Llei 3/2015, de 30 de març, segons l'article 11 de la qual «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.»

Així doncs, es produirà en tot cas un conflicte d'interès quan qui ostenta un càrrec en una Administració hagi d'adoptar una decisió que pugui afectar els interessos propis o de familiars en els que es donin les relaciones de parentiu o afinitat referides. I sota aquesta premissa, la Junta arriba a les següents conclusions:

Pel que fa a la contractació de familiars de l'alcalde i sempre que aquest pugui intervenir en el procés de contractació, *«su decisión o su participación en la toma de la decisión colegiada afecta a intereses personales derivados de su parentesco con personas que concurren al procedimiento de contratación y, en consecuencia, debe entenderse que estas personas, hasta el segundo grado de*

consaguinidad o afinidad con el alcalde, se encontrarían incursos en la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.g., incluso en el supuesto de que siendo el alcalde el órgano competente para la contratación hubiere delegado dicha competencia en otro concejal u órgano, ya que las resoluciones que se adopten se consideran dictadas por él mismo como órgano delegante y su capacidad de influir en la decisión no desaparece.»

En canvi, «[s]ituación ligeramente diferente es la que puede darse en el caso de los familiares o afines de los concejales. En principio, los familiares de un concejal con la relación de parentesco indicada en el artículo 60.1.g del TRLCSP, sólo se encontrarían incursos en la misma causa de prohibición de contratar que los del alcalde cuando dicho concejal actuase como órgano de contratación o participase en la toma de decisiones relativas a la contratación en el procedimiento al que tales familiares concurriesen. Por el contrario, los familiares de cualquier concejal que no ejerza facultades en materia de contratación y que no participe en el procedimiento al que estos se presenten no tendrían por qué incurrir en la causa de prohibición de contratar del tantas veces repetido precepto 60.1.g de la Ley.»

Així doncs, d'acord amb aquest criteri, si fos l'Alcalde qui exercís directament la competència per a contractar, en no concórrer en ell conflicte d'interès personal amb el marit de la regidora, no seria llavors aplicable la prohibició de contractar.

Tanmateix, atesa la incertesa que genera l'actual redacció del precepte aplicable, entenem que la interpretació donada pels òrgans consultius autonòmics referits anteriorment no pot considerar-se consolidada, a data d'avui.

Entre els diversos arguments que podrien esgrimir-se a favor de la interpretació alternativa, és a dir, la que aposta per entendre l'extensió de la prohibició per contractar amb el mateix caràcter absolut també als cònjuges dels regidors (és a dir, sense exigir-los la concurrència de cap conflicte d'interès subjacent), tenim com a referència la interpretació literal de les anteriors normes vigents en matèria de contractació del sector públic, que al respecte expressament estenien la prohibició de forma absoluta i automàtica al cònjuge del càrrec electe. I és clar que una interpretació actual que divergís del tenor literal de les anteriors regulacions suposaria una minoració de l'abast de la prohibició per a contractar en relació amb els cònjuges dels electes, restant doncs restringida a la concurrència d'un conflicte d'interès.

En aquest sentit l'Informe 13/2012, de 30 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació de la Generalitat de Catalunya, afirma que *«hi ha un element comú d'anàlisi que és l'extensió de l'eventual causa de prohibició de contractar per incompatibilitat dels càrrecs electius locals als respectius cònjuges o a empreses participades o administrades per aquests. La Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques (d'ara endavant, LCAP), ja va preveure que la prohibició de contractar per incompatibilitat s'aplicava igualment a persones que mantenien una especial relació amb la persona possiblement incompatible, entre elles, el seu cònjuge. Aquesta previsió es va mantenir, sense canvis, en el Text refós de la Llei esmentada, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (d'ara endavant, TRLCAP), i, també, amb petites matisacions, en la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (d'ara endavant, LCSP). Actualment, aquesta regulació es manté en el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara en endavant, TRLCSP)»*,

encara que, en aquest darrer cas, es refereix a la versió del precepte anterior al text actualment vigent, donat per la Llei 40/2015.

5. Conclusions

- Pel que fa a la consulta sobre la idoneïtat del procediment i de la figura contractual que, d'acord amb l'ordenament jurídic, haurien de ser emprats amb l'objecte d'instrumentar la prestació de serveis, aquesta Oficina manca de competència indicativa en matèria de contractació pública, per la qual cosa no es tracta aquesta d'una matèria respecte de la qual ens puguem pronunciar.
- En relació amb si concorre o no una prohibició per contractar en el treballador autònom, la resposta ha de ser positiva, atès que la normativa en matèria de contractació estén la prohibició per contractar amb finançament municipal càrrecs electes locals, igualment al seu cònjuge, sempre que el càrrec electe participi de la presa de decisió relativa a la contractació en la qual concorre el seu cònjuge.
- En relació amb l'anterior, existeix un conflicte d'interès en la persona regidora amb motiu de la concurrència de la seva condició de membre electe municipal amb el seu vincle matrimonial amb el tercer professional, eventual adjudicatari de la mateixa Corporació local, en el moment que aquella regidora iniciï la seva participació en el corresponent procediment decisor de contractació.
- Atès que l'ordenament ha previst en aquests casos l'impediment per a contractar (prohibició per a contractar), és aquest imperatiu

legal el que ha de ser aplicat, i no l'exercici del genèric deure d'abstenció.

- En el cas que no operés la delegació de competència a favor de la Junta de Govern, exposada en els fets que motiven la present consulta i, per tant, la competència per a decidir sobre la contractació fos exercida pel seu titular, és a dir, l'Alcalde de la Corporació, desapareixeria el supòsit de fet que motivaria l'interès personal, que al seu torn serviria de fonament d'un conflicte d'interès, perquè el supòsit de fet plantejat parteix d'un vincle matrimonial amb un regidor, no amb l'alcalde.

Ara bé, davant l'absència d'aquest conflicte d'interès, cal constatar els dubtes interpretatius que planteja l'actual redacció de l'article 60.1 g) de Text refós de la Llei de contractes del sector públic, així com que no es pot considerar consolidada la doctrina en relació amb aquest precepte, tot i que els informes analitzats apunten en el sentit indicat a l'apartat 4t del present informe.

6. Publicitat

D'acord amb l'article 33.2 *in fine* de les NARI, la consulta té caràcter de reservada tan sols si expressament ho sol·licita qui en fa la formulació.

D'altra banda, d'acord amb allò disposat a l'article 10.1.b) de la Llei 19/2014, cal fer difusió activa de les respostes anonimitzades a consultes plantejades que tinguin una incidència especial sobre la interpretació i l'aplicació de les normes.

Així doncs, una vegada hagi estat comunicada a la persona sol·licitant, caldria publicar en el Portal de transparència d'aquesta Oficina Antifrau de Catalunya la present resposta a la consulta no vinculant formulada, prèvia dissociació de les dades de caràcter personal, si escau.

Barcelona, 20 d'abril de 2017

Òliver Garcia Muñoz

Tècnic jurista

Àrea de legislació i assumptes jurídics



Vistiplau
Rosa Maria Pérez Pablo
Cap d'Àrea de Legislació i
Assumptes Jurídics