



Ref.: Consulta no vinculant en relació amb diverses qüestions relacionades amb la gestió dels conflictes d'interès en l'àmbit de la contractació pública (exp. CNV 1/2023)

[Redacted]

Benvolgut Senyor,

En resposta a la consulta que va formular a l'Oficina Antifrau de Catalunya d'acord amb les previsions de l'article 33 de les nostres Normes d'actuació i de règim interior, es transcriuen a continuació les consideracions elevades des de la Direcció de Prevenció de l'Oficina:

1. Antecedents

1.1. El dia 06.07.2023 el registre d'entrada de l'Oficina Antifrau de Catalunya (l'Oficina, en endavant) va registrar amb núm. E-2560/2023 un escrit que planejava una consulta no vinculant.

1.2. Mitjançant l'escrit de referència, l'alcalde de l'Ajuntament consultant sol·licita assessorament a l'Oficina en relació amb la gestió dels interessos particulars d'un regidor i una regidora municipals, en el si d'un municipi de dimensions reduïdes (500 habitatns aproximadament).

2. Consideracions prèvies

2.1. Legitimats a consultar

Les consultes no vinculants adreçades a l'Oficina estan regulades a l'article 33 de les Normes d'actuació i règim interior de l'Oficina (en endavant NARI), que van ser aprovades per la Comissió d'Afers Institucionals del Parlament de Catalunya el dia 25.11.2009.

Aquest article legitima els ens integrants del sector públic – definits en els termes de l'article 2 de la Llei 14/2008, de 5 de novembre, de l'Oficina Antifrau de Catalunya (en endavant 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.

L'article 13 de la LOAC determina el deure de l'Oficina 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 cas dels Ajuntaments l'alcalde o alcaldessa.

Atès que, en el cas que ens ocupa, la consulta es refereix a qüestions relacionades amb la detecció i gestió dels conflictes d'interès i la formula un ens legitimat, escau admetre-la a tràmit.

2.2. Competència per respondre

D'acord amb l'article 13.2 g) de les NARI, correspon a la Direcció de Prevenció de l'Oficina la funció de "preparar les respostes a les consultes no vinculants a què fa referència l'article 33."

Les lletres c) i d) de l'article 6 de les NARI atribueixen a la Direcció de l'Oficina la funció 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 abast de l'acte.

Tot i que l'assessorament jurídic als ens locals no és una de les funcions que la llei atribueixi a l'Oficina de manera general, com prescriu l'article 1.2 de la LOAC, l'Oficina es va crear, entre d'altres, amb la finalitat d'assessorar i fer recomanacions per adoptar mesures contra la corrupció, les pràctiques fraudulentades i les conductes que atemptin contra la integritat i la transparència en l'exercici de les funcions públiques.



Tanmateix, a manera d'advertiment previ, volem deixar constància que la finalitat de les consultes no vinculants previstes en la normativa de l'Oficina, no és oferir una solució unívoca al cas concret, sinó que únicament constitueixen una anàlisi de la normativa d'aplicació des del punt de vista de la integritat per exposar quin és el parer de l'Oficina en relació amb les qüestions plantejades.

En aquest context, val a dir que, en coherència amb el nostre àmbit competencial, hem centrat i limitat el nostre estudi a la consulta plantejada i, en concret, a aquelles qüestions que considerem nuclears per tal de reforçar la integritat. I tot això, amb la voluntat de prestar servei a l'Ajuntament implicat en una matèria central per tal d'enfortir la integritat de sector públic, com ho és la detecció i gestió dels conflictes d'interès.

En aquest sentit, l'Oficina ha advertit, en diverses ocasions, que la prevenció, detecció i gestió dels conflictes d'interès és un dels elements clau per prevenir possibles conductes irregulars, fraudulentos o corruptes.

Cal tenir presents les distorsions que els conflictes d'interès poden provocar en la presa de decisions públiques, la qual cosa els converteix en un factor de risc important. A més, l'absència o l'inadequat tractament dels conflictes d'interès pot desembocar en conductes de mala administració. Recordarem en aquest punt que l'article 30 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya reconeix el dret a una bona administració com un principi de dret públic i dret subjectiu de totes les persones. En la mateixa línia i recollint en part la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, es pronuncia l'article 41 de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea¹.

Així mateix, no es pot oblidar que, en democràcia, la ciutadania té el dret d'esperar que els servidors públics compleixin els deures professionals de manera imparcial i, per tant, que les decisions que prenguin diàriament no es vegin influïdes per interessos particulars o per la possibilitat de pèrdues o guanys privats. Valors fonamentals com la justícia i la igualtat o bé principis d'actuació dels poders públics, com ara el sotmetiment a la llei o el bon govern, difícilment es poden arribar a fer efectius si no es garanteix aquest condicionant previ que és la imparcialitat dels servidors públics. Encara més, la percepció social que les decisions públiques es prenen amb

¹ L'Oficina va analitzar a bastament aquesta matèria a l'informe "La gestió dels conflictes d'interès en el sector públic de Catalunya", emès el 2016 i disponible a la nostra pàgina web.



imparcialitat i objectivitat permet mantenir viva la confiança ciutadana en les institucions públiques; contràriament, la desconfiança respecte a aquesta imprescindible imparcialitat condueix a la desafecció cap a la cosa pública, desincentiva la participació i deteriora la qualitat de la nostra democràcia.

Finalment, atès que la consulta plantejada fa referència a contractació pública, també es procedent recordar que per obtenir una interpretació de la legislació des de la perspectiva de la contractació pública, l'Ajuntament es pot dirigir a la Junta Consultiva de Contractació Pública, que és l'òrgan consultiu específic dels òrgans de contractació de Catalunya.

3. Anàlisi de la consulta

Com hem apuntat anteriorment, la consulta formulada es refereix als mecanismes legals per gestionar de manera adequada els interessos particulars d'uns determinats electes locals, tenint en compte "les problemàtiques" que, en aquest àmbit, afectarien els municipis petits.

A continuació la reproduïm literalment:

"Amb la constitució del nou ajuntament, s'ha plantejat dos problemes d'incompatibilitat, atès que la germana d'una regidora, té l'única botiga de queviures que hi ha en el municipi i des de fa molt de temps, tots els consistoris anteriors, han adquirit tot el material de neteja, aigua i altres subministres.

En la mateixa situació es troba, el taller mecànic del municipi. El pare d'un regidor es el propietari del mateix, i també des de fa molt de temps, tots els consistoris han procedit a dur les reparacions del vehicles municipals a aquest taller.

Es evident que aquests dos casos, es troben subjectes al previst en la legislació que tot seguit es detalla

Primer.- L'art. 73 de la Llei 7/85 de 2 d'abril, reguladora de bases de règim local,

Segon.- L'art. 71.1.g de la Llei 9/2017 de 8 de novembre, de Contractes del Sector Públic. Aquest art. també resulta d'aplicació als municipis petits, malgrat les peculiaritats de fet que tenen aquests.

Tercer.- L'art. 178.2. d de la Llei Orgànica 5/1985, de 19 de juny, del Règim Electoral General. Disposa que son incompatibles els contractistes ..., cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal



I per tant estariem parlant que, ens trobem davant d'un cas d'incompatibilitat.

Per part d'aquesta secretaria es va buscar doctrina i jurisprudència al respecte. Únicament, es va trobar la resolució de la Junta Consultiva de Contractació d'Aragó, Informe 15/2010 de 26 de novembre (EDD2010/253106) i Informe 24/2011 de 12 de setembre (EDD2011/222101). Exposen aquesta problemàtica, i ementen que hi ha molts municipis petits, en els quals no hi ha diversitat de proveïdors que puguin desenvolupar prestacions per l'entitat local i on la majoria de veïns estant lligat per relacions de parentiu o afinitat, provocant així un important conflicte d'interessos al titular de l'òrgan de contractació."

3.1. Qüestió preliminar

Per poder oferir una resposta completa a la consulta transcrita és necessari fer una sèrie de precisions prèvies per, posteriorment, analitzar de manera separada cadascuna de les circumstàncies i reflexions plantejades.

En primer lloc hem de precisar que de l'escrit de consulta es desprèn que, de fet, l'Ajuntament ha detectat una situació de conflicte d'interès potencial i demana com gestionar-ho de manera adequada en el marc de la seva organització.

En aquest context serà essencial, doncs, definir, en primer lloc i de manera acurada, el concepte "conflicte d'interès" per, posteriorment, concretar quins són els elements que permeten apreciar-ne l'existència en un supòsit concret.

Seguidament, caldrà analitzar com s'ha de procedir per gestionar les situacions de conflicte d'interès de manera adequada. Amb aquesta finalitat, farem referència als mecanismes legals a l'abast dels municipis i els elements que cal tenir en compte per determinar-ne l'aplicabilitat i idoneïtat en cada supòsit concret. En particular i atesos els termes en què es formula la consulta, farem referència a l'abstenció, les prohibicions de contractar i les causes d'incompatibilitat, cadascuna de les quals té una naturalesa singular i una regulació pròpia.

3.2. Identificació de les situacions de conflicte d'interès

Avui en dia, al nostre ordenament podem trobar una definició del terme "conflicte d'interès" a l'article 64.2 de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP, en endavant), el qual estableix que:



“A aquests efectes el concepte de conflicte d’interessos abastarà, com a mínim, qualsevol situació en la qual el personal al servei de l’òrgan de contractació, que a més participi en el desenvolupament del procediment de licitació o pugui influir-ne en el resultat, tingui directament o indirecta un interès financer, econòmic o personal que pogués semblar que en compromet la imparcialitat i independència en el context del procediment de licitació”

En termes més generals, l’Oficina utilitza la definició següent:²

“Un conflicte d’interès és tota 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 confien aquell judici.”

Convé subratllar que la majoria de definicions del concepte “conflicte d’interès” parlen d’una “potencial afectació” i, per tant, per trobar-nos davant d’aquesta situació no cal que el discerniment s’hagi vist afectat efectivament, sinó que n’hi ha prou a constatar l’existència d’una circumstància que pugui semblar que compromet la imparcialitat, de manera que cal fer una interpretació extensiva en aquest sentit i activar els mecanismes de gestió dels conflictes d’interès sempre que aquests apareguin.

En darrer terme, s’ha de tenir present que els principis d’objectivitat i imparcialitat sempre vinculen les actuacions dels servidors públics d’acord, entre d’altres, amb els articles 103.1 de la Constitució Espanyola, 30.2 i 71.2 de l’Estatut d’Autonomia de Catalunya i 52 i 53 del Reial Decret Legislatiu 5/2015, de 30 d’octubre, pel qual s’aprova el Text refós de la Llei de l’Estatut bàsic de l’empleat públic.

Per això, atesa la importància dels principis que hi ha en joc, l’Oficina recomana que, en aquesta mena de situacions, s’actui de la manera més curosa i preventiva possible, per tal d’assegurar que l’administració identifica, detecta i gestiona de manera adequada els conflictes d’interès que sorgeixen en l’exercici de les seves competències.

Quant al cas que ens ocupa, es plantegen dues situacions de naturalesa similar: la d’una regidora municipal que és germana de la propietària d’una empresa amb la qual l’Ajuntament hauria contractat subministraments, i la d’un regidor que és fill del propietari d’una empresa amb la qual

² Vegeu nota a peu de pàgina núm. 3.



l'Ajuntament hauria contractat serveis. Es precisa que, en ambdós casos, els electes han estat escollits recentment en motiu d'una nova legislatura i, per tant, no formaven part del Consistori en el moment de la contractació.

La consulta no especifica quins procediments d'adjudicació va tramitar l'Ajuntament (menor, obert, restringit, etc), ni detalla si la relació contractual amb aquests proveïdors ja està extingida o encara es manté. Tanmateix dona a entendre que no seria estrany que les empreses en qüestió volguessin participar en futures contractacions.

Així doncs, la resposta de l'Oficina s'ha de pronunciar necessàriament en un doble sentit:

a. Quant als contractes formalitzats en legislatures passades, només es podria arribar a produir una situació de conflicte d'interès en el supòsit que la relació contractual no s'hagi extingit i/o sigui necessari revisar algun acte administratiu que hi estigui vinculat. **La situació de conflicte d'interès només es podria arribar a produir, doncs, en relació amb actuacions que la nova Corporació** (que és la que es compon dels electes amb vincles familiars) **pugui adoptar**; com seria, per exemple, el cas dels actes d'execució, modificació o extinció contractual (si la relació encara es manté), o de qualsevol acte de conversió, conservació, consolidació o modificació dels anteriors.

Tanmateix, de ser així, **per a la potencial existència d'un conflicte d'interès s'hauria de complir un altre requisit: que les persones afectades per interessos personals participessin o tinguessin alguna capacitat d'influència sobre aquests procediments i el seu resultat.** Dit d'una altra manera, per poder apreciar l'existència d'un conflicte d'interès caldria que el regidor o la regidora que tenen el vincle familiar haguessin d'intervenir de qualsevol manera en qualsevol procediment o actuació relacionada amb els contractistes amb qui estan emparentats.

b. Pel que fa a les contractacions que es pugin produir en el futur, cal advertir que **es podria apreciar l'existència d'un conflicte d'interès en el supòsit en què les persones afectades per l'interès personal haguessin d'intervenir de qualsevol manera en qualsevol de les fases del procediment** licitació o en qualsevol dels procediments anteriors o posteriors que se'n puguin derivar.



Val a dir que el fet que l'Ajuntament ja hagi detectat un interès particular que podria causar una situació de conflicte d'interès fa que, en cas d'esdevenir-se, aquestes situacions siguin més fàcils d'identificar, la qual cosa és fonamental per poder adoptar, a temps, les mesures necessàries per gestionar els riscos per a la integritat que hi estan associats.

En aquest sentit, **cal que tant els regidors afectats com l'Ajuntament tinguin sempre molt present aquest vincle familiar**, que, sens dubte, pot semblar que compromet la imparcialitat i independència en el discerniment de les persones implicades; i que cada vegada que pugui semblar que una actuació dels electes locals es pot veure afectada pel vincle familiar, de manera directa o indirecta, s'emprin els mecanismes adequats per gestionar aquest conflicte d'interès.

3.3. Gestió adequada de les situacions de conflicte d'interès

En l'àmbit de la contractació pública la legislació obliga, de manera explícita, els òrgans de contractació a prendre les mesures adequades per, entre d'altres, "prevenir, detectar i solucionar de manera efectiva els conflictes d'interès que puguin sorgir en els procediments de licitació" (article 64.1 de la LCSP). Així mateix, imposa a les persones o entitats que puguin tenir coneixement d'un possible conflicte d'interès l'obligació de posar-ho immediatament en coneixement de l'òrgan de contractació.

En l'anàlisi d'aquest precepte cal tenir en compte que transposa a l'ordenament intern l'article 24 de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública; i que, en relació amb aquest precepte, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea ha manifestat, en diverses ocasions que el contingut essencial de la Directiva referida **obliga els poders adjudicadors a comprovar, en qualsevol cas, l'existència d'eventuals conflictes d'interès i a adoptar les mesures adequades per prevenir-los, detectar-los i posar-hi remei.**³

Atès que en el cas que ens ocupa els potencials conflictes d'interès ja han estat detectats, **ens centrarem en les solucions que l'ordenament ofereix per gestionar-los de manera efectiva**; concretament, com hem apuntat anteriorment, ens hem de referir als mecanismes legals de l'abstenció, les prohibicions de contractar i les causes d'incompatibilitat.

³ Sentència de 12 de març de 2015, assumpte C-538/13, entre d'altres.



a. En primer lloc i **pel que fa al deure d'abstenció**, destacarem que és un mecanisme legal que pretén evitar la influència d'un interès particular sobre una decisió pública (o judici que s'ha d'emetre), a través de la separació de la persona afectada per aquest interès respecte de la decisió esmentada.

Igualment, quant a la regulació legal de l'abstenció, recordarem que l'article 76 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (en endavant LRBRL) estableix el següent:

"Sense perjudici de les causes d'incompatibilitat establertes per la Llei, els membres de les corporacions locals s'han d'abstenir de participar en la deliberació, votació, decisió i execució de qualsevol tema quan es doni alguna de les causes a què es refereix la legislació de procediment administratiu i contractes de les administracions públiques. L'actuació dels membres en què es donin aquests motius implica, quan hagi estat determinant, la invalidesa dels actes en què hagin intervingut."

En aquest mateix sentit es pronuncia l'article 21 del Reial decret 2568/1986, de 28 de novembre, mitjançant el qual s'aprova el Reglament d'organització, funcionament i règim jurídic de les entitats locals (en endavant ROF).

Per la seva banda, l'apartat b) de l'article 23.2 de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (en endavant LRJSP) adverteix que és una causa d'abstenció:

"Tenir un vincle matrimonial o una situació de fet assimilable, i el parentiu de consanguinitat dins del quart grau o d'afinitat dins del segon, amb qualsevol dels interessats, amb els administradors d'entitats o les societats interessades i també amb els assessors, representants legals o mandatari que intervinguin en el procediment, així com compartir despatx professional o estar associat amb aquests per a l'assessorament, la representació o el mandat."

La claredat d'aquests preceptes no planteja problemes d'interpretació, essent evident que sempre que hi hagi vincle de familiar estret neix el deure d'abstenir-se.

En aquest sentit, els tribunals han advertit en diverses ocasions de l'evidència de la inconveniència que els servidors públics participin en

decisiones que puguin afectar a aquelles persones amb qui mantenen vincles d'aquesta naturalesa.⁴

Per tot això, hem de concloure que **en el cas plantejat existeix un deure legal d'abstenció**, en la mesura que **les persones que ocupen les regidories tenen un vincle de primer i segon grau de parentiu, respectivament, amb potencials contractistes**. Així doncs, cada vegada que el regidor o la regidora referits hagi d'emetre un judici sobre qualsevol qüestió que es pugui veure condicionat directament o indirectament pel vincle familiar s'han d'abstenir.

Quant a l'abast d'aquest deure d'abstenció hem d'atendre de nou a l'article 23 de la LRJSP i, en concret a l'apartat 1, que estableix que quan concorri alguna de les circumstàncies enumerades, les persones afectades s'han d'abstenir (literalment) de: "intervenir en el procediment."

L'expressió utilitzada deixa clar que **el deure d'abstenció es predica en relació amb totes les persones** en què concorri una causa d'abstenció, amb independència del lloc de feina o la posició que ocupin a l'organització. Igualment obliga que s'abstinguin d'intervenir **en qualsevol fase del procediment**. Per tant, l'obligació d'abstenció no es limita al moment de l'adjudicació del contracte, sinó que també impedeix intervenir en altres tràmits o tasques materials (hagin de constar a l'expedient o no), com poden ser: la motivació de la necessitat de contractar, la recepció de la prestació o el pagament del preu, entre molts d'altres.

En particular, els tribunals han advertit, en diverses ocasions, que el deure d'abstenció compren totes les persones que intervenen en el procediment o que hi estan presents d'alguna manera.⁵

Pel que fa a **la participació en òrgans col·legiats** (com és el cas del Ple o les Meses de Contracció), cal tenir present que, d'acord amb la normativa

⁴ A tall d'exemple podem citar, entre moltes altres, la Sentència de 2 d'octubre de 1998, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia d'Andalusia (núm. de recurs 1373/1994), o la Sentència 4/2019, de 10 de gener, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia del País Basc (núm. de recurs 531/2018).

⁵ Per il·lustrar aquesta jurisprudència podem fer referència, a tall d'exemple, a les Sentències 508/2010, de 27 d'octubre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Navarra (núm. de recurs 374/2009); 168/2010, de 29 de març, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de Navarra (núm. de recurs 142/2008); o 577/2001, de 29 de maig, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Superior de Justícia de la Comunitat Valenciana (núm. de recurs 1605/1995).



citada anteriorment,⁶ **el deure d'abstenció comprèn l'obligació de no participar ni en la deliberació, ni en la votació, ni en la decisió, ni en l'execució** de la matèria en relació amb la qual existeix el motiu d'abstenció.

En aquest mateix sentit, cal tenir present que la jurisprudència ha declarat que l'abstenció en el moment de la votació no suposa, per si sola, el compliment del deure legal d'abstenció. A tall d'exemple, podem citar la Sentència 2105/2016, de 28 de setembre, de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem, que un cop constatada la concurrència del deure d'abstenció per part de l'alcalde, declara que, en conseqüència, aquest no només s'havia d'haver abtingut de participar en la votació, sinó també d'intervenir, dirigir i presidir el Ple municipal; així com de participar en els tràmits previs d'elaboració i tramitació del procediment.

b. En segon lloc, escau **fer referència a les prohibicions de contractar**, que són un mecanisme que està previst a la legislació de contractes, i que s'orienta a eliminar la influència d'un interès particular sobre la decisió pública (o el judici que s'ha d'emetre) tot excloent del procediment de contractació l'empresa afectada per aquest interès.

Concretament i pel que afecta al cas que ara ens ocupa, hem de recordar que l'article 71.1 g) de la LCSP, quan regula les prohibicions de contractar, disposa el següent (el subratllat és nostre):

"Estar incursa la persona física o els administradors de la persona jurídica en algun dels supòsits de la Llei 3/2015, de 30 de març, reguladora de l'exercici de l'alt càrrec de l'Administració General de l'Estat, o les respectives normes de les comunitats autònomes, de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, o tractar-se de qualsevol dels càrrecs electius que regula la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general, en els termes que s'hi estableixen.

La prohibició arriba a les persones jurídiques en el capital de les quals participin, en els termes i les quanties que estableix la legislació esmentada, el personal i els alts càrrecs a què es refereix el paràgraf anterior, així com els càrrecs electes al servei d'aquestes.

⁶ Art. 21 i 96 del ROF, entre d'altres.



La prohibició s'estén igualment, en tots dos casos, als cònjuges, persones vinculades amb relació anàloga de convivència afectiva, ascendents i descendents, així com a parents en segon grau per consanguinitat o afinitat de les persones a què 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'hagi delegat la facultat per contractar o els que exerceixin la substitució del primer."

Així doncs, les prohibicions de contractar també permeten abordar el risc de parcialitat i resoldre la situació de conflicte d'interès.⁷

Tanmateix, a l'hora d'estudiar l'aplicació d'aquest mecanisme legal cal tenir en compte que les juntes consultives de contractació administrativa han advertit que, atès que les prohibicions es configuren com un impediment legal per a poder contractar, s'han d'interpretar de manera restrictiva i, per tant, no es poden aplicar de manera analògica o extensiva.⁸ Aquesta apreciació s'ha de complementar amb el fet que l'article 57.4 e) de la Directiva 2014/24/UE anteriorment referida determina que els poders adjudicadors només podran excloure un operador econòmic de la participació en un procediment de contractació quan el conflicte d'interès no es pugui resoldre per mitjans menys restrictius.

En primer lloc, **quant al mandat d'interpretació restrictiva**, val a dir que la redacció de l'últim paràgraf de l'article referit (que és el que ara ens interessa) no ha estat exempta de controvèrsia. De fet, sobre aquesta qüestió hi ha diversos pronunciaments dels òrgans consultius en matèria de contractació.

Si bé, al nostre entendre, no és pertinent entrar a analitzar tots i cadascun d'aquests pronunciaments, sí que és escaient subratllar que hi ha un cert

⁷ En relació amb aquesta qüestió, el Tribunal Suprem ha determinat que "*la prohibición de que se trata tiene por objeto no sólo dotar de claridad a la actuación administrativa, sino evitar en modo absoluto toda sospecha sobre la rectitud y moralidad en la actuación de todas las personas que intervienen en la vida pública*" (Sentencia de 6 de noviembre de 1989); en aquest mateix sentit també es pot consultar la Sentencia de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem de 31 de maig de 2004 (núm. de ref. del recurs de cassació 3902/1999).

⁸ Informe 11/2018, de 5 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat; Informe 1/2017, de 27 de març, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de Navarra; Informe 53/2005, de 19 de desembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa Estatal; entre moltes d'altres.



consens⁹ què **per poder aplicar aquesta prohibició de contractar cal que, com a mínim, es donin, de manera simultània, els requisits següents:**

- **que existeixi una relació de parentiu entre un membre del poder adjudicador i un potencial licitador;**
- **que aquesta relació estigui compresa en els graus d'afinitat i consanguinitat que determina la norma;**
- **i que existeixi una situació de conflicte d'interès.**

Dit d'un altra manera, per poder excloure un licitador en base a aquesta prohibició cal que alguna de les persones que integren l'administració contractant hi estigui emparentada i que aquesta persona es trobi en una situació en què pugui influir o semblar que influeix en qualsevol de les fases del procediment de contractació.

En aquest sentit, és especialment clar l'Informe 5/2021, de 9 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó, que es pronuncia en els termes següents:

"En consecuencia, para que las prohibiciones de contratar se apliquen a los cónyuges o personas vinculadas con análoga relación con los miembros de las corporaciones locales, ascendientes, descendientes y parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad, ha de darse un conflicto de intereses. Sensu contrario, en caso de no concurrir conflicto de intereses, no hay prohibición de contratar. Es decir, la relación de parentesco en sí no implica necesariamente un conflicto de intereses."

En aquesta mateixa línia la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat disposa (Informe 11/2018, de 5 d'abril):

"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 (RCL 2017, 1303), 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."

⁹ Informe 5/2021, de 9 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó; Resolució 58/2020, de 4 de març, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics de la Comunitat Autònoma de Canàries; Informe 11/2018, de 5 d'abril, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat; i Informe 3/2017, de 12 d'abril, de la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Comunitat Valenciana.



Els pronunciaments a què ens acabem referir afegeixen que aquesta és l'única interpretació concordant amb la normativa comunitària; i també que el fet que les prohibicions de contractar constitueixin una limitació del dret a la llibertat d'accés a les licitacions públiques impedeix interpretar-les de manera extensiva.

En segon lloc, **quant al mandat de prioritzar altres mecanismes de gestió**, els òrgans consultius entenen que implica que l'aplicació d'una prohibició de contractar i la corresponent exclusió d'un licitador ha de ser "l'últim recurs" per gestionar un conflicte d'interès.

A tall d'exemple reproduïm a continuació un fragment de l'Acord 108/2016, de 9 de novembre, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics d'Aragó que es refereix a aquesta qüestió:

"Del Derecho europeo y de la Directiva 2014/24/UE se deduce, en relación al conflicto de intereses como causa de exclusión que: a) No se requiere que el conflicto sea "real" en cuanto que el interés particular influya de facto en el desempeño de la actividad pública, sino que pueda ser "percibido" como comprometedor de la objetividad, la imparcialidad y la independencia requerida en el procedimiento de contratación; b) No existe una obligación absoluta de los poderes adjudicadores de excluir sistemáticamente a los licitadores en situación de conflicto de intereses, dado que tal exclusión no se justifica en aquellos casos en que puede probarse que tal situación no ha tenido ninguna incidencia en su comportamiento en el marco del procedimiento de licitación, y que no supone un riesgo real de que surjan prácticas que puedan falsear la competencia entre los licitadores; c) La exclusión de un licitador en situación de conflicto de intereses resulta indispensable cuando no se dispone de un remedio más adecuado y menos restrictivo para evitar cualquier vulneración de los principios de igualdad de trato entre los licitadores y de transparencia."

En aquest context, **la posició organitzativa que ocupa la persona emparentada a l'entitat contractant és especialment rellevant**. Així, en termes generals, els òrgans consultius coincideixen a assenyalar que és necessari distingir entre el personal al servei d'una administració pública i els titulars dels òrgans de govern i/o contractació.¹⁰

¹⁰ Informes 5/2021, de 9 d'abril, i 10/2016, de 18 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó; Resolució 58/2020, de 4 de març, del Tribunal Administratiu de Contractes Públics de Canàries, i Informes 11/2018, de 5 d'abril, i 2/2003, de 28 de febrer de 2003, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, entre moltes d'altres.



Pel que fa als **treballadors o treballadores municipals**, la Junta Consultiva de Contractació de l'Estat ha advertit en diverses ocasions que l'existència d'un vincle familiar amb un potencial adjudicatari no és suficient per aplicar una prohibició de contractar, ja que el legislador ha volgut limitar la influència desencadenant de la prohibició de contractar a les persones que participen o tenen capacitat d'influència en el procediment de contractació.¹¹

A més, en aquests casos, quan s'identifica una situació de conflicte d'interès normalment és possible resoldre-la mitjançant mesures que no impliquen l'exclusió del licitador; com és, per exemple, el cas de l'abstenció o la reassignació de l'empleat públic a altres tasques.

En canvi, quant als **membres dels òrgans de govern i/o contractació de la Corporació**, és més probable que es doni una situació de conflicte d'interès que no es pugui resoldre sense excloure el licitador.

En aquests supòsits, sovint, el conflicte no es pot evitar si la persona continua desenvolupant el càrrec i el licitador mantenint la relació contractual. Amb freqüència, la capacitat d'influència dels càrrecs electes sobre el conjunt de l'activitat contractual (licitació, execució i control) és tant rellevant que és impossible trobar una altra mesura que permeti assegurar que el vincle familiar no condiciona (de manera real o aparent) la relació contractual.

Tanmateix, a l'hora d'escollir la mesura de gestió més idònia, caldrà tenir en compte les característiques del cas particular i distingir, per exemple, entre els electes que, a més, són membres de l'òrgan de contractació i els que no ho són. Igualment, en aquells supòsits en què l'òrgan de contractació sigui el Ple, també s'haurà de considerar la posició que hi ocupen les persones afectades pel vincle familiar.

En síntesi i pel que afecta al cas que ens ocupa, **quan l'òrgan de contractació sigui la Regidoria ocupada per alguna de les persones afectades pel vincle familiar serà obligatori aplicar la prohibició de contractar** prevista a l'article 71.1 g) la LCSP. Per contra, quan l'òrgan de contractació sigui l'Alcaldia o una altra Regidoria, *a priori*, l'abstenció podria ser suficient, si bé s'han de tenir en compte les característiques de cada supòsit en particular.

¹¹ Informes 16/2019 i 31/2015, entre d'altres.



En aquesta mateixa línia, **quan l'òrgan de contractació sigui el Ple s'haurà de valorar, en cada cas concret, si a més d'un deure d'abstenció hi ha una prohibició de contractar.** Per fer aquesta valoració l'Ajuntament haurà de tenir en compte la posició que hi ocupen les persona afectades pel vincle familiar. És a dir, per exemple i entre d'altres, si són regidors de l'equip de govern o de l'oposició, o si tenen una posició influent en el grup municipal. Igualment, en aquesta tasca també caldrà tenir en compte els criteris interpretatius dels òrgans consultius i jurisprudencials a què hem fet referència anteriorment.

c. En darrer terme, és imprescindible complementar l'exposició anterior amb una breu referència **al règim d'incompatibilitats**, que persegueix **eliminar la influència d'un interès particular sobre una decisió pública (o judici que s'ha d'emetre) a través de limitar les activitats o fonts d'ingressos compatibles legalment amb l'exercici d'un càrrec públic.**

En el cas dels electes locals, aquest mecanisme està previst a l'article 178.2 de la Llei orgànica 5/1985, de 19 de juny, del règim electoral general. Entre d'altres i pel que fa al cas que ara ens ocupa, aquest precepte estableix que la condició de regidor és incompatible amb la de contractista o subcontractista de contractes el finançament total o parcial dels quals sigui a càrrec de la corporació municipal.

Pel fa a la qüestió que ara ens interessa, al nostre entendre, la utilització aquest mecanisme per gestionar la situació concreta de conflicte d'interès plantejada no sembla del tot proporcionada ni ajustada a Dret. De fet, *stricto sensu*, no és aplicable.

En aquest sentit, hem de recordar que els tribunals han advertit, en reiterades ocasions, que les causes d'incompatibilitat s'han d'interpretar restrictivament atès tenen una afectació directa sobre el dret fonamental de participació (articles 23 de la Constitució i 29 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya).¹²

¹² Sentències de la Sala Contenciosa Administrativa del Tribunal Suprem de 28 de maig de 2020 (núm. de ref. de la sentència 575/2020 i del recurs de cassació 5298/2017) i de 16 de febrer de 1998 (núm. de ref. del recurs de cassació 2510/1995),



3.4. Apunt sobre la contractació en els municipis de dimensions reduïdes

Finalment, per no deixar cap extrem de la consulta sense respondre, escau referir-nos breument a la mida del municipi i com aquest element pot arribar a condicionar l'activitat contractual.

En aquest sentit, cal recordar que l'Oficina ha identificat l'existència d'un elevat nombre d'entitats adjudicatadores molt petites com un factor de risc extern i sistèmic per a la integritat en la contractació pública. Així, que el 78% dels municipis de Catalunya tinguin menys de 5.000 habitants fa que, sovint, aquests no disposin dels recursos suficients per encarar la contractació de manera professional i que, per tant, hi hagi més oportunitats i/o estímuls per a l'aparició de conductes irregulars, fraudulentos o corruptes en aquest àmbit.¹³

Ara bé, aquest factor de risc extern s'ha de analitzar, avaluar i tractar de manera adequada en el marc competencial propi de cada administració, però no pot emparar conductes que impliquin un major risc per als principis protegits per l'ordenament. Dit d'una altra manera, l'escassetat de recursos s'ha d'abordar amb mesures orientades a incrementar i aprofitar millor els recursos disponibles però no pot servir "d'excusa" per justificar un increment en els riscos de parcialitat, il·legalitat o ineficiència, per exemple.

Desconeixem els detalls concrets del cas que ens ocupa, però en base a l'experiència de l'Oficina en aquest àmbit, considerem pertinent formular els recordatoris següents:

- L'objectiu de la contractació pública és adquirir els subministraments, els serveis i/o les obres que les organitzacions públiques necessiten.
- El procediment per dur a terme aquesta adquisició ha de garantir, entre d'altres: el compliment dels principis de llibertat d'accés a les licitacions públiques, no discriminació i igualtat de tracte entre els licitadors; l'ús eficient dels fons públics; la salvaguarda de la lliure competència, i la selecció de l'oferta econòmicament més avantatjosa (article 1 de la LCSP).
- La normativa sobre contractació pública estableix una tramitació administrativa molt menys exigent per a aquells contractes que no

¹³ Per a més informació podeu consultar el Document de treball núm. 04 del "Projecte de riscos per a la contractació pública" disponible a la pàgina web de l'Oficina.



superen determinats imports establerts legalment i que, consegüentment, comporten menors riscos (article 118 LCSP).

- La finalitat d'aquests contractes anomenats "menors" és atendre de manera àgil necessitats imprevistes que no impliquen el desemborsament de grans quantitats de diners per part de l'administració adquirent.
- No obstant això, la contractació menor no és un mecanisme contractual adequat per atendre necessitats periòdiques o recurrents, encara que els contractes tinguin poc valor estimat. En aquest sentit, els òrgans consultius en matèria de contractació han advertit, en diverses ocasions, que la utilització repetida de la contractació menor amb un mateix proveïdor per a l'adquisició de bens o serveis de naturalesa anàloga no és, *a priori*, un pràctica correcta.
- Així mateix, com no podria ser d'altra manera, la contractació menor també està subjecta als mandats de l'article 1 de la LCSP a què ens acabem de referir i, per tant, s'ha d'utilitzar de manera eficient i no es pot emprar per afavorir ningú.¹⁴

Per tot això, **l'Oficina desaconsella utilitzar la contractació menor** per adquirir, de manera repetida i amb un mateix proveïdor, béns o serveis de naturalesa similar; especialment si el vincle familiar que el proveïdor manté amb un servidor de l'administració contractat incrementa l'aparença de parcialitat en la contractació.

4. Resposta a la consulta

En definitiva, d'acord amb la informació de què disposem i en opinió de l'Oficina, **el vincle familiar que el regidor i la regidora municipals mantenen amb contractistes i/o potencials licitadors podria causar situacions de conflicte d'interès.**

Si aquestes situacions s'esdevenen, **l'Ajuntament implicat les ha d'identificar i gestionar de manera adequada** segons escaigui i en funció de les circumstàncies concretes, **a través dels mecanismes legals de l'abstenció o les prohibicions de contractar.**

¹⁴ Vegis, entre d'altres, l'Informe 9/2000, de 24 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de Catalunya.



5. Publicitat

D'acord amb el que disposa l'article 10.1 b) de la Llei 19/2014, del 29 de desembre, cal fer difusió activa de les directives, les instruccions, les circulars i les respostes anonimitzades a les consultes plantejades que tinguin una incidència especial sobre la interpretació i aplicació de les normes.

Així doncs, una vegada aquesta resposta hagi estat comunicada, caldrà publicar-la a l'apartat de transparència de la seu electrònica de l'Oficina, prèvia dissociació de les dades de caràcter personal, si escau."

Ben cordialment,

Miguel Ángel Gimeno Jubero
Director de l'Oficina Antifrau de Catalunya

