

N.º de Expte. /18

Procedimiento: INFORME. SOBRE INCOMPATIBILIDADES.

Interesado: AYUNTAMIENTO DE

Ref.:

Mediante solicitud del Ayuntamiento dese requiere la emisión de informe jurídico relativo a la necesidad de clarificar situaciones en que pueda entenderse que existe situación de incompatibilidad en relación con la legislación vigente, ante el hecho de que concejales del Ayuntamiento, con vínculos familiares, presten servicios al Ayuntamiento de La solicitud se extiende igualmente al deber de abstención. En concreto la cuestión planteada es que se informe o asesore acerca de si los familiares, parejas de hecho o de convivencia de alcaldes y concejales pueden o no realizar trabajos para el Ayto. y/o intervenir en los procedimientos de contratación de cualquier tipo o deben abstenerse o si, por el contrario, es incompatible en todos sus términos.

Se pasa a informar lo siguiente:

Las Administraciones Públicas tomarán las medidas adecuadas para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de contratación a fin de evitar cualquier falseamiento de la competencia y garantizar la igualdad de trato de todos los operadores económicos.

El conflicto de intereses comprenderá al menos cualquier situación en la que los miembros del personal del poder adjudicador, o de un proveedor de servicios de contratación que actúe en nombre del poder adjudicador, que participen en el desarrollo del procedimiento de contratación o puedan influir en el resultado de dicho procedimiento, tengan, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

Lo mismo ocurre con los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, respecto de los cuales se generará la prohibición cuando se produzcan las condiciones establecidas en la misma, sin necesidad de tener que acreditar la existencia de ningún conflicto de intereses añadido.

Por el contrario, cuando el precepto se refiere a los cónyuges, a las personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, a los ascendientes y descendientes y a los parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad la norma sí que exige que el órgano competente para declarar la prohibición analice si existe el conflicto de intereses como condición básica para que aquella nazca. Por tanto, la inclusión de esta nueva condición descarta que se pueda concluir apriorísticamente que la simple existencia de la relación subjetiva que describe el precepto suponga de forma automática la existencia de una prohibición de contratar. Por el contrario, habrá que analizar si existe o no un conflicto de intereses, pudiendo concurrir circunstancias que excluyan tal situación.

La razón de esta diferencia que venimos glosando es clara, pues mientras en los casos en que la prohibición deriva de la posición de una misma persona en el órgano de contratación y en la empresa potencialmente licitadora es indiscutible la existencia del conflicto de interés, en el caso de los parientes puede no existir el mismo en determinados casos, lo que exige hacer un análisis *ad hoc* para determinar si existe un impedimento insalvable para la objetividad del órgano de contratación.

Por eso, en estos supuestos el legislador obliga al órgano competente a añadir una tarea más, esto es, la de determinar si existe el conflicto de intereses. Parece lógico pensar, en este sentido, que la prohibición se extiende a los parientes citados porque se supone que si cualquiera del grupo familiar con la extensión con que lo define la Ley está en conflicto de intereses con el órgano de contratación, todos ellos lo están en función de la propia comunidad de intereses que se presume entre ellos. Esto no obstante, en la medida en que el legislador ha incluido el requisito de la existencia del conflicto de interés, cabría pensar que pueden existir casos en que no se produzca tal conflicto a pesar de que exista el grado de parentesco.

Por lo que se refiere a la **forma de apreciar la prohibición**, señala la ley que la competencia para ello corresponde al órgano de contratación. Tal declaración legal puede implicar problemas de objetividad en ciertos casos, cuando es el propio órgano de contratación el que está afectado por el posible conflicto de intereses. Sin embargo, tal objeción no debe impedir en ningún caso la aplicación estricta pero razonable de la norma. Parece razonable, en consecuencia, que tanto si el órgano de contratación fuese un órgano colegiado, por ejemplo, el Pleno de un Ayuntamiento, como si es un órgano

unipersonal, el afectado por el conflicto de intereses deberá abstenerse de participar en la decisión relativa a la declaración de la prohibición de contratar.

Recordemos, por otro lado, que la norma exige que exista un conflicto de intereses entre el potencial licitador y el titular del órgano de contratación o quien lo sustituya, sin mencionar otros supuestos diferentes. La mencionada exigencia legal no puede interpretarse con carácter extensivo en ningún caso. Por ello, el hecho de que pueda existir una potencial relación (o incluso una influencia también potencial) entre el titular del órgano de contratación y quienes prestan sus servicios retribuidos para la misma Corporación no supone que debamos identificar ambos supuestos que, como hemos señalado, no están mencionados en la norma.

Evidentemente, la extensión de la prohibición de contratar a todas las personas que presten sus servicios en la entidad pública contratante o a sus parientes resultaría por completo desproporcionada. Por esta razón, el legislador ha querido limitar la influencia desencadenante de la prohibición de contratar a las personas que participan o que verdaderamente tienen en sus manos la decisión final del procedimiento de selección del contratista, que son las que conforman el órgano de contratación. Que dichas personas en algunos supuestos puedan considerarse superiores jerárquicos del empleado municipal no implica *per se* que exista un conflicto de intereses y menos una prohibición de contratar.

Por lo tanto, mientras no se proceda a definir en la Ley de forma expresa esta figura, es de aplicación para determinar cuándo existe el conflicto de intereses lo que acuerde el órgano competente. En este caso, como la norma alude únicamente al titular del órgano de contratación, habrá que valorar si, como consecuencia de la relación de parentesco y de las circunstancias específicas del caso, el titular del órgano de contratación tiene, directa o indirectamente, un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación, en cuyo caso, de ser afirmativa la respuesta, sus parientes tampoco podrán contratar con dicho órgano.

El concepto de amistad íntima es un concepto jurídico indeterminado. Su concreción en cada caso depende de las circunstancias concurrentes, por lo que no es posible sino ofrecer un criterio general de interpretación. Si la finalidad de la norma en este caso es que no se produzcan situaciones en las que los intereses personales

puedan influir indebidamente en el ejercicio de las funciones y responsabilidades del afectado, habrá que concluir que la amistad determinante de la existencia del conflicto será aquella en la que su intensidad pueda afectar a la estricta objetividad del titular del órgano decisorio. Esta cuestión deberá resolverse de forma casuística.

La cuestión que el Ayuntamiento plantea puede desplegar efectos desde tres puntos de vista:

- La concurrencia de un motivo de abstención recogido en el artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

-La concurrencia de incompatibilidad del cargo de concejal conforme a lo previsto en el artículo 178.2.b) de la LOREG.

-La norma de la que hay que partir en la materia es el artículo 71 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, y su remisión al indicado artículo 178.2.d de la LOREG, considerando incompatible la condición de Concejal y la de contratista o subcontratista cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de las Entidades Locales o de establecimientos dependientes de ellas.

En cuanto a las prohibiciones de contratar, el artículo 71, se refiere a los vínculos de parentesco en su apartado 1.g): la prohibición de contratar con la Administración es predicable de los parientes en segundo grado por consanguineidad o afinidad, pero siempre que se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación Legal.

Si el contrato ya ha sido adjudicado, entendemos que no es necesario revisar el contrato y proceder nuevamente a su adjudicación,

“Artículo 71 Prohibiciones de contratar

1. 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:

a) Haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, fraudes, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, prevaricación, malversación, negociaciones prohibidas a los funcionarios, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

La prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas que sean declaradas penalmente responsables, y a aquellas cuyos administradores o representantes, lo sean de hecho o de derecho, vigente su cargo o representación y hasta su cese, se encontraran en la situación mencionada en este apartado.

b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia profesional que ponga en entredicho su integridad, de disciplina de mercado, de falseamiento de la competencia, de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o de extranjería, de conformidad con lo establecido en la normativa vigente; o por infracción muy grave en materia medioambiental de conformidad con lo establecido en la normativa vigente, o por infracción muy grave en materia laboral o social, de acuerdo con lo dispuesto en el [texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto](#), así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del citado texto.

c) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en este haya adquirido eficacia un convenio o se haya iniciado un expediente de acuerdo extrajudicial de pagos, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la [Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal](#), sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.

d) No hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de 50 o más trabajadores, no cumplir el requisito de que al menos el 2 por ciento de sus empleados sean trabajadores con discapacidad, de conformidad con el [artículo 42 del Real Decreto](#)

Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en las condiciones que reglamentariamente se determinen; o en el caso de empresas de más de 250 trabajadores, no cumplir con la obligación de contar con un plan de igualdad conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad de mujeres y hombres.

En relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado su suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas.

La acreditación del cumplimiento de la cuota de reserva de puestos de trabajo del 2 por ciento para personas con discapacidad y de la obligación de contar con un plan de igualdad a que se refiere el primer párrafo de esta letra se hará mediante la presentación de la declaración responsable a que se refiere el artículo 140.

No obstante, lo dispuesto en el párrafo anterior, el Consejo de Ministros, mediante Real Decreto, podrá establecer una forma alternativa de acreditación que, en todo caso, será bien mediante certificación del órgano administrativo correspondiente, con vigencia mínima de seis meses, o bien mediante certificación del correspondiente Registro de Licitadores, en los casos en que dicha circunstancia figure inscrita en el mismo.

e) Haber incurrido en falsedad al efectuar la declaración responsable a que se refiere el artículo 140 o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad y solvencia, o haber incumplido, por causa que le sea imputable, la obligación de comunicar la información prevista en el artículo 82.4 y en el artículo 343.1.

f) Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

La presente causa de prohibición de contratar dejará de aplicarse cuando el órgano de contratación, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 72.1, compruebe que la empresa ha cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de las cantidades adeudadas, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas.

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 consanguineidad 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.

h) Haber contratado a personas respecto de las que se haya publicado en el «Boletín Oficial del Estado» el incumplimiento a que se refiere el [artículo 15.1 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo](#), reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o en las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, por haber pasado a prestar servicios en empresas o sociedades privadas directamente relacionadas con las competencias del cargo desempeñado durante los dos años siguientes a la fecha de cese en el mismo. La prohibición de contratar se mantendrá durante el tiempo que permanezca dentro de la organización de la empresa la persona contratada con el límite máximo de dos años a contar desde el cese como alto cargo.

2. Además de las previstas en el apartado anterior, son circunstancias que impedirán a los empresarios contratar con las entidades comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley, en las condiciones establecidas en el artículo 73 las siguientes:

a) Haber retirado indebidamente su proposición o candidatura en un procedimiento de adjudicación, o haber imposibilitado la adjudicación del contrato a su favor por no cumplimentar lo establecido en el apartado 2 del artículo 150 dentro del plazo señalado mediando dolo, culpa o negligencia.

b) Haber dejado de formalizar el contrato, que ha sido adjudicado a su favor, en los plazos previstos en el artículo 153 por causa imputable al adjudicatario.

c) Haber incumplido las cláusulas que son esenciales en el contrato, incluyendo las condiciones especiales de ejecución establecidas de acuerdo con lo señalado en el artículo 202, cuando dicho incumplimiento hubiese sido definido en los pliegos o en el contrato como infracción grave, concurriendo dolo, culpa o negligencia en el empresario, y siempre que haya dado lugar a la imposición de penalidades o a la indemnización de daños y perjuicios.

d) Haber dado lugar, por causa de la que hubiesen sido declarados culpables, a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con una entidad de las comprendidas en el artículo 3 de la presente Ley.

3. Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas.”

En este sentido como indica la norma, correspondería al poder adjudicador, al órgano de contratación en los términos de la Ley de contratos, el adoptar las medidas “adecuadas” para prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses, e igualmente se podrían adoptar medidas relativas al contenido de las prescripciones técnicas, para evitar una deliberada opacidad sobre la circunstancias, y en todo caso para hacer posible, si procediera, la impugnación de los pliegos si se estimara que concurren motivos para ello. Igualmente cabrían, por supuesto, medidas como la abstención o la recusación, como se verá más adelante.

El artículo 73 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local (LBRL), establece que los supuestos de inelegibilidad e incompatibilidad de los miembros de las Corporaciones Locales se regularán en la Legislación electoral.

La Ley Orgánica 5/1985, de 19 de enero, del Régimen Electoral General (LOREG) recoge las causas de **incompatibilidad** de los miembros de la Corporación, señalando lo siguiente en el artículo 178:

«1. *Las causas de in elegibilidad a que se refiere el artículo anterior, lo son también de incompatibilidad con la condición de Concejal.*

2. Son también incompatibles:

... d) Los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes.

3. Cuando se produzca una situación de incompatibilidad los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de Concejal o el abandono de la situación que, de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior. dé origen a la referida incompatibilidad. Cuando la causa de incompatibilidad sea la prevista en el apartado

2.e) del presente artículo, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6.4 de esta Ley.

4. Cuando la causa de incompatibilidad sea la contenida en el punto b), del apartado 2, el funcionario o empleado

(El resto de causas de inelegibilidad e incompatibilidad las obviaremos por no tener relación).

En materia de inelegibilidad e incompatibilidad no caben interpretaciones extensivas, sólo se da la causa de incompatibilidad con la condición de Concejal conforme al artículo 178.2 LOREG, en los funcionarios o restante personal en activo al servicio del respectivo Ayuntamiento y de las entidades y establecimientos dependientes de él, cualquiera que sea su régimen de dedicación, es decir sea exclusiva o parcial, y cualquiera que sea el régimen Jurídico de su relación con la Corporación local; aplicándose la misma también a las personas contratadas por la Corporación Local, aunque no sea ésta la entidad que abona su retribución, habrá que estar a la naturaleza de la relación para la declaración o no de la referida causa de incompatibilidad.

Otro aspecto de los indicados. En cuanto al tema de la **abstención**. El artículo 76 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local de la LRRL, al igual que el artículo 21 del *Real Decreto* 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales del ROF, disponen que los miembros de las Corporaciones locales deberán abstenerse de participar en la deliberación, votación, decisión y ejecución de todo asunto cuando concurra alguna de las causas a que se refiere la Legislación de procedimiento administrativo y contratos de las Administraciones Públicas, lo que remite a su vez al artículo 23 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, a tener en cuenta para determinar la concurrencia de motivo de abstención de los corporativos a que se hace referencia en la consulta

Según el artículo 23 son motivos de abstención:

2. Son motivos de abstención los siguientes:

a) Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado.

b) Tener un vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y el parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato.

c) Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas en el apartado anterior.

d) Haber intervenido como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate.

e) Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.

3. Los órganos jerárquicamente superiores a quien se encuentre en alguna de las circunstancias señaladas en el punto anterior podrán ordenarle que se abstengan de toda intervención en el expediente.

4. La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido.

5. La no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda."

Remarcar que el citado artículo 23. 4º de la LRJSP establece que «*La actuación de autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas en los que concurran motivos de abstención no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido*».

Como conclusión: habrá que analizar el caso concreto, sus peculiaridades, los supuestos para la limitación de la demanda, la urgencia de acontecimientos imprevisibles, y la singularidad de la operación.

Todas estas causas constituyen conceptos jurídicos indeterminados, que deben ser resueltos dentro de la amplia casuística. Debiendo tener en cuenta la peculiaridad del bien o de la actividad, singularidad de la operación, limitación de la demanda, en todo caso, una finalidad concreta y determinada, su justificación vendría referida a que resulta el idóneo para cumplir con el objeto del contrato.

En definitiva, lo trascendente es utilizar un procedimiento cuya elección quede suficientemente motivada, que garantice los principios de licitación en cuanto a la igualdad, publicidad, transparencia, concurrencia y objetividad.

La emisión del presente informe no sustituirá el informe de la Secretaría-Intervención titular del Ayuntamiento, que deberá emitir en los supuestos previstos en los artículos 54.1 a) del Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de régimen local (TRLR), art. 173 del ROF y art. 3 del Real Decreto 1174/1987, de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los funcionarios de administración local con habilitación de carácter nacional.

Es cuanto se asesora, haciendo constar que lo expresado en este informe no posee carácter vinculante, no es preceptivo y está sometido a cualquier otro mejor fundado en Derecho.

En Burgos

El Secretario-Interventor
de la Sección de Asesoramiento
Fdo.: