

Prohibiciones para contratar y conflictos de intereses. Guía práctica para pequeños y medianos municipios (PYMEL)

Prohibitions on contracting and conflicts of interest. Practical guide for small and medium-sized municipalities (SMES)

Consuelo Doncel Rodríguez

Secretaria General del Ayuntamiento de Lora del Río (Sevilla)

Josefa Hernández Martínez

Secretaria General del Ayuntamiento de Madridejos (Toledo)

Fecha de recepción: 14-02-2025

Fecha de aceptación: 18-02-2025

1. Introducción

El objeto del presente artículo es exponer de la forma más práctica posible situaciones muy frecuentes en la contratación pública de los pequeños y medianos municipios, pero que tienen una incidencia muy concreta y directa en la integridad de éstos: las prohibiciones de contratar y los conflictos de intereses. Se trata de dos figuras jurídicas absolutamente vinculadas pero cuya delimitación es fundamental para evitar los riesgos de corrupción derivados de un inadecuado sistema de contratación pública, en el que los propios intervinientes pueden incluso desconocer que sobre ellos pueden recaer algunas de estas figuras.

Y ello es así porque, como enseguida veremos, la prohibición de contratar sobre la que se van a articular los casos prácticos se refiere a la existencia de incompatibilidad de los Concejales o de las relaciones de amistad, parentesco y otras circunstancias que plantean grandes interrogantes a la hora de aplicarlas en pequeños municipios en los que todo el mundo se conoce e incluso tienen vínculos familiares.

A continuación, expondremos brevemente estas dos figuras jurídicas para analizar seguidamente cuales son los supuestos más frecuentes en la práctica y facilitar así la comprensión y la aplicación tanto de las prohibiciones de contratar como de los conflictos de intereses.

Precisamente, porque estos dos aspectos de la contratación pública inciden de forma directa en la garantía de la integridad de las entidades locales y su adecuada gestión constituye una barrera decisiva frente a la corrupción y las prácticas fraudulentas en este ámbito, que conllevan importantes consecuencias jurídicas.

2. Breve aproximación a las prohibiciones de contratar y conflictos de intereses

Como bien se señala en la Exposición de motivos de la LCSP, se introduce una norma especial relativa a la lucha contra la corrupción y la prevención de los conflictos de intereses, mediante la cual se impone a los órganos de contratación la obligación de tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación. Y en línea con lo anterior, se establece una nueva regulación de las prohibiciones de contratar que aumenta los casos de prohibición.

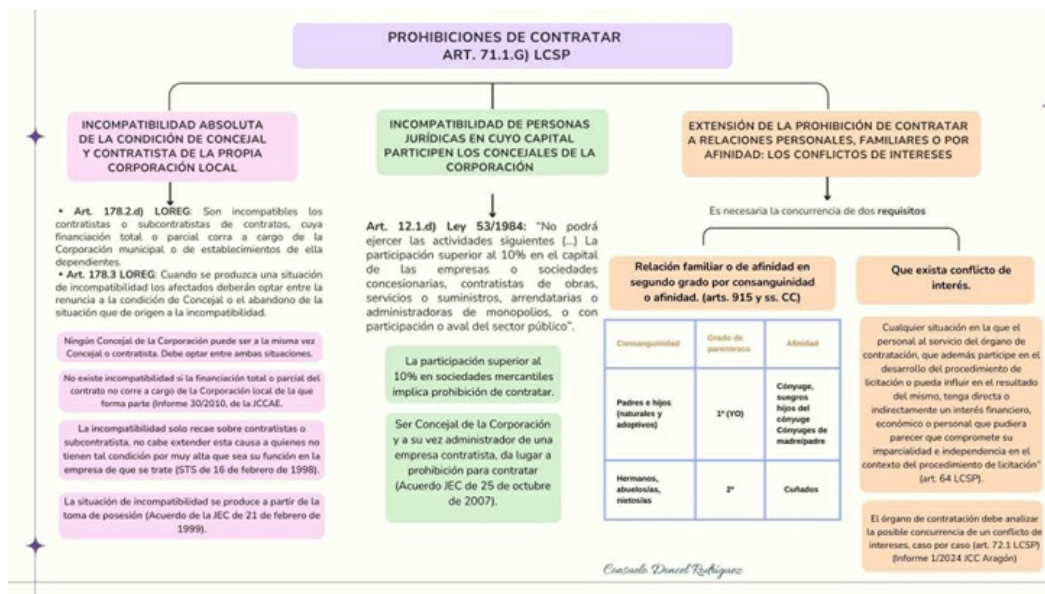
Sin embargo, en lo que aquí nos interesa, nos detendremos exclusivamente en la prohibición de contratar que se regula en el art. 71.1. g) de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP) y cuyo contenido señala que incurren en prohibición de contratar:

«g) Estar incurso la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, en los términos establecidos en la misma.

La prohibición alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas en la legislación citada, el personal y los altos cargos a que se refiere el párrafo anterior, así como los cargos electos al servicio de las mismas.

La prohibición se extiende igualmente, en ambos casos, a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas a que se refieren los párrafos anteriores, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero».

En dicho precepto se contemplan tres clases de prohibiciones de contratar que se pueden resumir en el siguiente cuadro:



Finalmente, debemos resaltar la importancia que estas dos figuras tienen frente a la lucha contra la corrupción y las prácticas irregulares en las entidades locales que no siempre son consecuencia del desconocimiento de los miembros de la Corporación. Es fundamental dar a conocer el funcionamiento de estas figuras porque los cargos electos y contratistas deben conocer las consecuencias jurídicas, tanto administrativas como penales, a las que se enfrentan si no respetan este marco legal que aquí ofrecemos.

3. Prohibiciones de contratar derivadas de la condición de Concejal

3.1. La librería del pueblo tiene adjudicado un contrato con el ayuntamiento para el suministro de material y en las últimas elecciones municipales ha resultado elegida Concejala de la Corporación. ¿Puede seguir ejecutando el contrato o existe algún tipo de prohibición?

El Informe 52/2008, de 2 de diciembre de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado determina que «la concurrencia de una causa de incompatibilidad en alguna de las empresas que tenga suscrito un contrato con cualquiera de las Administraciones Públicas cuando sobrevenga con posterioridad a la perfección del mismo, no ocasiona su nulidad de pleno derecho, sin perjuicio de los efectos que pueda producir respecto de la persona incompatible».

En este sentido, la incompatibilidad afecta a la «librería» que, a su vez, es Concejala de la Corporación, motivo por el cual ésta deberá optar entre su condición de Concejala, en cuyo caso se dará una prohibición de contratar respecto a la empresa contratista, o renunciar a su condición de Concejala (artículo 178.3 LOREG), lo que permitirá seguir con la ejecución ordinaria del contrato ya formalizado.

En cuanto al procedimiento, conforme al artículo 10 ROF, una vez declarada la causa de incompatibilidad por el Pleno de la Corporación, «el afectado por tal declaración deberá optar, en el plazo de los diez días siguientes a aquél en que reciba la notificación de su incompatibilidad, entre la renuncia a la condición de Concejala o Diputado o el abandono de la situación que de origen a la referida incompatibilidad. Transcurrido dicho plazo sin haberse ejercitado la opción se entenderá que el afectado ha renunciado a su puesto de Concejala o Diputado, debiendo declararse por el Pleno corporativo la vacante correspondiente y poner el hecho en conocimiento de la Administración electoral a los efectos previstos en los artículos 182 y 208 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General».

3.2. ¿Puede contratar con el ayuntamiento una empresa de la que es empleado un concejal?

El propio artículo 71 LCSP establece que la prohibición de contratar alcanzará a las personas jurídicas en cuyo capital participen, en los términos y cuantías establecidas, en este caso en la LOREG, el personal y los altos cargos a que se refiere dicho artículo, entre los que se encuentran los cargos electos regulados en dicha Ley,

que como ya definimos anteriormente, se corresponde con el 10% del capital social.

En el supuesto planteado, se trata de un trabajador por cuenta ajena, por lo que no se encuentra en ninguno de los supuestos contemplados en el artículo 178 LOREG. Es decir, no se trata del titular ni administrador de la empresa, motivo por el cual no puede deducirse que se trata de un contratista o subcontratista de contratos.

Caso distinto sería si el concejal tuviera participación en la empresa, en cuyo caso, habría que analizar el porcentaje de participación ya que la Junta Electoral Central ha determinado, en alguna ocasión, que existe prohibición de contratar aunque la participación sea minoritaria.

No obstante, se trata de un supuesto que, en la práctica, puede tener diferentes matices en base a los cuales puede existir o no prohibición de contratar; en este sentido, resumimos, de modo esquemático, los que indica al respecto el JCCPE, Informe núm. 44/2021 de 17 Diciembre 2021, en relación con su Informe 3/2017:

«(...) habrá de tenerse en cuenta si la persona física, o el administrador de la persona jurídica que pretenda participar en la licitación, quedan incursos en alguno de los siguientes supuestos:

- Resultar afectados por alguna de las incompatibilidades previstas para los miembros del Gobierno y para los altos cargos de la Administración General del Estado.*
- Incurrir en las incompatibilidades previstas en la normativa de las Comunidades Autónomas.*
- Seres de aplicación alguna de las circunstancias previstas en la Ley de Incompatibilidades.*
- Tener la condición de cargos electivos a los que se refiere la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.*

En consecuencia, desde el punto de vista subjetivo, en un supuesto como el que se plantea resultarían afectadas por la prohibición, en primer término, las personas físicas que en el momento de la licitación o de la adjudicación del contrato tuvieran la condición de concejales. Por tanto, no puede ser contratista ni subcontratista de un ayuntamiento un concejal que forme parte de la corporación municipal que financiará total o parcialmente, con recursos propios o de organismos de ella dependientes dicho contrato, por proscribirlo expresamente la normativa en vigor».

En todo caso, en el supuesto señalado, la empresa puede contratar con el Ayuntamiento, sin que exista prohibición de contratar.

3.3. ¿Puede el Ayuntamiento contratar con una empresa donde trabaja el anterior Alcalde que finalizó su mandato hace 3 años y medio? ¿Y si se trata del anterior Concejal de Deportes?

El artículo 75 LRBRL indica, respecto a los miembros de las Corporaciones Locales que hayan ejercido sus cargos con dedicación exclusiva, que *durante los dos años siguientes a la finalización de su mandato les serán de aplicación en el ámbito territorial de su competencia las limitaciones al ejercicio de actividades privadas establecidas en el artículo 15 de la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado.*

Dicho artículo establece, entre otras limitaciones, que durante el período de dos años a contar desde la fecha de su cese, los altos cargos no podrán celebrar por sí mismos o a través de entidades participadas por ellos directa o indirectamente en más del diez por ciento, contratos de asistencia técnica, de servicios o similares con la Administración Pública en la que hubieran prestado servicios, directamente o mediante empresas contratistas o subcontratistas, siempre que guarden relación directa con las funciones que el alto cargo ejercía.

En este caso, habiendo transcurrido el plazo indicado (2 años), no existe prohibición o incompatibilidad alguna para contratar, ni respecto del anterior Alcalde ni para el anterior concejal de Deportes.

3.4. El alcalde de Molinos tiene una dedicación parcial del 25% en el ayuntamiento y forma parte, al 50%, de una empresa de construcción con otro socio que posee el otro 50%. Este socio, además, es el administrador único de una empresa de material de oficina. ¿Existe prohibición de contratar en este caso?

Nuevamente debemos acudir al artículo 71.1.g) LCSP donde analizaremos, por un lado la «incompatibilidad de personas jurídicas en cuyo capital participen los concejales de la Corporación», y por otro lado la «extensión de la prohibición de contratar a relaciones personales, familiares o por afinidad que puedan dar lugar a la existencia de conflictos de interés».

En cuanto al primer supuesto, el art.71.1. g), apartado segundo indica que «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».

Debemos acudir por tanto al Art. 12.1. d) Ley 53/1984, que dispone que «no podrá ejercer las actividades siguientes (...) La participación superior al 10% en el capital de las empresas o sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público».

Aspectos para tener en cuenta:

- La participación superior al 10% en sociedades mercantiles implica prohibición de contratar.
- Ser Concejal de la Corporación y a su vez administrador de una empresa contratista, da lugar a prohibición para contratar (Acuerdo JEC de 25 de octubre de 2007).

En el caso planteado, el alcalde tiene una participación del 50% de una empresa cuyo socio dispone del otro 50%; no obstante, no es esta empresa la que pretende contratar con el ayuntamiento sino otra mercantil, ajena al primer edil, en cuya administración no participa ni tiene relación alguna, y cuyo administrador o titular es la persona que, a su vez, es socio del alcalde en la primera empresa indicada, de forma que no existe incompatibilidad alguna, en este sentido, para que dicha empresa sea adjudicataria de un contrato con el ayuntamiento, siendo necesario analizar, a continuación, las relaciones personales.

3.5. Conforme al artículo 178.2 d) LOREG, es incompatible la condición de concejal con la de ser «contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes». ¿Pierde, por ello, un cargo electivo sus derechos civiles frente a la Administración de la que forma parte?; ¿Afecta esta limitación al derecho a la igualdad en el acceso a los cargos públicos consagrado en el artículo 23.2 CE?

El artículo 23.2 CE consagra el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes, siendo uno de estos cargos públicos ostentar la condición de Concejal en un ayuntamiento; por otro lado, el artículo 178 LOREG establece la incompatibilidad para ser, a la vez, Concejal y contratista o subcontratista de contratos financiados total o parcialmente por la corporación municipal, de forma que nos podemos encontrar, principalmente en los municipios más pequeños, que un contratista habitual del ayuntamiento ha salido elegido como Concejal o, incluso, como Alcalde del municipio lo que repercute, necesariamente, en sus posibilidades de seguir siendo adjudicatario de contratos con la Corporación.

Esta limitación nos puede llevar a pensar que el derecho al acceso a cargo público de Concejal restringe los derechos civiles que, en este caso como empresario, se tienen frente a la administración al verse obligado a elegir entre ser contratista o ser concejal; en este sentido, el Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 31 May. 2004, Rec. 3902/1999, se pronunció indicando que estos derechos no se pierden por el hecho de ser elegido para un cargo representativo sino que, a partir de ese momento, se produce una incompatibilidad entre ambas situaciones que no pueden pervivir de forma simultánea en el tiempo; así, la citada STS establece que *no se pierden los derechos civiles frente a la Administración por ser elegido para un cargo representativo de la voluntad popular, sino que lo que ocurre es que se queda sujeto al régimen de prohibiciones e incompatibilidades legalmente previstas para quien ostenta dicho cargo, establecidas no sólo con la finalidad de asegurar que su ejercicio no se traduce en un indebido beneficio propio en detrimento del interés público, sino también para crear las condiciones objetivas que hagan creíble que no es posible un inadecuado aprovechamiento del cargo para el que se ha sido elegido».*

3.6. Respecto a la obligación de elegir entre el cargo de Concejal y el de ser contratista del Ayuntamiento, ¿significa que un Concejal no puede presentarse a la licitación o, en caso de hacerlo, se le debe excluir de forma automática? ¿En qué momento debe tomar la decisión de elegir entre ser contratista o concejal?

En primer lugar, debemos partir de la base de que a los Concejales les resultan de aplicación las prohibiciones de contratar contenidas en el artículo 71.1 g) LCSP y, por otro lado, las incompatibilidades reguladas en la LOREG.

La LOREG establece, en su artículo 178, las casuísticas que derivan en situaciones de incompatibilidad con la condición de concejal; entre estas situaciones, está la de ser «contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la corporación municipal o de establecimientos de ella dependientes». En estos casos, los afectados deberán optar entre la renuncia a la condición de concejal o el abandono de la situación que dé origen a la incompatibilidad (artículo 178.3 LOREG).

Por lo tanto, no se trata de que un concejal que tiene una empresa no pueda ser adjudicatario de contratos con la administración pública, sino que dicha condición de contratista no es admisible cuando la contratación es con el ayuntamiento —o con sus entes dependientes— donde ejerce como concejal, porque esa situación supone, por sí misma, una incompatibilidad que es necesario resolver para seguir con el procedimiento de contratación, siendo las únicas alternativas válidas bien la renuncia al cargo de Concejal, bien la renuncia a participar en la licitación y, por tanto, a ser adjudicatario de un contrato con el ayuntamiento.

Por ello, será una vez confirmada la existencia de una situación de incompatibilidad cuando deberá elegirse entre renunciar al cargo de Concejal y mantenerse como licitador o, en caso contrario, renunciar a la posibilidad de ser adjudicatario del contrato; en cualquier caso, esta elección deberá producirse siempre antes de la adjudicación del contrato; así lo ha entendido el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de noviembre de 1989 y, más recientemente, en la STS de 31 de mayo de 2004, ya citada, aclarando que, *ha de considerarse que, en materia de contratación, la opción a que se refiere el artículo 178.3 LOREG ha de ejercitarse, en todo caso, antes de la adjudicación del contrato, no después de la notificación de ésta o de haber sido «elegido para el puesto de trabajo». Esto es así porque, en palabras del propio Tribunal Supremo, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de «moralidad pública» para dar solución a los posibles conflictos de intereses, entre los públicos que representa el Ayuntamiento a que se pertenece como concejal y los propios o privados; o, dicho en otros términos, la imposibilidad que resulta del precepto legal alcanza al concejal no solo para el ejercicio de los derechos y cumplimiento de las obligaciones en una relación contractual ya constituida con la Corporación local propia, sino, incluso, para la adquisición de la condición de contratista, pues se trata, asimismo, de garantizar que no existe un aprovechamiento del cargo para obtener el contrato en detrimento de los principios de publicidad, concurrencia e igualdad que rige la adjudicación de los contratos de las Administraciones públicas».*

4. Prohibiciones de contratar derivadas de relación de parentesco

4.1. ¿Puede la mujer del alcalde celebrar un contrato con el Ayuntamiento relativo al suministro de papel por contrato menor?

Como hemos explicado anteriormente, en los supuestos en los que las prohibiciones de contratar se derivan de las relaciones de parentesco, debemos ceñirnos a las exigencias del art. 71.1.g) LCSP, tercer apartado, que específicamente señalan que las prohibiciones de contratar se extienden a los cónyuges o personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas que se encuentren en dicha situación, cuando se produzca conflicto de intereses con el titular del órgano de contratación o los titulares de los órganos en que se hubiere delegado la facultad para contratar o los que ejerzan la sustitución del primero.

De lo anterior se deduce, que es necesaria la concurrencia de un doble requisito: que exista una relación familiar o de afinidad en segundo grado por consanguinidad o afinidad, y en segundo lugar, que exista conflicto de intereses.

A este respecto, y siguiendo el esquema que ofrecemos al comienzo de este artículo, la mujer del Alcalde es primer grado por afinidad (arts. 915 y ss. del Código Civil), por lo que se cumpliría el primer requisito. Procedemos, por tanto, a examinar el segundo requisito: la existencia de conflicto de intereses.

El conflicto de intereses que se recoge en el art. 64 LCSP, indica que existe conflicto de intereses cuando se produzca cualquier situación en la que el personal al servicio del órgano de contratación, que además participe en el desarrollo del procedimiento de licitación o pueda influir en el resultado del mismo, tenga directa o indirectamente un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de licitación.

En este sentido, ha señalado la Junta Consultiva de Contratación de Aragón en su Informe núm. 1/2024 de 4 Abril 2024, *«la existencia de un conflicto de intereses —que exige acreditación suficiente— no significa de modo automático la necesidad de su exclusión del procedimiento ni, mucho menos, la declaración de prohibición de contratar con alcance genera»,* sino que se impone a la Administración *«la obligación de justificar de forma indubitada que es la única opción jurídica posible para proteger adecuadamente los intereses públicos en juego»,* de tal forma que es imprescindible *«examinar caso por caso, de conformidad a la configuración del propio contrato y al procedimiento de licitación por el que se opta, lo que implica que no es posible un conflicto de intereses declarado genéricamente».*

Por lo tanto, dependerá del caso concreto, de acuerdo con las pruebas que se aporten en el oportuno expediente de gestión de conflicto de interés donde se pueda determinar si existe o no conflicto de interés, pues éste no puede presumirse de forma automática, sino que debe procederse al análisis de las circunstancias concurrentes para determinar la existencia de un riesgo real que dé lugar a un menoscabo de la

conurrencia en la contratación que se trate (Informe núm. 44/2021 de 17 Diciembre 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado).

En este caso concreto, al tratarse de un contrato menor, aunque no se indica nada en el supuesto sobre los recursos ordinarios del presupuesto, cabe deducir que el órgano de contratación es el Alcalde de la Corporación, de conformidad con lo dispuesto por la Disposición Adicional Primera, primer párrafo LCSP.

En este sentido, el Alcalde, como órgano de contratación, incurre en conflicto de intereses respecto de su mujer, por lo que cabe determinar si sería posible superar éste o si por el contrario, necesariamente debe resultar de aplicación la prohibición de contratar.

En primer lugar, cabría valorar si el Alcalde podría abstenerse de participar en dicho contrato, y como señala el Informe 1/2024, de la JCC Aragón, *«esta abstención será suficiente siempre que su influencia y/o comportamiento no condicione el procedimiento de licitación, ni la ejecución, dado que sí, eventualmente, y a pesar de su abstención, pudiera influir o afectar en cualquier modo en la decisión de contratación ni en la ejecución, anteponiendo sus intereses privados a los deberes profesionales, la abstención se articularía como mecanismo insuficiente para garantizar la imparcialidad y los principios que deben regir todo procedimiento de contratación con el sector público»*.

Y lo cierto es que el órgano de contratación es el Alcalde, por lo que la única opción sería la sustitución de la Alcaldía como órgano de contratación. Pero ni siquiera en este caso, para la JCC Aragón es suficiente porque *«esa sustitución sólo podrá efectuarse en favor de órgano que garantice que la persona en quien concurre el conflicto de intereses no va a influir ni a afectar en todo el procedimiento, dado que la abstención no sólo afecta a la licitación sino también a la ejecución. Por ello, podría resultar dudoso una sustitución mediante una delegación en el Teniente de Alcalde, por ser un concejal elegido directamente por el Alcalde para dicho cargo y funciones»*.

Finalmente, si entendemos que tampoco la sustitución del Alcalde es suficiente, necesariamente deberemos concluir que concurre prohibición de contratar en los términos del art. 71.1.g) LCSP, y por tanto, no podrá tener lugar la celebración de dicho contrato.

4.2. En relación con el supuesto anterior, ¿podría la mujer del Alcalde presentar una oferta en un procedimiento de licitación para el suministro de papel del Ayuntamiento siendo el órgano de contratación el Alcalde?

Una vez sentadas las premisas anteriores, debemos comenzar señalando que nos encontraríamos en el mismo supuesto anterior. Lo cierto es que la LCSP no distingue a la hora de establecer las prohibiciones de contratar o los conflictos de intereses entre los distintos tipos de procedimientos de licitación, por lo que a las mismas conclusiones deben llegarse incluso cuando el contrato es objeto de licitación, en el que participa una Mesa de contratación.

Al igual que en el supuesto anterior, existe relación de parentesco y también existe conflicto de interés que no puede ser salvado, en tanto que el Alcalde es el órgano de contratación.

Por ello, cabe concluir que existe prohibición de contratar en este supuesto también.

4.3. Supongamos que el marido de la Alcaldesa no es titular ni tiene participación alguna en la empresa, pero sí es trabajador por cuenta ajena de la misma, ¿podría ser adjudicataria dicha empresa de un contrato con el Ayuntamiento?

En este caso, no existe incompatibilidad en el sentido planteado porque la alcaldesa no es contratista ni subcontratista, sino que es su marido quien trabaja en la empresa contratista. No obstante, debemos tener en cuenta que el artículo 71.1 g) LCSP extiende la prohibición de contratar a los cónyuges o personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva, ascendientes y descendientes, así como a parientes en segundo grado por consanguinidad o afinidad de las personas que se encuentren en dicha situación, 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.

Deben cumplirse, por tanto, 2 condiciones para determinar la existencia de prohibición de contratar:

- Relación familiar o de afinidad en segundo grado por consanguinidad o afinidad.
- Que exista conflicto de interés.

En cuanto a la relación familiar, la ALCALDESA y su MARIDO tienen una relación de 2º grado de afinidad, cumpliéndose por ello la 1ª condición.

Respecto a la 2ª condición, es necesario analizar si existe conflicto de interés porque el mero hecho de tener relación de parentesco no determina, por sí misma, la existencia de un conflicto de intereses.

Así lo entiende, entre otros, La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 5/2021, de 9 de abril de 2021 al indicar que «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 los mismos términos, el Informe 44/2021 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado indica que, «el conflicto de intereses no puede presumirse de forma automática en las situaciones en las que confluyan intereses contrapuestos, sino que dicho elemento de confrontación actuará como desencadenante del necesario análisis *ad hoc* de las circunstancias concurrentes para determinar la existencia de un riesgo real que dé lugar a un menoscabo de la concurrencia».

En el supuesto planteado, *a priori* no es posible determinar que exista un conflicto de interés por cuanto el marido de la alcaldesa es un mero trabajador de la empresa contratista que, salvo que quede acreditado lo contrario, no tiene influencia ni ésta, en todo caso, es determinante en el procedimiento de contratación. En cualquier caso, se trata de una de las situaciones que, siendo habituales en las denominadas PYMEL, requiere de un estudio y análisis individualizado, por lo que no es posible establecer una respuesta genérica en el caso planteado.

4.4. Partiendo del supuesto anterior, ¿puede el ayuntamiento adjudicar un contrato menor a la empresa donde trabaja el marido de la alcaldesa?

Al igual que en supuesto anterior, conforme al artículo 71.1 g) LCSP deben cumplirse 2 condiciones para determinar la existencia de prohibición de contratar:

- Relación familiar o de afinidad en segundo grado por consanguinidad o afinidad.
- Que exista conflicto de interés.

Cumpléndose la primera, pasamos a analizar la 2ª condición y determinar si existe conflicto de interés porque el mero hecho de tener relación de parentesco no determina, por sí misma, la existencia de un conflicto de intereses, como ya sabemos.

En este caso se trata de un contrato menor cuyo órgano de contratación es la Alcaldesa, sin perjuicio de que pueda delegar esta competencia en cualquier otro órgano del ayuntamiento (habitualmente en otro Concejal). Esa particularidad nos puede llevar a pensar que es más fácil acreditar la existencia de un conflicto de interés pero lo cierto es que no por tratarse de una adjudicación directa puede establecerse un conflicto de interés de forma automática ya que, como hemos analizado con anterioridad, es necesario acreditar que el marido de la alcaldesa (trabajador de la empresa adjudicataria que no tiene participación alguna en la misma ni poder de dirección) puede influir en la referida contratación.

Por ello, deben tenerse en cuenta las peculiaridades de cada contratación, así como las particularidades de esta, para determinar si, a pesar de no confluir el primer requisito, sí es posible encontrarse ante un conflicto de interés que suponga, por ello, la incompatibilidad de adjudicar un contrato menor, en este caso, a la empresa donde trabaja el cónyuge de la alcaldesa.

4.5. ¿Puede contratar con el Ayuntamiento el primo del Alcalde que tiene una ferretería en la misma localidad? ¿Y si fuera en diferente localidad?

En el presente supuesto, debemos establecer los requisitos necesarios para la existencia de prohibición de contratar y el primero de ellos es la relación de parentesco. Como bien se nos indica en el supuesto, es el primo del Alcalde. Los primos, de acuerdo con el art. 918 CC, son familiares de cuarto grado por consanguinidad. El cuarto grado por consanguinidad no se incluye en el supuesto recogido por el art. 71.1.g) LCSP, y por lo tanto, no se cumple el primer requisito de parentesco. Ello supone, que no resulta de aplicación la prohibición de contratar, y por tanto, no existe inconveniente que tenga lugar la celebración del contrato.

Respecto de que el establecimiento se sitúe en la misma localidad o en una diferente tampoco tiene relevancia a los efectos de la contratación por parte del Ayuntamiento, porque en este caso, la existencia del conflicto de interés se produce en relación con los miembros que intervienen en los procedimientos de contratar del Ayuntamiento en cuestión, y en consecuencia, no tiene incidencia para la determinación de la existencia del conflicto de interés.

4.6. ¿Puede contratar con el Ayuntamiento el hijo de un Concejal de la oposición que es propietario de un estanco, siendo el órgano de contratación el Alcalde? ¿Y si el órgano de

contratación es el Pleno?

Nuevamente, procederemos a determinar si concurren en este caso los dos requisitos exigidos para la concurrencia de prohibición de contratar por relación de parentesco, *ex art. 71.1.g) CLSP*.

En primer lugar, respecto de la relación de parentesco, ésta se produce respecto del titular del órgano de contratación. Por lo tanto, siendo el hijo de un concejal de la oposición, no existe la relación de parentesco que exige la norma y por lo tanto, ya no se cumpliría el primer requisito exigido para que exista prohibición de contratar. Es por ello, que no puede apreciarse en este caso, prohibición de contratar.

En segundo lugar, en el caso de que el órgano de contratación sea el pleno, sí concurre el requisito de parentesco, porque en este caso, dicho Concejal sí forma parte de ese órgano de contratación y se trata de su hijo, por lo tanto, primer grado por consanguinidad.

A este respecto, debemos recordar nuevamente que *«la relación de parentesco no supone la aplicación apriorística de la prohibición al no implicar, por sí misma y sin más, la existencia de un conflicto de intereses, sino que este tiene una naturaleza objetiva que habrá de ser contrastada para que la prohibición sea aplicable»* y por tanto *«corresponde al órgano de contratación examinar la concurrencia de tales circunstancias y adoptar las medidas oportunas, con independencia de que de dicha situación se derive o no la existencia de una prohibición de contratar»* (Informe 44/2021, de la JCCPE).

Por tanto, una vez determinado que concurre el primer requisito, deberemos comprobar la existencia del segundo, esto es, si existe conflicto de interés.

Sobre la concurrencia del conflicto de interés, como bien ha venido señalando la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, *«de lo expuesto se deriva que en un supuesto como el que se nos plantea en que, convocado un procedimiento de contratación, el hijo de uno de los concejales presenta oferta como licitador, la mera constatación de dicha circunstancia no sería suficiente para excluir la oferta aduciendo un conflicto de intereses, sino que habrá de indagarse en la misma a fin de comprobar que, efectivamente, se infringe alguno de los principios que rigen la contratación pública»* *«la Administración contratante deberá comprobar durante el proceso de adjudicación si en el caso concreto que examina concurren circunstancias que alteren, de algún modo, la indispensable objetividad e imparcialidad que debe presidir la actuación de las entidades contratantes. En el caso de que tal extremo logre constatarse procedería la exclusión como licitador del hijo de un concejal en el procedimiento de contratación, siempre que no pueda resolverse el conflicto por medios menos restrictivos»* (Informe núm. 44/2021 de 17 Diciembre 2021 de la JCCPE)

De lo anterior se deduce que en un primer momento debe gestionarse la existencia de conflicto de intereses que no tiene por qué existir necesariamente. En el caso de que exista, debe resolverse el conflicto por medios menos restrictivos, como por ejemplo, que al tratarse del Pleno municipal, dicho Concejal se abstuviera de participar en la votación, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 23 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Si ni siquiera así se entendiera que pudiera salvarse el conflicto de intereses, de acuerdo con los datos que obraran en el correspondiente expediente de conflicto de intereses, entonces no quedaría más opción que determinar la existencia de prohibición de contratar, como ha resuelto en alguna ocasión la JCCPE (1)

5. Conclusiones

En el día a día de la gestión municipal surgen situaciones que nos obligan a parar, reflexionar, analizar y tomar decisiones amparadas, muchas veces, en interpretaciones de normativa, resoluciones, sentencias, etc. En el marco de la contratación pública estas situaciones se dan con mucha asiduidad y es precisamente en los pequeños y medianos municipios, las PYMEL, donde suelen ser objeto de controversia precisamente por ser el ámbito donde aparecen con más facilidad. No es raro, sino más bien habitual, que el estanco del pueblo sea regentado por el hijo de un Concejal, el bar sea de los padres de una funcionaria o el padre del Alcalde tenga la única empresa de construcción del pueblo y, posiblemente, de los alrededores.

Con esta realidad se trabaja en municipios de 3.000, 1.000 o 500 habitantes donde, no por tener pocos habitantes, están exentos de cumplir la Ley pero sí, precisamente por su menor tamaño, tienen más dificultades para canalizar y resolver situaciones de incompatibilidades o prohibiciones de contratar.

Si bien esta guía no resuelve todas las cuestiones que pueden presentarse en la gestión contractual de un municipio, por cuanto ello es imposible, se han intentado abordar aquellas que más se repiten en el tiempo y que, por ello, suelen generar más controversias y problemas en el día a día de un ayuntamiento pequeño.

En algunos de los supuestos planteados ha sido posible dar una respuesta, si bien desde un punto de vista general, más concreta que en otras casuísticas en las que, como se ha ido explicando a lo largo de esta guía, es necesario analizar de forma individualizada. No obstante, incluso en éstas se han establecido unos pasos previos a seguir que, esperamos, ayuden a enfocar la situación cuando se encuentren ante ella.

La contratación pública es una materia prolija, compleja y cambiante que obliga a la profesionalización de todos los actores que forman parte de la misma. Precisamente por ello, esta guía se ha realizado pensando en todos los que de alguna forma están íntimamente relacionados con la contratación pública de las entidades locales españolas especialmente las PYME, que son el núcleo duro de nuestra planta municipal.

Como hemos señalado anteriormente, la adecuada gestión de estas figuras es fundamental para garantizar la integridad de la contratación pública municipal y por ello, debemos ser conscientes de que es fundamental que se articulen en éstas medios adecuados para su resolución. Las consecuencias jurídicas de la falta de gestión de estos supuestos son de un inmenso calado y por ello, debe actuarse con la mayor diligencia posible, para lo cual hemos tratado de facilitar su aplicación.

- (1) Así lo ha entendido la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 3/2017 de 27 de abril de la JCCPE ha señalado que el Pleno de la Corporación es el órgano del que forman parte todos los concejales y *«en este sentido, no cabe duda de que la concejala pertenece al órgano de contratación y que su padre es el titular de la empresa que quiere licitar. Por tanto, existe un conflicto de interés real en la medida en que el Pleno de la Corporación es un órgano de naturaleza política, que toma sus decisiones por mayoría y en el que el sentido de la decisión puede estar afectado por la influencia de la concejala que es miembro de la Corporación Municipal. Por tanto, entiende esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa que en efecto, existe en casos como el que se nos plantea una prohibición de contratar con el Ayuntamiento»*.
-