RE 101/2016

Acuerdo 108/2016, de 9 de noviembre de 2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, por el que se resuelve el recurso especial, interpuesto por ARAGONESA DE AUTOMÓVILES, S.A, COCHES LA OSCENSE S.A, y PIRENAUTO, S.L, frente al acuerdo de exclusión en el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 4 de mayo de 2016 se publicó, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), el anuncio de licitación que rige el «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón. El mismo anuncio fue publicado el 4 de mayo de 2016 en el Perfil de contratante, el 17 de mayo en el Boletín Oficial de Aragón y el 20 de mayo en el Boletín Oficial del Estado. Se trata de un contrato de suministros, en la modalidad de acuerdo marco, tramitado mediante procedimiento abierto, con varios criterios de adjudicación, y un valor estimado global de 2 694 792,00 euros, IVA excluido.

El acuerdo marco está dividido en seis lotes y éstos a su vez en sublotes, en función de las características y categorías de los vehículos.

SEGUNDO.- El 28 de julio de 2016 tiene lugar una reunión de la Mesa de contratación para analizar el resultado de las proposiciones económicas y técnicas, en el que se han detectado una serie de incidencias que determinan la exclusión de varias ofertas por incumplimiento de requisitos técnicos, variante no admitida, entre otras.

En esta reunión se comprueba que las propuestas de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES, S.A; COCHES LA OSCENSE, S.A. y PIRENAUTO, S.L. van firmadas por D. Pablo Martín-Retortillo Leguina, que actualmente desempeña un puesto directivo con funciones ejecutivas en una empresa pública de la Comunidad Autónoma de Aragón (AVALIA ARAGON), por lo que la Mesa de contratación acuerda recabar la información oportuna, al efecto de determinar si concurre la causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.g) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP).

Consta en el expediente el requerimiento a las tres empresas de los documentos que acreditan su personalidad y representación; la aportación de éstos; y un informe del Director General de Contratación, Patrimonio y Organización, en el que se propone al Consejero de Hacienda y Administración Pública la adopción del acuerdo de exclusión de las tres mercantiles del procedimiento.

TERCERO.- De acuerdo con la propuesta efectuada por la Mesa de contratación constituida el 8 de septiembre de 2016, se dicta por el Consejero de Hacienda y Administración Publica Orden de 12 de

septiembre de 2016, por la que se excluye del procedimiento de licitación a las empresas ARAGONESA DE AUTOMÓVILES, S.A; COCHES LA OSCENSE, S.A. y PIRENAUTO, S.L, por estar incursas en la prohibición de contratar descrita en el artículo 60.1.g) TRLCSP, ya que el Consejero delegado común a las tres empresas desempeña un puesto directivo con funciones ejecutivas en una empresa pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, en concreto, AVALIA ARAGON. En la Orden se señala que la prohibición de contratar se mantendrá mientras subsista la situación que la ha generado.

AVALIA ARAGON es una Sociedad de Garantía Recíproca, en anagrama AVALIA SGR, una sociedad mercantil de carácter mutualista, constituida para facilitar a las pequeñas y medianas empresas el acceso al crédito y servicios conexos a fin de obtener una mejora integral de sus condiciones financieras. Su objeto social consiste exclusivamente en la prestación de avales a favor de sus socios partícipes por cualquier medio admitido en derecho, distinto del seguro de caución, para aquellas operaciones propias de su giro y tráfico, así como en el ofrecimiento a los mismos de servicios de asistencia y asesoramiento financiero, teniendo prohibido de forma expresa la concesión de cualquier clase de crédito.

La Orden considera que la condición de Presidente del Consejo de Administración de AVALIA SGR de D. Pablo Martín-Retortillo Leguina y miembro de su Comité Ejecutivo, le otorga la consideración de personal directivo con funciones ejecutivas de máximo nivel según la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial y, por tanto, «*queda afectado por el régimen de incompatibilidades de los altos cargos, supuesto contemplado por el artículo 60.1.g) TRLCSP*».

Las notificaciones de exclusión a las tres empresas se efectúan el 27 de septiembre de 2016.

CUARTO.- El 10 de octubre de 2016, tiene entrada en el Registro del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, recurso especial en materia de contratación interpuesto por D. Pablo Martín-Retortillo Leguina en representación de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES, S.A, COCHES LA OSCENSE, S.A. y PIRENAUTO, S.L, frente al acuerdo de exclusión de las tres mercantiles en el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

El 10 de octubre de 2016, el recurrente anunció al órgano de contratación la interposición del recurso, cumpliendo así con lo establecido en el artículo 44.1 TRLCSP.

El recurso alega, en síntesis, que no puede aplicarse al recurrente el régimen de incompatibilidades regulado en la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón y en la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medias urgentes de racionalización del sector público empresarial, ya que no es trabajador de la sociedad AVALIA SGR, ni ostenta facultades ejecutivas de máximo nivel, al no haber ostentado nunca el cargo de Consejero Delegado, ni ejercido poderes de representación, ni desempeñado facultades ejecutivas.

Argumenta el recurso, por una parte, que para apreciar la incompatibilidad es necesaria la existencia de una relación de carácter laboral y D. Pablo Martín- Retortillo no es personal de AVALIA SGR ya que no tiene una relación laboral con la empresa, siendo su designación de carácter temporal y recibiendo como única remuneración las dietas por las asistencias a las reuniones del Consejo.

En segundo lugar, se alega que el recurrente no realiza «*funciones ejecutivas de máximo nivel*», siendo su nombramiento honorífico y de representación temporal sin capacidad ni poder ejecutivo, determinándose que el nombramiento como Presidente de un Consejo no otorga por sí mismo ninguna facultad ejecutiva. Se apunta, por último, que el recurrente no ostenta en la actualidad ni ha ostentado nunca poderes de representación, ejecutivos, ni de ninguna otra clase.

Como argumento final, se señala que nadie recomendó al recurrente cesar en los cargos que ostentaba en las empresas mercantiles durante el proceso de elaboración del test de idoneidad y evaluación realizado por el Banco de España y el Gobierno de Aragón, valorándose por el contrario de forma positiva su experiencia en el sector privado.

Por lo expuesto solicita se anule el acuerdo de exclusión por ser contrario al ordenamiento jurídico y se admitan las tres ofertas al proceso de valoración. Solicita, además, la suspensión del procedimiento hasta la resolución del recurso.

QUINTO.- El 13 de octubre de 2016, el Tribunal traslada el recurso al Departamento de Hacienda y Administración Pública y solicita, de conformidad con lo previsto en el artículo 46.2 TRLCSP, la remisión en el plazo de dos días hábiles, del expediente completo y de un informe del

órgano gestor. Dicha documentación tiene entrada el día 20 de octubre de 2016.

Por Resolución 19/2016, de 18 de octubre, del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, se resolvió la petición de suspensión del procedimiento de licitación, solicitada por el recurrente en el recurso especial interpuesto, en el sentido de acordar la misma, valorando las circunstancias que concurren en el expediente y en aras a garantizar el objeto de la reclamación.

El 20 de octubre de 2016, el Tribunal, a fin de evacuar el trámite de alegaciones, notificó la interposición del recurso al resto de licitadores, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 46.3 TRLCSP, concediéndole un plazo de cinco días hábiles para formular alegaciones. El plazo finaliza sin que se presente ninguna alegación.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se acredita en el expediente la legitimación de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES, S.A, COCHES LA OSCENSE, S.A. y PIRENAUTO, S.L. para interponer recurso especial y su representación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 TRLCSP.

También queda acreditado que el recurso especial se ha interpuesto contra un acto de trámite, adoptado en el procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en un contrato de suministros, en la modalidad de acuerdo marco, cuyo

valor estimado es superior a 100 000 euros, por lo que este Tribunal es competente para la resolución del recurso planteado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.2 a) de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público en Aragón, (en redacción dada por el artículo 33 de la Ley 3/2012, de 8 de marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón). El recurso se plantea además en tiempo y forma.

SEGUNDO.- El recurrente argumenta la inexistencia de la causa que ha motivado el acto de exclusión y su calificación como prohibición de contratar. A tal efecto, sostiene en primer lugar, y argumenta, que no le es de aplicación el régimen de incompatibilidades regulado en la Ley 2/2009, de 11 de mayo, del Presidente y del Gobierno de Aragón y en la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medias urgentes de racionalización del sector público empresarial, ya que no es trabajador de la sociedad AVALIA SGR, ni ostenta facultades ejecutivas de máximo nivel, nunca ha desempeñado el cargo de Consejero Delegado, ni ejercido poderes de representación, ni desempeñado facultades ejecutivas. Tampoco tiene una relación laboral con AVALIA, y su designación es de carácter temporal. Y, además, no percibe retribución alguna de AVALIA, salvo las dietas por las asistencias a las reuniones del Consejo.

En segundo lugar, aunque directamente vinculado con el primer motivo del recurso, alega que no realiza «*funciones ejecutivas de máximo nivel*». Su nombramiento es honorífico y de representación temporal, sin capacidad ni poder ejecutivo, determinándose que el nombramiento como Presidente de un Consejo no otorga por sí mismo ninguna facultad ejecutiva. Se apunta, por último, que el recurrente no ostenta en la actualidad, ni ha ostentado nunca, poderes de representación, ejecutivos, ni de ninguna otra clase.

Las cuestiones suscitadas en relación con este procedimiento, pertenecen, estrictamente, al campo de la interpretación de las normas jurídicas y, más concretamente, al significado y consecuencias jurídica de un posible supuesto de conflicto de intereses y su consideración como prohibición de contratar.

La Orden de 12 de septiembre de 2016, del Consejero de Hacienda y Administración Pública, excluye del procedimiento de licitación a las empresas ARAGONESA DE AUTOMÓVILES, S.A; COCHES LA OSCENSE, S.A, y PIRENAUTO, S.L, por estar incursas en la prohibición de contratar descrita en el artículo 60.1.g) TRLCSP.

El artículo 60.1 g) TRLCSP, establece que no podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la misma Ley, con los efectos establecidos en el artículo 61 bis TRLCSP, las personas en quienes concurra la siguiente circunstancia:

> *«g) Estar incursa la persona física o los administradores de la persona jurídica en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos 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».

En principio, hay que dejar sentado —y así lo hace el Informe de 19 de octubre de 2016, al recurso, que suscriben la Jefa del Servicio de Contratación Centralizada y el Director General de Contratación, Patrimonio y Organización— que el recurrente no se halla incurso, ni como persona física ni como Consejero delegado de las sociedades excluidas, en ninguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado (en la actualidad, Ley 3/2015 de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado), porque no es un alto cargo; ni en los supuestos, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, pues no es un empleado público. Y tampoco es cargo electivo, de los regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

De manera que, y según transcripción literal del informe del órgano de contratación que acompaña al expediente: «*no hay una extensión del concepto de alto cargo previsto en la normativa estatal —de contratación, ni la que regula el ejercicio del alto cargo en la AGE— sino una decisión organizativa autonómica en cuanto lo que se regula es el ejercicio de funciones ejecutivas de máximo nivel, determinando para quienes las ejercen la aplicación de las mismas incompatibilidades que para los altos cargos*». Y la finalidad, según puede leerse al folio 9

del mismo informe, es que se trata de una medida que pretende «*garantizar la integridad de la contratación pública y prevenir los conflictos de intereses. En suma, la apreciación de la prohibición de contratar obedece a la necesidad de preservar la llamada moralidad administrativa del personal al servicio del Sector Público y disipar cualquier género de duda sobre la corrección de la actuación administrativa*».

Esta decisión organizativa autonómica, que determina para quienes ejercen «*funciones ejecutivas de máximo nivel*», la aplicación de las mismas incompatibilidades que para los altos cargos, deriva de la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, de las Cortes de Aragón, que, en su artículo 16 relativo a la regulación del personal que ocupe puestos de carácter directivo, dispone:

> *«Sin perjuicio de lo dispuesto por la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma y por la Ley del Patrimonio de Aragón, al personal que ocupe puestos de carácter directivo de las sociedades, incluyendo los supuestos de relaciones laborales especiales de alta dirección, a las que se refiere esta norma le será de aplicación el siguiente régimen jurídico:*
>
> *a) El régimen establecido en la normativa autonómica sobre declaración de bienes, derechos patrimoniales y actividades de altos cargos.*
>
> *b) El régimen de incompatibilidades establecido en la normativa autonómica para los altos cargos.*
>
> *c) Estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión, medidas de austeridad y reducción de costes y control del gasto público.*
>
> *d) Este personal no percibirá a su cese indemnización alguna, salvo las que estén establecidas por disposición legal de derecho*

necesario, no pudiendo pactarse ni suscribirse cláusulas contractuales que tengan por objeto reconocer indemnizaciones o compensaciones económicas, cualesquiera que fueran su naturaleza o cuantía, por razón de extinción de la relación jurídica que les une con la empresa».

Esta misma ley, en su disposición transitoria primera, relativa al personal que ocupe cargos directivos, establece que:

«A partir de la entrada en vigor del Decreto ley 1/2011, de 29 de noviembre, del Gobierno de Aragón, y en un plazo máximo de seis meses, las sociedades del sector público a las que se refiere la presente norma deberán ajustarse a lo dispuesto en el artículo 16 en materia de regulación del personal directivo.

A los efectos de la aplicación de la presente Ley, se entenderá que son personal directivo de las empresas públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón quienes, dentro de las mismas, realicen funciones ejecutivas de máximo nivel y, en todo caso, el personal laboral cuyas retribuciones, a 31 de diciembre de 2011, sean iguales o superiores a las fijadas en la Ley 12/2009, de 30 de diciembre, de Presupuestos de la Comunidad Autónoma de Aragón para el ejercicio 2010, en la redacción dada por la Ley 5/2010, de 24 de junio, para los Directores Generales y asimilados de la Administración de la Comunidad Autónoma».

En definitiva, la causa de la exclusión del recurrente, del procedimiento del acuerdo marco de homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local, es garantizar la integridad de la contratación pública y prevenir los conflictos de intereses.

TERCERO.- El conflicto de intereses es un instrumento jurídico llamado a garantizar la integridad e imparcialidad en la adopción de las decisiones administrativas. La integridad se reconoce hoy como un principio jurídico que debe guiar la actuación de los cargos y

empleados públicos. Los conflictos de intereses suponen, por lo general, una contraposición entre el desarrollo de una función pública y los intereses privados de un cargo o empleado cuando estos intereses pueden influir indebidamente en el desempeño de la función pública. Y conviene advertir que los intereses privados que colisionan con el interés público no se limitan a aquellos de contenido económico, sino que también deben incluir todo interés que pueda generar en el servidor público un beneficio directo o indirecto respecto de sus querencias.

La doctrina administrativa, caracteriza el conflicto de intereses por las siguientes notas: a) la intervención de un cargo público, b) el interés privado que pueda tener en el asunto público, c) la colisión entre el interés privado y el interés público concretado en el ejercicio de una función o decisión pública y c) el impacto en el deber de ejercer de forma objetiva las funciones y responsabilidades públicas. Y es que, en el ámbito de la contratación pública, el conflicto de intereses únicamente se da cuando pueda probarse que tiene incidencia directa en el procedimiento de licitación, en cuanto supone una infracción de los principios de la contratación pública, y un falseamiento real de la concurrencia y competencia entre los licitadores.

La Organización de Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) propuso la siguiente definición: «*Un "conflicto de intereses" es un conflicto entre el deber y los intereses privados de un empleado público cuando el empleado tiene a título particular intereses que podrían influir indebidamente en la forma correcta de ejercicio de sus funciones y responsabilidades oficiales*». Y la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado, en su artículo 11.2, establece que «*se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando la decisión que*

vaya a adoptar, de acuerdo con lo previsto en el artículo 15, pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos». Es decir, ciñe los conflictos de intereses a la toma de decisiones por parte de los altos cargos y no a cualquier situación en la que se puedan encontrar en el ejercicio de sus responsabilidades publicas.

Es cierto que los conflictos de intereses son habituales en la contratación pública. El conflicto de intereses quiebra la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades entre los operadores económicos que participan en el procedimiento contractual, de tal manera que, para que la imparcialidad quede garantizada es preciso, en primer lugar, determinar las situaciones que pueden comportar el riesgo de menoscabar la objetividad en el proceso de selección del contratista y, seguidamente, establecer mecanismos para su prevención.

Pero no es menos cierto —como también insiste la doctrina, en atención a garantizar la máxima apertura posible a la competencia— que el riesgo de conflicto de intereses debe ser efectivamente constatado, tras una valoración en concreto de la oferta y de la situación del licitador. Estas causas de prohibición de contratar deben ser interpretadas de modo proporcional de modo que las leyes nacionales deben resultar adecuadas para garantizar el objetivo que pretenden lograr preservando la regla de la participación, tal y como se advierte en la STJUE de 10 de julio de 2014, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*, apartado 31 (con cita expresa a la sentencia de 23 de diciembre de 2009, *Serrantoni*, apartado 44).

El TRLCSP no contiene ninguna previsión regulatoria sobre los conflictos de intereses. Lo que obliga a acudir al Derecho europeo de los

contratos públicos. La Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, en su considerando 16, señala que:

> *«los poderes adjudicadores deben hacer uso de todos los medios que el Derecho nacional ponga a su disposición con el fin de evitar que los procedimientos de contratación pública se vean afectados por conflictos de intereses. Ello puede suponer hacer uso de procedimientos destinados a detectar, evitar y resolver conflictos de intereses».*

Y el artículo 24, dedicado a los conflictos de intereses, prevé que:

> *«Los Estados miembros velarán por que los poderes adjudicadores tomen 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 concepto de 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».*

Las consecuencias de la existencia de un conflicto de intereses se regula en el artículo 57.4.e) de la referida Directiva.

El documento de estudio de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, sobre «*Los efectos jurídicos de las Directivas de Contratación ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva Ley de Contratos del Sector Público*» de 1 de marzo de 2016; considera que al artículo 24 de la Directiva 2014/24/UE, le es aplicable el principio

del «efecto directo» de las Directivas, que permite a los particulares invocar directamente la norma europea ante una jurisdicción nacional o europea.

Este documento advierte que el párrafo primero del precepto no es suficientemente preciso e incondicionado, en cuanto indica «*Los Estados miembros velarán*» y se dirige a estos últimos, por lo que necesita transposición. Pero entiende que el concepto de conflicto de intereses está contemplado de forma expresa en el artículo 7.4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, realizada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, que es un Tratado Internacional refrendado por el Reino de España en 2006 y que, por tanto, despliega efectos jurídicos. Lo que significa que la declaración como prohibición o exclusión de un procedimiento de licitación pública por existencia de conflicto de intereses debe respetar las exigencias y fundamento de esta técnica de carácter preventivo.

La Sentencia del TSJUE de 12 de marzo de 2015 (asunto C-538/13), indica que un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión, y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho; y que el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de conflictos de intereses y adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los mismos. Y ese papel activo del poder adjudicador, resulta incompatible con hacer recaer sobre el demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, el conflicto de intereses.

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.

Esto significa que 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 general. La proporcionalidad exigible a esta decisión 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.

CUARTO.- Así las cosas, resulta necesario para la resolución del recurso, analizar si se da el supuesto del conflicto de intereses, que desde el Derecho de la contratación pública de la Unión europea y del Derecho nacional, permiten la extensión del régimen de incompatibilidades —que lleva a cabo la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de

racionalización del sector público empresarial, de las Cortes de Aragón, en su artículo 16—, al Presidente del Consejo de Administración de la sociedad de garantía recíproca AVALIA SGR, sociedad mercantil de carácter mutualista.

Es decir, se trata de examinar, si el Presidente del Consejo de Administración de la Sociedad AVALIA SGR es un puesto de carácter directivo, que ejerce funciones ejecutivas del máximo nivel, equiparables, según la ley a los supuestos de relaciones laborales especiales de alta dirección, al personal directivo de la Administración Pública, o a los consejeros delegados de las sociedades mercantiles.

De entrada, hay que señalar que la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, en su artículo 16, se refiere a los «*puestos de carácter directivo*». En el ámbito de las Administraciones públicas está prevista la figura del «*personal directivo*» en el artículo 13 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (EBEP), que dispone lo siguiente:

> «*El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:*
>
> *1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.*
>
> *2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.*

3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.

4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección».

La identificación de cuáles son las funciones directivas no es una cuestión cerrada en el Derecho público. La definición que hace el EBEP de quiénes tienen la consideración de directivos públicos es un tanto ambigua, pues nos dice que son directivos públicos quienes desarrollen funciones directivas profesionales en las administraciones públicas, «*definidas como tales en las normas específicas de cada Administración*». La identificación de cuáles sean esas funciones directivas se reenvía a lo que determinen las normas específicas de la administración pública. Dicho de otro modo: ante la dificultad de definir lo que sean esas funciones directivas, se aboga porque sean las normas específicas de cada administración las que concreten cuáles son esos órganos cuyos titulares han de tener la consideración de directivos públicos y sobre todo qué funciones tendrán.

En el ámbito laboral, la relación del personal de alta dirección se regula por el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, y quedan sujetos a ella, «*aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomías y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que*

respectivamente ocupe aquella titularidad». Se trata de una relación jurídica que se sitúa entre la relación laboral común u ordinaria y la de los consejeros de la sociedad a que se refiere el artículo 1. 3 c) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, para excluirlos de su regulación.

De acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial, las notas que caracterizan a esta relación laboral especial son las siguientes: a) Han de ejercitarse poderes inherentes a la titularidad de la empresa que se incluyan en el círculo de decisiones fundamentales o estratégicas, con independencia de que exista un acto formal de apoderamiento (esto implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligarla frente a terceros); b) Las facultades otorgadas han de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para dicha actividad; y c) La prestación de servicios ha de ejercitarse con autonomía y plena responsabilidad. El alto cargo, en el desarrollo de sus funciones y ejercicio de sus facultades, ha de gozar, además, de autonomía, asumiendo la responsabilidad correspondiente; autonomía que sólo puede quedar limitada por las instrucciones impartidas por quien asume la titularidad de la empresa.

En el ámbito mercantil, y de de conformidad con lo dispuesto en el artículo 210, del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC), la

administración de la sociedad se puede confiar a un administrador único; a varios administradores que, a su vez, pueden actuar de forma solidaria o conjunta; o a un consejo de administración.

En este sentido el artículo 249, de esta misma Ley, al regular la delegación de facultades del consejo de administración, dispone:

> *«1. Cuando los estatutos de la sociedad no dispusieran lo contrario y sin perjuicio de los apoderamientos que pueda conferir a cualquier persona, el consejo de administración podrá designar de entre sus miembros a uno o varios consejeros delegados o comisiones ejecutivas, estableciendo el contenido, los límites y las modalidades de delegación.*
>
> *2. La delegación permanente de alguna facultad del consejo de administración en la comisión ejecutiva o en el consejero delegado y la designación de los administradores que hayan de ocupar tales cargos requerirán para su validez el voto favorable de las dos terceras partes de los componentes del consejo y no producirán efecto alguno hasta su inscripción en el Registro Mercantil.*
>
> *3. Cuando un miembro del consejo de administración sea nombrado consejero delegado o se le atribuyan funciones ejecutivas en virtud de otro título, será necesario que se celebre un contrato entre este y la sociedad que deberá ser aprobado previamente por el consejo de administración con el voto favorable de las dos terceras partes de sus miembros. El consejero afectado deberá abstenerse de asistir a la deliberación y de participar en la votación. El contrato aprobado deberá incorporarse como anejo al acta de la sesión.*
>
> *4. En el contrato se detallarán todos los conceptos por los que pueda obtener una retribución por el desempeño de funciones ejecutivas, incluyendo, en su caso, la eventual indemnización por cese anticipado en dichas funciones y las cantidades a abonar por la sociedad en concepto de primas de seguro o de contribución a sistemas de ahorro. El consejero no podrá percibir retribución alguna por el desempeño de funciones ejecutivas cuyas cantidades o conceptos no estén previstos en ese contrato.*

El contrato deberá ser conforme con la política de retribuciones aprobada, en su caso, por la junta general».

Y es que el consejo es un órgano inhábil habitualmente, para la gestión cotidiana de la sociedad. De ahí que tienda a convertirse, en un órgano de supervisión del trabajo realizado por los ejecutivos de la compañía que ostentan la práctica totalidad de las competencias de gestión del consejo a través de la delegación de las facultades de éste. Lo previsto en la ley es que el consejo pueda delegar sus facultades a favor, bien de un Consejero Delegado (o varios) o del Presidente del consejo o bien a favor de una Comisión Ejecutiva, además de realizar encargos concretos y apoderar, convenientemente, a los encargados para cualquier actuación.

De manera que no necesariamente, los Consejeros o el Presidente del consejo, tienen carácter ejecutivo. Ni tampoco tienen porque realizar funciones ejecutivas del máximo nivel que impliquen la existencia de un conflicto de intereses. Al Presidente del consejo de administración, se le podrán delegar todas las facultades de éste que estén previstas estatutariamente, excepto la rendición de cuentas, la presentación de balances a la junta general y las facultades que ésta conceda al consejo. Pero, es importante tener en cuenta que por el hecho de ser Presidente del consejo de administración, únicamente tiene encomendadas las funciones de convocar el consejo, dirigir las sesiones, firmar las actas y ser el presidente de la junta general, salvo que en los estatutos se prevea otra cosa.

De hecho, desde la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, en las formas complejas de administración (consejo de administración), lo único que resulta inherente al cargo de consejero

(ordinario) es la función de deliberación o supervisión, mientras que la función ejecutiva se vincula a la delegación de facultades (funciones) del artículo 249 LSC, es decir, a que se atribuya expresamente esa función por delegación orgánica o por cualquier otro título ejecutivo.

Como consecuencia de ello el consejero ejecutivo se encuentra unido a la sociedad por una doble relación: una relación de «administración ordinaria» como consejero (en cuanto tal) y otra relación adicional de «administración derivada» como consejero ejecutivo. Esta doble relación, posibilita dos clases de remuneraciones: a) la remuneración de la función deliberativa y de supervisión y control, como consejero ordinario; y b) la remuneración de la función ejecutiva (gestión ordinaria) como consejero ejecutivo. Por tanto en caso de existencia de un consejo de administración, la retribución de la función deliberativa y de supervisión y control, como es inherente al cargo de consejero, debe situarse en el artículo 217 LSC. Sin embargo, la retribución de la función ejecutiva, como no es inherente al cargo, no debe residenciarse en el artículo 217 LSC y por tanto, no debe quedar sometida a la exigencia de cobertura estatutaria debiendo situarse en sede de la delegación de facultades o funciones, del artículo 249 LSC. En este sentido viene a pronunciarse la Resolución de 10 de mayo de 2016, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, que afirma:

> *«Básicamente hay cuatro modos de organizar la administración, una compleja y las demás simples. La compleja es la colegiada, cuando la administración se organiza como consejo. En ese caso las funciones inherentes al cargo de consejero se reducen a la llamada función deliberativa (función de estrategia y control que se desarrolla como miembro deliberante del colegio de administradores); el sistema de retribución de esta función o actividad es lo que debe regularse en estatutos. Por el contrario, la función ejecutiva (la función de gestión ordinaria que se desarrolla individualmente mediante la delegación orgánica o en*

> *su caso contractual de facultades ejecutivas) no es una función inherente al cargo de «consejero» como tal. Es una función adicional que nace de una relación jurídica añadida a la que surge del nombramiento como consejero por la junta general; que nace de la relación jurídica que surge del nombramiento por el consejo de un consejero como consejero delegado, director general, gerente u otro».*

Y son a estos consejeros ejecutivos, que desarrollan un puesto de carácter directivo, y que ejercen funciones ejecutivas del máximo nivel, a quienes debe extenderse la aplicación de las mismas incompatibilidades que para los altos cargos, de acuerdo con la Ley 4/2012, de 26 de abril, de medidas urgentes de racionalización del sector público empresarial, de las Cortes de Aragón.

En todo caso, el recurrente niega que ejerza, ni se le hayan atribuido, funciones ejecutivas por parte de la Sociedad, ni que tenga poderes de representación, ejecutivos ni de ninguna otra clase de AVALIA SGR. Y el desempeño de unas funciones que acarrean entre sus efectos jurídicos la prohibición de contratar, no pueden presumirse de la simple lectura de los estatutos de la sociedad. Deben acreditarse formalmente, y a la vista de las mismas, determinarse si existe o no un conflicto de intereses, para su participación en la licitación del acuerdo marco de homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local.

De todo lo expuesto se constata que no se ha acreditado la existencia de conflicto de intereses. Ni mucho menos, que la única solución posible ante al mismo sea la declaración de prohibición de contratar.

Por ello, procede aceptar la pretensión del recurrente de inexistencia de tal conflicto y la consecuente ilegalidad del acto de exclusión así

como su consideración como prohibición de contratar, acordada por el órgano de contratación.

Finalmente, este Tribunal administrativo considera conveniente recordar que la declaración de la existencia o inexistencia, de un conflicto de intereses debe ser la consecuencia de la tramitación de un procedimiento contradictorio. En la actualidad no existe ninguna disposición normativa que regule este procedimiento, aunque, como señala el Informe 10/2016, de 18 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, el órgano de contratación, cuando advierta tal circunstancia, deberá acordar el inicio del procedimiento para la declaración de la existencia, o inexistencia, del conflicto de intereses. Del que se dará vista y trámite de audiencia al interesado, y, previo el informe de los servicios jurídicos, declarará la existencia o inexistencia de conflicto de intereses. A lo que habría que añadir, en el supuesto de que se llegue a la conclusión de la existencia de un conflicto de intereses, si es posible salvar el conflicto con la adopción de otras medidas, que no supongan la exclusión del licitador del procedimiento.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 41 TRLCSP; y en los artículos 2, 17 y siguientes de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón:

III. ACUERDA

PRIMERO.- Estimar el recurso especial interpuesto D. Pablo Martín-Retortillo Leguina en representación de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES, S.A, COCHES LA OSCENSE, S.A. y PIRENAUTO, S.L, frente al acuerdo de exclusión de las tres mercantiles en el procedimiento de licitación denominado «Acuerdo Marco de Homologación de suministro de vehículos con destino a la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón y a los restantes Entes Adheridos del Sector Público Autonómico y Local», promovido por el Departamento de Hacienda y Administración Pública del Gobierno de Aragón.

SEGUNDO.- Anular la exclusión en el procedimiento de licitación indicado, ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la misma y disponer la admisión de ARAGONESA DE AUTOMÓVILES, S.A, COCHES LA OSCENSE, S.A. y PIRENAUTO, S.L. al procedimiento de licitación, por no constatarse la existencia de conflicto de intereses.

TERCERO.- Notificar este Acuerdo a todos los interesados en este procedimiento, y acordar su publicación en la sede electrónica del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

CUARTO.- El Departamento de Hacienda y Administración Pública deberá dar conocimiento, a este Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, de las actuaciones adoptadas para dar cumplimiento a este Acuerdo.

QUINTO.- Significar que, contra este Acuerdo, ejecutivo en sus propios términos, solo cabe la interposición de recurso contencioso-administrativo (artículo 44.1 Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJ), en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación del mismo, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de Aragón (artículo 10 k) LJ), todo ello de conformidad con el artículo 49 TRLCSP.