

FABIO PASCUA MATEO, ILMO. SR. VICECONSEJERO DE ASUNTOS JURÍDICOS Y SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO DE GOBIERNO.

Nombrado por Decreto 98/2021, de 30 de junio, del Consejo de Gobierno **B.O.C.M. (nº 155, de 1 de julio de 2021)**.

En contestación a la solicitud de la Excm. Sra. Presidenta de la Comunidad de Madrid de informe en relación con una materia propia de la competencia de la Secretaría General del Consejo de Gobierno,

INFORMO

Habiéndose solicitado por parte de la Excm. Sra. Presidenta de la Comunidad de Madrid informe acerca de la eventual concurrencia de causa de abstención por su parte con relación al siguiente punto del Orden del día del Consejo de Gobierno, en su sesión de veinte de mayo de dos mil veinte en el que, a propuesta del Consejero de Sanidad, y según se desprende del Acta correspondiente a la misma **quedó enterado** entre otros del siguiente informe:

“Informe por el que se da cuenta al Consejo de Gobierno de las resoluciones por las que se ordena la tramitación y ejecución, con carácter de emergencia, de la contratación de los suministros correspondientes a la adquisición de equipos de protección individual (EPIs) y material sanitario para el hospital de campaña de la Institución Ferial de Madrid (IFEMA), como consecuencia de la situación creada por el COVID-19, por un importe total estimado de 4.289.950,72 euros (IVA incluido).”

Procede hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

I. Los deberes de abstención de los cargos públicos en la Comunidad de Madrid aplicables al caso están regulados en las siguientes disposiciones que se transcriben a continuación:

Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público:

“Artículo 23. Abstención.

*1. Las autoridades y el personal al servicio de las Administraciones en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas en el apartado siguiente **se abstendrán de intervenir en el procedimiento** y lo*



comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente.

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.”

Esta disposición es aplicable al caso por su carácter básico y en la medida en que el régimen de abstención y recusación de esta Ley no entra dentro de los ámbitos que se declaran no aplicables al Consejo de Gobierno por la Disposición adicional vigesimoprimera, que establece que “*Las disposiciones previstas en esta Ley relativas a los órganos colegiados no serán de aplicación a los órganos Colegiados del Gobierno de la Nación, los órganos colegiados de Gobierno de las Comunidades Autónomas y los órganos colegiados de gobierno de las Entidades Locales*”.

Ley 14/1995, de 21 de abril, de Incompatibilidades de Altos Cargos de la Comunidad de Madrid.

“Artículo 4.

Quienes desempeñen un alto cargo vienen obligados a inhibirse del conocimiento de los asuntos en cuyo despacho hubieran intervenido o que interesen a empresas o sociedades en cuya propiedad participen o en cuya dirección, asesoramiento o administración hubieren tenido alguna parte ellos mismos, su cónyuge o persona de su familia dentro del segundo grado civil.”

Código ético de los altos cargos de la Administración de la Comunidad de Madrid y de sus entes adscritos, aprobado por Acuerdo de 31 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno.

“Quinto

Criterios para una actuación imparcial

1. A los efectos de este apartado, se entiende que un alto cargo está incurso en conflicto de intereses cuando **la decisión que vaya a**



adoptar pueda afectar a sus intereses personales, de naturaleza económica o profesional, por suponer un beneficio o un perjuicio a los mismos.

Se consideran intereses personales, de acuerdo con la normativa estatal reguladora de los altos cargos:

a) Los intereses propios.

b) Los intereses familiares, incluyendo los de su cónyuge o persona con quien conviva en análoga relación de afectividad y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo grado de afinidad.

c) Los de las personas con quien tenga una cuestión litigiosa pendiente.

d) Los de las personas con las que tenga amistad íntima o enemistad manifiesta.

e) Los de las personas jurídicas o entidades privadas a las que el alto cargo haya estado vinculado por una relación laboral o profesional de cualquier tipo en los dos años anteriores al nombramiento.

f) Los de las personas jurídicas o entidades privadas a las que los familiares previstos en la letra b) estén vinculados por una relación laboral o profesional de cualquier tipo, siempre que la misma implique el ejercicio de funciones de dirección, asesoramiento o administración.

2. En los procedimientos de contratación, los altos cargos no formarán parte de las mesas de contratación cuando sean órganos de contratación.

[...]

5. Los altos cargos se abstendrán en aquellos asuntos en los que tengan un interés personal.”

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

“Artículo 64. Lucha contra la corrupción y prevención de los conflictos de intereses.

1. **Los órganos de contratación** deberán 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 con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

2. A estos efectos el concepto de conflicto de intereses abarcará, al menos, 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.

Aquellas personas o entidades que tengan conocimiento de un posible conflicto de interés deberán ponerlo inmediatamente en conocimiento del órgano de contratación.”

Para los supuestos más graves, es aplicable el artículo 439 del Código Penal,



redactado en los siguientes términos:

“Artículo 439.

La autoridad o funcionario público que, debiendo intervenir por razón de su cargo en cualquier clase de contrato, asunto, operación o actividad, se aproveche de tal circunstancia para forzar o facilitarse cualquier forma de participación, directa o por persona interpuesta, en tales negocios o actuaciones, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de dos a siete años.”

No resulta de aplicación, como es obvio, por tratarse de una norma referida exclusivamente a la Administración General del Estado, la Ley 3/2015, de 30 de marzo, reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado. No obstante, el régimen autonómico no difiere en lo sustancial del en ella establecido ya que el apartado 1 del punto quinto del Código Ético recoge en su literalidad la definición de conflicto de intereses establecida en el artículo 15.1 de esta Ley.

En definitiva, de las disposiciones transcritas establecen un deber de abstención del alto cargo, en este caso la Presidenta de la Comunidad de Madrid, de intervenir en todo procedimiento en que concurra una de las causas de abstención enunciadas en los preceptos transcritos.

II. Vista la normativa anterior, lo que procede es determinar en primer término, y antes incluso de entrar a analizar la eventual concurrencia de una causa de abstención, si el Consejo de Gobierno ha intervenido en un procedimiento administrativo abierto, en este caso, de contratación.

Para abordar esta cuestión, es preciso reproducir la normativa de la Comunidad de Madrid que establece la condición de órgano de contratación en el caso concreto referido, así como recordar la normativa estatal relativa a los contratos tramitados por el procedimiento de emergencia.

Así, conforme establecía en el momento correspondiente el artículo 55 de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2019, prorrogados en el ejercicio 2020:

“1. Compete al Viceconsejero de Sanidad la adopción de los actos y operaciones correspondientes al proceso del gasto, en cuanto a los gastos propios de los servicios a su cargo, salvo los establecidos en el apartado 2 de este artículo reservados al Consejo de Gobierno y aquellos que en la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid, se atribuyen al titular de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

2. Corresponde al Consejo de Gobierno de la Comunidad de Madrid la autorización o compromiso del gasto en los siguientes supuestos:

- a) Gastos de cuantía indeterminada.*
- b) Gastos cuyo importe supere la cuantía de 3.000.000 de euros.*
- c) Gastos plurianuales cuando la suma del conjunto de anualidades*



supere el importe de 6.000.000 de euros, o los que requieran modificación de los porcentajes o del número de anualidades previstos en el artículo 55.4 de la Ley 9/1990, de 8 de noviembre, Reguladora de la Hacienda de la Comunidad de Madrid (...)”

Por su parte, el Decreto 308/2019, de 26 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura directiva del Servicio Madrileño de Salud, vigente en el momento de la tramitación del contrato, dispone que le corresponden, entre otras, la función de tramitar los expedientes de contratación administrativa del Servicio Madrileño de Salud, incluida la contratación de la prestación sanitaria con medios ajenos, así como la supervisión y control de la prestación de los servicios no sanitarios en los hospitales gestionados en régimen de concesión y de los gestionados de forma centralizada en los hospitales de la red del Servicio Madrileño de Salud.

En fin la tramitación de emergencia se regula en los siguientes términos por el artículo 120 de la Ley 9/2017:

“Artículo 120. Tramitación de emergencia.

1. Cuando la Administración tenga que actuar de manera inmediata a causa de acontecimientos catastróficos, de situaciones que supongan grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, se estará al siguiente régimen excepcional:

*a) **El órgano de contratación**, sin obligación de tramitar expediente de contratación, podrá ordenar la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido o satisfacer la necesidad sobrevenida, o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos formales establecidos en la presente Ley, incluso el de la existencia de crédito suficiente. En caso de que no exista crédito adecuado y suficiente, una vez adoptado el acuerdo, se procederá a su dotación de conformidad con lo establecido en la Ley General Presupuestaria.*

b) Si el contrato ha sido celebrado por la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social o demás entidades públicas estatales, se dará cuenta de dichos acuerdos al Consejo de Ministros en el plazo máximo de treinta días.

c) El plazo de inicio de la ejecución de las prestaciones no podrá ser superior a un mes, contado desde la adopción del acuerdo previsto en la letra a). Si se excediese este plazo, la contratación de dichas prestaciones requerirá la tramitación de un procedimiento ordinario.

d) Ejecutadas las actuaciones objeto de este régimen excepcional, se observará lo dispuesto en esta Ley sobre cumplimiento de los contratos, recepción y liquidación de la prestación.

En el supuesto de que el libramiento de los fondos necesarios se



hubiera realizado a justificar, transcurrido el plazo establecido en la letra c) anterior, se rendirá la cuenta justificativa del mismo, con reintegro de los fondos no invertidos.

2. Las restantes prestaciones que sean necesarias para completar la actuación acometida por la Administración y que no tengan carácter de emergencia se contratarán con arreglo a la tramitación ordinaria regulada en esta Ley.”

De la normativa anterior se deduce de manera palmaria que **el Consejo de Gobierno no es órgano de contratación en la Comunidad de Madrid**, teniendo todo lo más en algunos contratos de tramitación ordinaria la facultad de autorizar o aprobar su tramitación con carácter previo, por encima de determinados umbrales de precio máximo de licitación. En el supuesto examinado esos umbrales no se han superado. Pero es que, además, al tratarse de un contrato de emergencia, la intervención del Consejo de Gobierno queda circunscrita a la recepción de la información contractual por parte de la Consejería a la que pertenece el órgano de contratación, sin que en ningún caso proceda autorización previa alguna.

Así lo ha determinado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid en los siguientes términos:

1) N^o expediente 17/2019 Materia: 12.2. Tramitación ordinaria, urgente o de emergencia de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid:

“Por lo expuesto, esta Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende: 1.- Que para los tasados supuestos de emergencia previstos en el artículo 73 de la LCAP [equivalente al actual artículo 120 de la Ley 9/2017] no es obligación tramitar expediente administrativo de contratación y, por consiguiente, no ha lugar a efectuar ninguna aprobación, siendo las únicas actuaciones necesarias la adopción por el órgano de contratación del acuerdo ordenando la ejecución de lo necesario para remediar el acontecimiento producido, satisfacer la necesidad sobrevenida o para contratar libremente su objeto y dar cuenta de dicho acuerdo al Consejo de Gobierno”.

2) N^o expediente 17/2019 Materia: 12.2. Tramitación Ordinaria, Urgente O De Emergencia Junta Consultiva de Contratación:

“Que la emergencia sea apreciada por el órgano de contratación, quien se responsabiliza de motivar la concurrencia de una circunstancia excepcional y de acreditar su existencia”.

III. En cuanto a la naturaleza de la **competencia del Consejo de Gobierno en la recepción de daciones de cuenta**, es constante el criterio de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid de que se trata de una **mera recepción de información**, sin que dicha actuación forme parte del procedimiento que afecte a su validez y sin que quepa por parte del Consejo alterar o anular bajo ningún concepto las actuaciones del órgano de contratación.



Así se ha destacado en

S.J: 33/2016, 4 de marzo de 2016:

Al explicar la naturaleza de la dación de cuentas al Consejo de la propuesta de adjudicación de los contratos en general de la Comunidad de Madrid, señala que

“Dicha dación de cuenta es un trámite de comunicación no esencial a efectos de la validez del procedimiento de contratación, sin que el Consejo de Gobierno pueda proceder a paralizar el procedimiento por detectar irregularidades.”

En otro punto es asimismo concluyente que

“Esa falta de comunicación al Consejo de Gobierno de la propuesta de adjudicación -precios y empresas propuestas- no supone un trámite esencial en el procedimiento de contratación, y no incide en la validez de dicho procedimiento”.

A.G.- 49/2020, de 24 de agosto de 2020:

En este caso, en línea con anterior, y referido expresamente a las daciones de cuentas de los contratos de emergencias, la Abogacía General limita al mero conocimiento las facultades del Consejo de Gobierno.

“la finalidad del plazo señalado en el artículo 120.1.b) no es otra sino la de apremiar al órgano de contratación para que a la mayor brevedad posible ponga en conocimiento del Consejo de Gobierno la contratación de emergencia que se pretende”.

Y algo más adelante

“[...] ello no empece para que también parezca razonable la necesidad de remitir al Consejo de Gobierno el acuerdo de declaración de emergencia que en su caso se haya dictado ex post, de suerte que también pueda conocer el Consejo de Gobierno la motivación de la emergencia y en definitiva, para que tenga conocimiento de la subsanación de la omisión de la misma”.

En consecuencia, **ni el Consejo de Gobierno es órgano de contratación de la Comunidad de Madrid ni la recepción de la correspondiente dación de cuentas de los contratos tramitados por emergencia supone un elemento del procedimiento de contratación**, que se agota con la adjudicación por parte del órgano de contratación. Hasta tal punto esto es así que la Abogacía General de la Comunidad de Madrid ha concluido recientemente que en los supuestos en que el cumplimiento del deber de comunicación de tales contratos se haya demorado respecto de los treinta días legalmente previstos no procede la puesta en conocimiento tardía a dicho Consejo. Véase el A.G.: 5/2022, de 21 de enero de 2022.



Si esto es así, **es evidente que el procedimiento de contratación ha concluido con el acuerdo del órgano de contratación**, sin perjuicio de que con posterioridad informe al Consejo de Gobierno de las actuaciones realizadas. Es, asimismo, evidente, que el Consejo de Gobierno carece de competencia alguna para alterar el resultado de las actuaciones del órgano de contratación y, por tanto, se limita a la simple recepción de información por parte de dicho órgano de contratación de una manera pasiva. Por todo ello, ha de descartarse que se haya producido “intervención” alguna en el contrato por parte de ningún miembro del Consejo de Gobierno.

En este sentido, el verbo intervenir exige una participación activa, que requiere ostentar competencias de propuesta, informe o decisión, que no se dan en este supuesto. Así se desprende de la propia definición literal del término intervenir en el Diccionario de la RAE en las múltiples acepciones del término. Asimismo se deduce del artículo 15.3 de la Ley 3/2015, que establece los siguientes supuestos en los que se entiende que un alto cargo del Estado ha intervenido en un procedimiento:

“3. Se entiende que un alto cargo participa en la adopción de una decisión que afecta a una entidad:

a) Cuando el alto cargo, en el ejercicio de sus propias competencias o funciones o su superior a propuesta de él o los titulares de sus órganos dependientes, por delegación o sustitución, suscriba un informe preceptivo, una resolución administrativa o un acto equivalente sometido al Derecho Privado en relación con la empresa o entidad de que se trate.

b) Cuando hubiera intervenido, mediante su voto o la presentación de la propuesta correspondiente, en sesiones de órganos colegiados en las que se hubiera adoptado la decisión en relación con la empresa o entidad.”

Y, finalmente, así lo ha considerado incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la hora de definir la intervención a los efectos penales en la STS 3158/2019, de 14 de octubre, que en su fundamento vigésimo ha requerido para la consumación del delito una “actividad”, que no se da en la mera recepción de información.

IV. Descartada, pues, la presencia de un procedimiento administrativo, y constatada la falta de intervención, no procede entrar a analizar la concurrencia de causas de abstención, por lo que cabe concluir que no se ha producido en la actuación de ninguno de los miembros del Consejo de Gobierno, incluida su Presidenta, infracción alguna de sus deberes de abstención legalmente previstos, ni tampoco de los asumidos voluntariamente al suscribir el Código Ético de los Altos Cargos de la Comunidad de Madrid, al recibir la dación de cuentas del contrato examinado.

CONCLUSIÓN.

A la vista de las consideraciones anteriores, cabe concluir que no se ha producido en la actuación de ninguno de los miembros del Consejo de Gobierno, incluida su Presidenta, infracción alguna de sus deberes de



abstención legalmente previstos, ni tampoco de los asumidos voluntariamente al suscribir el Código Ético de los Altos Cargos de la Comunidad de Madrid, al recibir la dación de cuentas del contrato examinado

Madrid, a fecha de la firma

EL VICECONSEJERO DE ASUNTOS JURÍDICOS Y
SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO DE GOBIERNO

Fdo.: FABIO PASCUA MATEO



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.org/csv mediante el siguiente código seguro de verificación: **0963280335138096703467**