

<p>Expediente: 2021/G01_02/000099 – 99/2021</p> <p>Ref. [REDACTED]</p> <p>Asunto: Presunto ejercicio irregular de funciones reservada y conflictos de intereses en contrataciones de servicios y obras.</p> <p>Denunciado: Ayuntamiento Bicorp.</p>	<p>DIRECCIÓN DE ANÁLISIS E INVESTIGACIÓN</p>
---	---

RESOLUCIÓN DE CONCLUSIÓN DE ACTUACIONES DE INVESTIGACIÓN

Visto el expediente de referencia instruido con motivo de la denuncia sobre irregularidades en relación con el presunto ejercicio irregular de funciones reservadas y conflictos de intereses en contrataciones de servicios y obras, y en base a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Alerta presentada.

A través de los mecanismos establecidos por la Agencia, se presentó alerta en el que se describe como asunto: "Ayuntamiento de Bicorp, Ingeniero forestal municipal, P. T. G. (DNI **xx**). Conflicto de intereses en la contratación de obras y servicios con las empresas [REDACTED]

La persona alertadora indica en la descripción de los hechos que el Ingeniero Forestal Municipal tiene cargo de responsabilidad en la [REDACTED] compartiendo responsabilidad con JSF, titular de otra empresa [REDACTED].

A la mencionada alerta se adjunta la siguiente documentación:

[REDACTED]

[REDACTED]

SEGUNDO. - Apertura de expediente.

La denuncia presentada ha dado lugar a la apertura del expediente número 2021/G01_02/000099 – 99/2021, habiéndose acusado recibo de esta por parte de la Agencia tal y como dispone el artículo 35.3 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia de 27 de junio de 2019 (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019).

TERCERO. - Actuaciones realizadas en la fase de análisis.

Una vez analizado el objeto de los hechos descritos en la alerta y a los efectos de poder realizar un correcto análisis de su verosimilitud, mediante requerimiento, se solicitó al ayuntamiento la siguiente documentación:

- **Certificado** expedido por la persona que ejerza las funciones de la secretaria del Ayuntamiento indicando si **P. T. G.** es personal propio del Ayuntamiento de Bicorp (sometido a régimen funcionarial o de carácter laboral) y si, en su caso, percibe retribuciones por dicho concepto. Aporte, en su caso, copia de la documentación que justifique su vinculación con esa administración local (puesto que ocupa en la plantilla municipal, contrato de prestación de servicios, duración de su jornada laboral).

- **Certificado** expedido por la persona que ocupe la secretaria del Ayuntamiento, indicando el régimen de dedicación y retributivo de **P. T. G.**, así como si tiene solicitado o concedido algún régimen de compatibilidad para el ejercicio de actividad privada autorizada, y en caso afirmativo, se expida certificación literal del acuerdo de declaración formal de la compatibilidad concedida.

En fecha 2 de mayo de 2022 se presentó mediante registro de entrada (n.º 2022000622) la información requerida consistente en:

- Certificados sobre la existencia de relación contractual como autónomo en el marco del Convenio de la Diputación de Valencia con el colegio oficial de Ingenieros Forestales, percibiendo sus retribuciones mediante emisión de facturas salvo los meses de noviembre y diciembre de 2020 que percibe sus retribuciones en concepto de nómina.

- Copia de dos recibos de nomina correspondientes a los meses de noviembre y diciembre de 2020.

- Certificado sobre régimen de dedicación, incluyendo certificación negativa en relación con la solicitud de algún régimen de compatibilidad.

- Copia de Contrato menor de Concesión de Servicio fechado el 03 de enero de 2020 formalizado por el adjudicatario con fecha 17 de enero de 2020.

CUARTO. - Sobre el informe previo de verosimilitud.

Visto que el artículo 12 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre, de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, modificada por la Ley 27/2018, de 27 de diciembre, establece que el inicio de las actuaciones por parte de la Agencia se producirá cuando se haya comprobado la existencia de indicios razonables de veracidad de los hechos o conductas que hayan sido objeto de la denuncia, tras el análisis efectuado por la Dirección de Análisis e Investigación, se emitió informe previo de verosimilitud en fecha 21 de septiembre de 2022.

Del análisis de la documentación remitida a la Agencia por parte del Ayuntamiento de Bicorp tras el requerimiento efectuado, documentación integrada por dos certificaciones, se pone de manifiesto:

- Que el Ingeniero Forestal *P. T. G. (DNI **xxx***) no es empleado público, sino que “estuvo contratado”* al amparo del Convenio de colaboración con la Diputación Provincial de Valencia y el Colegio Oficial de Ingenieros Forestales, en condición de autónomo percibiendo sus retribuciones mediante la emisión de facturas.
- Que mantuvo con el Ayuntamiento de Bicorp un contrato de servicios desde el 01/01/2005 al 31/10/2020 en el marco del Convenio citado, y que no ha solicitado ningún régimen de compatibilidad.
- Que según certifica el Ayuntamiento de Bicorp la jornada “laboral” era de cuatro horas semanales “sin tener exclusividad” para este Ayuntamiento”
- Que por Sentencia 000174/2021 del Juzgado de lo Social de Valencia “Regularización de las altas y cotización de técnicos de Ayuntamientos sujetos a relación laboral” se declaraba la relación con el Ayuntamiento de Bicorp de naturaleza laboral, dándose de alta de oficio como indefinido no fijo con fecha de efectos del 01/08/2016 hasta el 31/10/2020.
- Que en el año 2020 se formalizó contrato menor de concesión de servicios que recoge en su cláusula quinta la siguiente condición. *“Asimismo, podrá atender en el campo de su competencia y fuera de las horas pactadas de dedicación semanal, las necesidades municipales de redacción de proyectos y direcciones de obras que la entidad local se encargue, devengándose los honorarios que se convengan, usando como referente los baremos establecidos con carácter de referencia por el COITF.”*
- Que los meses de noviembre y diciembre de 2020 “se le abonó con nómina” y que desde el 31/12/2020 “no existe relación laboral”.

En el Informe de verosimilitud se concluye:

Que hay que destacar en primer lugar **la referencia a un contrato menor de concesión de servicios, que no tiene encaje en el artículo 118 de la Ley 9/2017**, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, **además de la tipología contractual de concesión de servicios para el objeto que se pretende contratar, que tampoco tiene encaje** de conformidad con la regulación de los artículos 284 y siguientes del mismo texto legal.

Adicionalmente a estas consideraciones jurídicas, y conforme a la regulación de la cláusula quinta transcrita, el ayuntamiento vía un contrato menor habilita el encargo de redacción de proyectos y direcciones de obra sin acudir al procedimiento de contratación que en cada caso fuera de aplicación, al técnico referido, al que ya le fue reconocido por sentencia que existía un fraude en la contratación por parte del ayuntamiento y que su relación era laboral, reconociéndose la condición de laboral indefinido no fijo.

Por lo tanto, en aplicación del artículo 11 y 12 de la Ley 11/2016, la Agencia ha comprobado que existen indicios razonables de veracidad de los hechos sobre los que ha tenido información.

QUINTO. - Sobre el inicio de actuaciones de investigación.

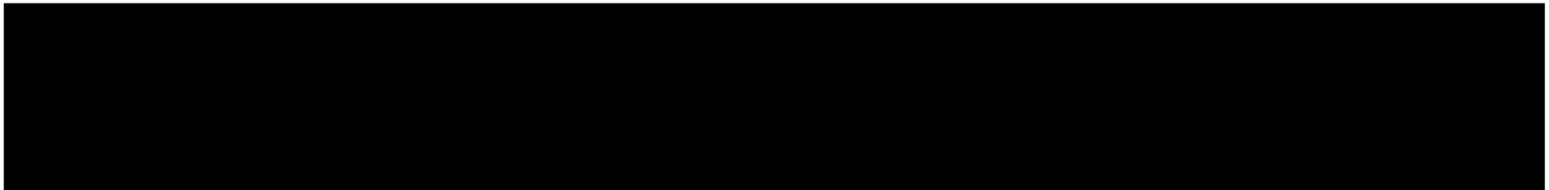
En fecha 16 de septiembre de 2022, se dictó Resolución número 747 del director de la AVAF de inicio de actuaciones de investigación, en la que se acordó requerir al Ayuntamiento de Bicorp la siguiente documentación:

- Certificación/listado certificado de la contabilidad municipal donde figuren la totalidad de pagos abonadas a P. T. G. (DNI **xxx**), por todos los conceptos (redacción de proyectos, direcciones de obras etc.) identificando importe, concepto, fecha, tipo de procedimiento de contratación seguido, contrato suscrito y acto administrativo aprobatorio del mismo.



- Certificado emitido por la persona que ostente la secretaria municipal, que acredite:
 - o Como finalizó en octubre de 2020, si finalizó, la relación laboral del ayuntamiento de Bicorp con P. T. G. (DNI **xxx**), debiendo aportar la documentación acreditativa de la extinción de la relación en su caso, y los importes abonados en concepto de indemnizaciones o finiquitos.
 - o Si desde octubre de 2020 hasta la actualidad el ayuntamiento de Bicorp y P. T. G. (DNI **xxx**) mantiene relación de prestación de servicios profesionales, identificando la modalidad de contratación (laboral, administrativa...) identificando importe, concepto, fecha, tipo de procedimiento de contratación seguido, contrato suscrito y acto administrativo aprobatorio del mismo.

Dicha resolución fue notificada al Ayuntamiento de Bicorp el día 28/09/2022. (Reg salida 2022001112). En contestación a la misma, se presentó por el citado Ayuntamiento ante esta Agencia el día 05 de octubre de 2022 (registro de entrada número 2022001245) la siguiente documentación:



1.- Certificación/listado certificado de la contabilidad municipal donde figuren la totalidad de pagos abonadas a P. T. G. (DNI **xxx**), por todos los conceptos (redacción de proyectos, direcciones de obras etc.) identificando importe, concepto, fecha, tipo de procedimiento de contratación seguido, contrato suscrito y acto administrativo aprobatorio del mismo.

Del análisis de la documentación aportada, se constata:

1.1 El Certificado aportado indica fuera del Convenio solo un pago en 2019: “1º Revisión del Plan local de prevención de incendios forestales 4.375,36 € DECRETO 2019/87 de 19/06/19 Contrato Menor Servicios”.

1.2 Que las cuantías certificadas lo son a partir de 2012 (de 2008 a 2011 manifiesta que la plataforma SICALWIN no permite sacar listados de contabilidad).

En 2015 no existe relación contractual mediante Convenio con el Colegio Oficial de Ingenieros Forestales.

1.3 Se recogen pagos mensuales de 150 € (261,33 en 2018, 2019 y 2020 salvo noviembre y diciembre 215,98 en nómina por cumplimiento contrato concesión servicio forestal de 03 enero 2020) y unas cuantías variables semestrales bajo el concepto convenios con Colegios Profesionales

- 2012. 1º semestre 640 €; 2º semestre 662 €.
- 2013. 1ºS 641 €; 2ºS 658 €.
- 2014. 1ºS 668 €; 2ºS no consta.
- 2015. n/c.
- 2016. 1ºS 630'19 €; 2ºS 762,53 €.
- 2017 1ºS y 2ºS 1.525'06 €.
- 2018. n/c
- 2019.1ºS n/c. 2ºS 864 €.
- 2020. n/c

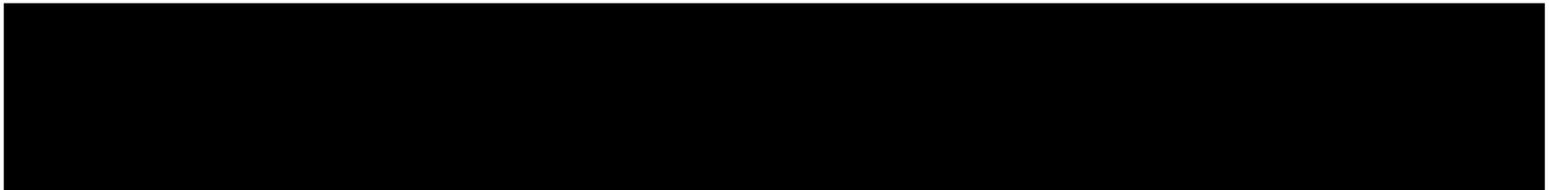
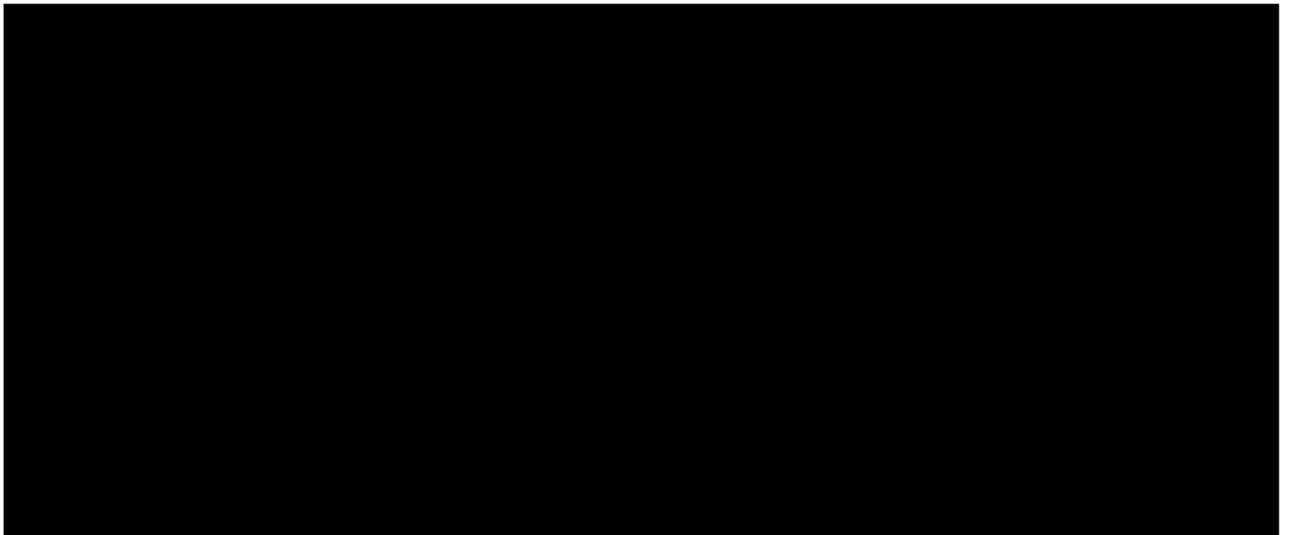
2. Certificado emitido por la persona que ostente la secretaria municipal, que acredite:

Como finalizó en octubre de 2020, si finalizó, la relación laboral del ayuntamiento de Bicorp con P. T. G. (DNI **xxx**), debiendo aportar la documentación acreditativa de la extinción de la relación en su caso, y los importes abonados en concepto de indemnizaciones o finiquitos.

Si desde octubre de 2020 hasta la actualidad el ayuntamiento de Bicorp y P. T. G. (DNI **xxx**) mantiene relación de prestación de servicios profesionales, identificando la modalidad de contratación (laboral, administrativa...) identificando importe, concepto, fecha, tipo de procedimiento de contratación seguido, contrato suscrito y acto administrativo aprobatorio del mismo.

Del análisis de la documentación aportada, se constata:

- 2.1 Se certifica como fecha fin de la “relación laboral el 31 diciembre 2020”.
- 2.2 Que los períodos en que se han mantenido Contratos de Servicios son los siguientes: 01 enero 2005 a 31 diciembre 2014 y 01 enero 2016 a 30 octubre 2020.
- 2.3 Que, recaída sentencia 174/2021 de 21 de mayo de 2021 del Juzgado de lo Social, que declara la existencia de relación laboral, se procede al alta en la Seguridad Social en fecha 01 agosto 2016 y hasta el 31 octubre 2020.
- 2.4 Que en noviembre y diciembre de 2020 se le abona nómina por Contrato de concesión de servicios forestales de 03 enero de 2020).
- 2.5 Que desde el 01 enero 2021 no mantiene ninguna relación laboral con el Ayuntamiento de Bicorp.



4018,16	Vallado de 70 metros lineales en área recreativa Benefetal	27/02/2018	Contrato menor obra	2018-0004	Decreto 2018/12 de 27/02/2018
22694,31	Mantenimiento cortafuegos	04/02/2019	Contrato menor obra	2019-0006	Decreto 2019/23 de 30/01/2019
8089,91	Desbroce orillas caminos	01/02/2019	Contrato menor obra	2019-0004	Decreto 2019/25 de 01/02/2019
5393,28	Suministro cancela y vallado de 70 ml en área recreativa	05/02/2019	Contrato menor obra	2019-0005	Decreto 2019/27 de 05/02/2019
9870,99	Desbroce de 7,46 km de orillas en camino Rincón Grande y Muela	10/02/2019	Contrato menor obra	2020-0005	Decreto 2019/25 de 01/02/2019
15863,20	Mantenimiento línea de cortafuego en Cazmilla	11/01/2022	Contrato menor obra	2022-0002	Decreto 2022/5 de 11/01/2022

SEXTO.- Informe Provisional.

En fecha 28 de noviembre de 2022 se emitió informe provisional por los funcionarios de la Agencia.

Dicho informe provisional fue notificado en fecha 29 de noviembre de 2022 al Ayuntamiento de Bicorp.

SÉPTIMO.- Trámite de Audiencia.

Tras el informe provisional se concedió trámite de audiencia por un plazo de **10 días hábiles** a contar desde la recepción del informe para que las entidades afectadas pudieran formular las alegaciones oportunas ante la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

A fecha presente, no ha tenido entrada escrito de alegaciones por parte del Ayuntamiento de Bicorp durante la apertura del trámite de audiencia.

OCTAVO.- Informe Final de Investigación.

En fecha 22 de diciembre de 2022 se emitió informe final de investigación por funcionarios de la Agencia.

ANÁLISIS DE LOS HECHOS

De las actuaciones de análisis e investigación desarrolladas por esta Agencia y plasmadas en el cuerpo del Informe Provisional se dedujeron los siguientes hechos y conclusiones

provisionales, sobre los que los interesados han realizado las alegaciones que se detallan a continuación:

PRIMERO.- Contrato de Servicio para el ejercicio de Funciones reservadas.

Se constata la existencia de una relación laboral en fraude de ley a través del Convenio suscrito por la Diputación Provincial de Valencia y el Colegio Oficial de Ingenieros Forestales.

Dicha circunstancia queda de manifiesto durante la tramitación por la Inspección de la Seguridad Social de expediente donde se instó la "Regularización de las altas y cotización de técnicos de Ayuntamientos sujetos a relación laboral", confirmada mediante sentencia 174/2021 de 21 de mayo de 2021 del Juzgado de lo Social, que declara la existencia de una relación laboral, procediéndose a cursar alta en la Seguridad Social en el período comprendido entre el 01 agosto 2016 y hasta el 31 octubre 2020.

Hay que destacar la remisión por parte del Ayuntamiento de Bicorp de copia de **contrato menor de concesión de servicios para el ejercicio 2020, que no tiene encaje en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 30 de noviembre, de Contratos del Sector Público, además de la tipología contractual de concesión de servicios para el objeto que se pretende contratar, que tampoco tiene encaje** de conformidad con la regulación de los artículos 284 y siguientes del mismo texto legal.

SEGUNDO. – Conflicto de intereses: la adjudicación directa al técnico municipal de contratos.

En los Certificados aportados por el Ayuntamiento de Bicorp, se indica que fuera del Convenio con el Colegio Oficial de Ingenieros Forestales se incluye un solo pago en 2019 en beneficio del Ingeniero Forestal con motivo de la contratación de la Redacción del Proyecto denominado 1ª Revisión del Plan local de prevención de incendios forestales por importe de 4.375,36 €, adjudicado mediante Decreto 2019/87 de 19/06/19 sobre Contrato Menor Servicios.

Se pone de manifiesto igualmente, que en el ejercicio 2020 el Ayuntamiento vía contrato menor de concesión de servicios, habilita el encargo de redacción de proyecto, sin acudir al procedimiento de contratación que fuera de aplicación, al técnico referido, **al que ya le fue reconocido por sentencia que existía un fraude en la contratación por parte del ayuntamiento y que su relación era laboral, reconociéndose, de manera retroactiva la condición de laboral indefinido no fijo.**

TERCERO.- La aplicación del régimen de incompatibilidades y prohibición de contratar.

Se certifica por el Ayuntamiento que en el año 2019 se contrató con la empresa [REDACTED] por importe de 10.000 € y bajo la fórmula de contrato menor, Contrato para la Redacción del Plan Técnico de Gestión Forestal, adjudicado mediante Decreto 2019/61 de 15/04/2019.

CUARTO.- Conclusiones provisionales.

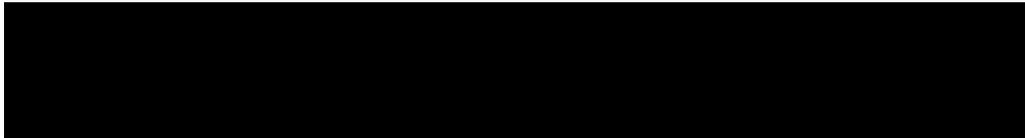
De todo lo constatado en los apartados anteriores, procedió elevar las siguientes CONCLUSIONES PROVISIONALES:

1.- El Ingeniero P.T.G. prestó servicios al Ayuntamiento de Bicorp desde el 01 enero 2005 a 31 diciembre 2014 y desde el 01 enero 2016 a 30 octubre 2020 a través de Convenio de la Diputación de Valencia con el Colegio Oficial de Ingenieros Forestales.

Que **la indicada relación de servicios** (no consta su formalización, a salvo del ejercicio 2020 mediante contrato de concesión de servicios donde no existe referencia alguna al Convenio citado en el párrafo anterior) **lo fue en fraude de ley por lo que la Inspección de la Seguridad Social instó la “Regularización de las altas y cotización** de técnicos de Ayuntamientos sujetos a relación laboral.” Incluyéndose entre los mismos el Ayuntamiento de Bicorp, recayendo sentencia 174/2021 de 21 de mayo de 2021 del Juzgado de lo Social declara relación laboral, **procediéndose a dar de alta en la Seguridad Social desde el 01 agosto 2016 y hasta el 31 octubre 2020.**

2.- Que, **no obstante, se formaliza Contrato de concesión de Servicios forestales en fecha 3 de enero de 2020 por importe anual de 4.000€, en el que no se hace referencia alguna al Convenio** entre la Diputación Provincial de Valencia y el Colegio Oficial de Ingenieros Forestales, indicándose en la documentación remitida por el Ayuntamiento de Bicorp que en ejecución del indicado *Contrato “se le abona nómina los meses de noviembre y diciembre de 2020”.*

3.- Que, **prestando servicios como Ingeniero, se le contrata adicionalmente en el ejercicio 2019 y fuera de la relación “principal”, la Redacción del Proyecto** denominado “1º Revisión del Plan local de prevención de incendios forestales”, por importe de 4.375,36 €, mediante Decreto 2019/87 de 19/06/19 y Contrato Menor Servicios, siendo el importe “pactado” para la prestación principal dentro del Convenio con el Colegio de Ingenieros forestales, de un importe 3.136,00 € anuales.



5.- Que **no consta documento alguno de finalización de la relación laboral y si bien se indica que a partir de 1 de enero de 2021 no existe relación laboral no se especifica si continúa o no relación contractual de servicios, figurando igualmente en la documentación remitida por el Ayuntamiento de Bicorp, la**



[REDACTED] para trabajos de mejora en la finca "La Cazmilla" de desbroce y clareo con eliminación de residuos bajo la fórmula de Contrato menor (Decreto 2021/77 de la adjudicación 06/05/2021).

[REDACTED] presa SOLER TORRES S.L., produciéndose una situación de conflicto de interés.

QUINTO.- Alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia.

Tras el informe provisional se concedió trámite de audiencia por un plazo de **10 días hábiles** a contar desde la recepción del informe para que las entidades afectadas pudieran formular las alegaciones oportunas ante la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

A fecha presente, **no ha tenido entrada escrito de alegaciones por parte del Ayuntamiento de Bicorp** durante la apertura del trámite de audiencia, por lo que procede elevar a definitivas las conclusiones provisionales contenidas en el apartado cuarto anterior.

SEXTO.- Calificación Jurídica.

De conformidad con la Resolución n.º 424, del Director de la Agencia de Prevención y Lucha Contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana, de fecha 5 de octubre de 2020, por la que se concreta el ámbito de actuación material de esta Agencia, en los siguientes conceptos:

- a) Corrupción: Uso o desviación de poder o de recursos de procedencia pública para fines distintos de los concedidos; uso o abuso del poder público para obtener ventajas, beneficios o cualquier otro aprovechamiento particular, propio o de terceros, o para cualquier otro fin contrario al ordenamiento jurídico.*
- b) Fraude: Acto tendente a eludir una disposición legal de forma engañosa; uso inapropiado y perjudicial de los recursos y activos de una organización, contrario a la verdad y a la rectitud; uso o destino irregular de fondos o patrimonio públicos.*
- c) Irregularidades administrativas y comportamientos constitutivos de infracción administrativa o disciplinaria, en los que subyace una situación potencial de fraude o corrupción.*

d) Conductas y actividades reprochables por ser contrarias a la objetividad, a la imparcialidad, a la eficacia, a la probidad, a la integridad, a la ética pública y al buen gobierno, así como la realización de gastos superfluos e innecesarios de fondos de procedencia pública, impliquen o no una infracción directa del ordenamiento jurídico positivo.

En el presente caso, el relato incorporado a la denuncia junto con los demás elementos y documentos analizados no permite afirmar que los hechos denunciados sean susceptibles de ser constitutivos de fraude o corrupción por cuanto, en principio, se considera que para que exista fraude ó corrupción será necesario que se conjuguen los siguientes supuestos:

1. Que exista una actuación en la que un decisor público ejerza funciones públicas, administre o detente efectos presupuestarios, se posean, utilicen o dispongan bienes o derechos de titularidad de las administraciones, o afectos al interés o función pública.
2. Que la actuación no esté amparada por el Derecho de forma que no pueda ser justificada ni explicada de forma legal.
3. Que materialmente exista un resultado contrario al interés público que sea consecuencia de dicha actuación ilegal. Esto es, que se desvíe la acción pública de los intereses generales.
4. Que exista un designio, una consciencia y voluntariedad de estar infringiendo el derecho de forma que el sujeto es consciente de que su actuación tuerce los intereses generales.

Tras el estudio en detalle de la totalidad de la documentación aportada junto con la denuncia y de la documentación obtenida de fuentes abiertas, no se dispone de prueba o indicio del cumplimiento de los anteriores requisitos, y que fundamente la posible existencia de fraude o corrupción.

Tras el estudio en detalle de la totalidad de la documentación aportada junto con la denuncia y de la documentación obtenida de fuentes abiertas, no se dispone de prueba o indicio del cumplimiento de los anteriores requisitos, y que fundamente la posible existencia de fraude o corrupción.

No obstante lo anterior, esta Agencia considera que se han producido déficits en el adecuado cumplimiento del ordenamiento jurídico administrativo y sus principios generales reguladores de la actuación administrativa pública.

Un acto es inválido cuando está viciado alguno de sus elementos, si bien, según la importancia y trascendencia del vicio de que se trate, la invalidez podrá alcanzar el grado de nulidad, anulabilidad o tratarse de una irregularidad no invalidante.

Los supuestos legales de la nulidad de pleno derecho son, exclusivamente, los contemplados en el artículo 47.1 de la ley 39/2015.

El artículo 48 de la Ley 39/2015 define los actos anulables como aquellos que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder y refiere que el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados y que la realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.

Por lo tanto, no todas las irregularidades del acto administrativo lo hacen anulable. En este sentido, se consideran irregularidades no invalidantes a aquellos defectos formales que no desarticulen el acto administrativo.

Es decir, si la irregularidad no priva al acto de aquellos requisitos indispensables para que alcance su fin (ni produce indefensión al interesado) no permitirá promover la anulabilidad del mismo (apartado 2 del citado artículo 48).

Analizada la normativa aplicable y vista la documentación obrante en el expediente, se considera que las irregularidades o deficiencias de los procedimientos administrativos detectadas en las actuaciones de análisis e investigación del presente expediente deben calificarse como irregularidades no invalidantes, susceptibles de mejora.

1. En relación con la contratación del ingeniero municipal

Atendiendo al carácter de las funciones atribuidas, corresponde exclusivamente a los funcionarios de carrera al servicio de la Administración local el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales, tratándose de funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado a funcionarios de carrer

Por otra parte, la jurisprudencia del ámbito social viene manteniendo que se dan en estos supuestos las notas características de la relación laboral de ajenidad y dependencia, ya que, en este caso, la prestación de servicios como arquitectos e ingenieros municipales presenta rasgos que sólo son concebibles en el trabajo dependiente.

2. En cuanto al cobro de honorarios por facturación de otros servicios

Igualmente, el ingeniero municipal facturó a la entidad local, simultáneamente a la realización de servicios como empleado público y durante el periodo indicado, por la prestación de servicios profesionales.

Para algunos de los pagos realizados no se aporta el correspondiente **expediente o documento administrativo que sustente su contratación,**

únicamente los correspondientes mandamientos de pago y facturas, eludiendo con ello la aplicación de la normativa en materia de contratación.

En este sentido, significar que **los servicios facturados exigían la tramitación de un expediente de contratación en los términos de la vigente normativa contractual.**

Dado que no consta formalización contractual en el caso que nos ocupa, ni la existencia de encargo alguno previo de los servicios que determinase su objeto, tipología de prestación y condiciones, cabe inferir que nos encontramos ante una contratación verbal prohibida por el artículo 37 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. **La adjudicación de obras de forma verbal es causa de nulidad de pleno derecho.**

Al no existir documento alguno para contratar, se omitía la determinación del objeto del contrato, la fijación del precio y el informe sobre la necesidad, trámites todos estos preceptivos según la normativa, y sin emplear ninguna de las modalidades de adjudicación. Se prescindió con ello de los principios de publicidad y libre concurrencia que deben estar presentes en la contratación administrativa.

Por otra parte, el mismo se encontraba sujeto al **régimen de incompatibilidades** aplicable a los funcionarios públicos, lo que le impedía contratar servicios. Ha quedado de manifiesto que la relación que unía efectivamente al mismo con la Administración local era de **permanencia y estabilidad propia de un empleado público**, que debería haber sido considerado como puesto reservado a funcionario, y que, por ende, al citado profesional le resultaban de aplicación las normas legales del régimen de incompatibilidades vigentes, la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas (LI) y su reglamento.

3. Consecuencias de su incumplimiento

- Entre las primeras consecuencias derivadas de realizar una contratación al margen de cualquier procedimiento legal puede deducirse, en su caso, la exigencia de responsabilidad a los funcionarios públicos o autoridades que hubieran intervenido en la misma.

Analizando la normativa local directamente aplicable, el art 78 de la LRBRL determina la responsabilidad de los miembros de las Corporaciones locales por los actos y omisiones realizados en el ejercicio de su cargo.

En este sentido, el artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) establece la posible exigencia de responsabilidades administrativas, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados.

Y, por último, el artículo 36.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) establece: *“Asimismo, la Administración instruirá igual procedimiento a las autoridades y demás personal a su servicio por los daños y perjuicios causados en sus bienes o derechos cuando hubiera concurrido dolo, o culpa o negligencia graves”*.

El mero hecho de **vulnerar las reglas formales del procedimiento** de contratación ya puede constituir el delito de prevaricación del artículo 404 del Código penal.

- En cuanto a su calificación jurídica, un acto es inválido cuando está viciado alguno de sus elementos, si bien, según la importancia y trascendencia del vicio de que se trate, la invalidez podrá alcanzar el grado de nulidad, anulabilidad o tratarse de una irregularidad no invalidante.

El artículo 47.1.e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LRJAP), dispone que *“Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados”*.

Por ello, la LRJAP en su artículo 106 establece una verdadera acción de nulidad, consolidando el carácter imprescriptible de la misma, al regular la revisión de oficio:

“1. Las Administraciones Públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 47.1.”

Por ello, dado que la Administración está facultada para instruir procedimiento de exigencia de responsabilidad patrimonial, tras el procedimiento de revisión del acto nulo, podría ser exigida la misma.

En cuanto a las formalidades contractuales, los contratos temporales de obra o servicio deben ser formalizados por escrito (atendiendo a lo previsto por el artículo 8.1 y 6.1 del RD 2720/1998¹).

El incumplimiento de las exigencias de forma escrita podría tener consecuencias en el ámbito de una relación laboral contratada en fraude de ley, además de poder constituir una infracción administrativa laboral grave del empresario, sancionable administrativamente según el artículo 7.1 del RDL 5/2000, de 4 de agosto. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades

1 REAL DECRETO 2720/1998, de 18 de diciembre, por el que se desarrolla el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores en materia de contratos de duración determinada.

administrativas exigibles por el ayuntamiento a los empleados y cargos electos responsables de las mismas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - El artículo 16 de la Ley 11/2016, de 28 de noviembre establece que, finalizada la tramitación, el director o directora de la Agencia:

Deberá emitir un informe motivado sobre las conclusiones de las investigaciones, que deberá tramitar el órgano que corresponda en cada caso, el cual, posteriormente y en el plazo que se haya establecido en el informe, deberá informar al director o la directora de la Agencia sobre las medidas adoptadas o, en su caso, los motivos que le impiden actuar de acuerdo con las recomendaciones formuladas.

Finalizará el procedimiento, en su caso, con archivo de las actuaciones. El archivo será comunicado al denunciante o solicitante en escrito motivado.

Se iniciará un procedimiento sancionador de conformidad con lo dispuesto en esta ley.

Si en el curso de las actuaciones emprendidas por la Agencia se observan indicios de que se hayan cometido infracciones disciplinarias, el director o la directora de la Agencia lo deberá comunicar al órgano que en cada caso corresponda. Si hay indicios de que hayan tenido lugar conductas o hechos presumiblemente constitutivos de delito, se trasladará de forma inmediata al ministerio fiscal o a la autoridad judicial y, en caso de que se pueda derivar una posible responsabilidad contable, se trasladará a la jurisdicción del Tribunal de Cuentas.

La Agencia puede dirigir recomendaciones motivadas a las administraciones y a las entidades públicas en que se sugiera la modificación, la anulación o la incorporación de criterios con la finalidad de evitar las disfunciones o las prácticas administrativas susceptibles de mejora, en los supuestos y las áreas de riesgo de conductas irregulares detectadas.

Si la relevancia social o la importancia de los hechos que hayan motivado la actuación de la Agencia lo requieren, el director o la directora puede presentar a la comisión parlamentaria correspondiente, a iniciativa propia o por resolución de Les Corts, el informe o los informes extraordinarios que correspondan.

SEGUNDO. - El artículo 37.9 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de la Agencia de 27 de junio de 2019 (DOGV núm. 8582, de 2.07.2019) establece lo siguiente:

“Instruido el procedimiento, e inmediatamente antes de redactar la resolución que concluya el mismo, se pondrá en conocimiento de las entidades investigadas o personas afectadas el informe provisional de la investigación para que presenten sus observaciones en un plazo no inferior a diez días hábiles a partir de la recepción de la comunicación. Las administraciones, instituciones o personas jurídicas a quienes se les ofrezca el trámite de audiencia estarán obligadas a comunicar dicho trámite a los sujetos de su organización

que pudieran verse afectados”.

TERCERO. – El artículo 9.2 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público establece:

“En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

Por su parte los artículos 284 (ámbito del contrato de concesión de servicios) y 308.2 (contrato de servicios, contenido y límites) de la 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 establecen:

“La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares. En ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”.

“En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.

A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”.

CUARTO. – Los artículos 11 y 12 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas establece:

“Artículo 11.1 De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.º,3 de la presente Ley, el personal comprendido en su ámbito de aplicación no podrá ejercer, por sí o mediante sustitución, actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sean por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares que se relacionen directamente con las que desarrolle el Departamento, Organismo o Entidad donde estuviera destinado.

Se exceptúan de dicha prohibición las actividades particulares que, en ejercicio de un derecho legalmente reconocido, realicen para sí los directamente interesados.

2. El Gobierno, por Real Decreto, podrá determinar, con carácter general, las funciones, puestos o colectivos del sector público, incompatibles con determinadas profesiones o actividades privadas, que puedan comprometer la imparcialidad o independencia del personal de que se trate, impedir o menoscabar el estricto cumplimiento de sus deberes o perjudicar los intereses generales.

Artículo 12.1. En todo caso, el personal comprendido en el ámbito de aplicación de esta Ley no podrá ejercer las actividades siguientes:

El desempeño de actividades privadas, incluidas las de carácter profesional, sea por cuenta propia o bajo la dependencia o al servicio de Entidades o particulares, en los asuntos en que esté interviniendo, haya intervenido en los dos últimos años o tenga que intervenir por razón del puesto público.

Se incluyen en especial en esta incompatibilidad las actividades profesionales prestadas a personas a quienes se esté obligado a atender en el desempeño del puesto público.”

QUINTO. – El artículo 71 Prohibiciones de contratar de la 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, establece entre las prohibiciones de contratar el siguiente apartado:

“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 [...].”

En razón a todo lo expuesto

RESUELVO

PRIMERO.- Elevar a definitivas las conclusiones provisionales contenidas en el apartado cuarto del análisis de los hechos, dada la no presentación de alegaciones durante el trámite de audiencia por parte del Ayuntamiento de Bicorp, por los hechos y fundamentos descritos con anterioridad, finalizando la investigación.

SEGUNDO.- Formular las siguientes **RECOMENDACIONES**, que deberá atender y tramitar el Ayuntamiento de Bicorp:

Recomendación Primera. Se recomienda el inicio de la **revisión de oficio** de aquellas actuaciones que incurrieran en causa de nulidad de pleno derecho, reguladas en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, correspondientes a los actos administrativos aprobatorios de los distintos pagos realizados sin cobertura

contractual formalizada ni documentada, al margen de cualquier procedimiento legal de contratación. Debiendo acreditar en el expediente de revisión la adecuación al precio de mercado de las cantidades abonadas, y en su caso, proceder a la reclamación de las cantidades que correspondan.

Para ello se concede un plazo de **3 meses**, a partir de la recepción de la resolución que ponga fin a la investigación, para que se informe al director de esta Agencia sobre el inicio del procedimiento de revisión, adjuntando los correspondientes acuerdos del órgano competente.

Asimismo, se deberá informar por el citado Ayuntamiento de la finalización del citado procedimiento o procedimientos de revisión, adjuntando los correspondientes acuerdos del órgano competente, en el plazo de **1 mes** desde su finalización.

En todo caso, en el plazo de **7 meses** de iniciarse el procedimiento de revisión, deberá comunicarse a la Agencia la tramitación del expediente.

Recomendación Segunda. Proceder a implementar las medidas que correspondan en orden a asegurar el cumplimiento del procedimiento administrativo en materia de contratación pública en su integridad y el establecimiento de protocolos o trámites internos de gestión que permitan alcanzar el cumplimiento de los fines generales de la contratación pública, en particular:

- a) Incorporen a los expedientes de tramitación de contratos menores informes preceptivos.
- b) Incorporen a los expedientes de contratación, incluido en el contrato menor, documentos que permitan verificar y fiscalizar que los valores estimados de los contratos son ajustados a precios de mercado.

- **Recomendación Tercera.** Igualmente, se recomienda realizar una adecuada planificación de la contratación administrativa de manera anual para reducir al máximo la utilización de la figura del contrato menor y evitarla en todo caso para dar cobertura a necesidades permanente y de carácter recurrentes.

- **Recomendación Cuarta.** Que se dicten las instrucciones internas necesarias en aras a garantizar que toda actividad sujeta a potestades públicas no pueda prestarse por medios externos, como son las funciones propias de ingeniero municipal, que deben ser prestadas por personal funcionario. Así mismo que se recuerde a todo el personal funcionario el **régimen de incompatibilidades aplicable a los funcionarios públicos, así como las posibles situaciones de conflicto de interés.**

- **Recomendación Quinta.** Que se inicien los expedientes administrativos que procedan para depurar las responsabilidades que puedan exigirse en relación con la contratación verbal que, sin formalizar dicha prestación, sin embargo, el ingeniero continuaba facturando sus servicios, sin que haya sido remitido a esta Agencia documento administrativo que avale las facturaciones realizadas y cobradas, únicamente ha podido ser acreditada la presentación de factura para su cobro.

Para el cumplimiento de las recomendaciones Segunda a Quinta, se concede un plazo de **3 meses**, a contar desde la recepción de la presente resolución para informar de las medidas adoptadas a la Dirección de Análisis e Investigación de la Agencia de Prevención y Lucha contra el Fraude y la Corrupción de la Comunitat Valenciana.

TERCERO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 40 del Reglamento de la Agencia se solicita la remisión de un plan de implementación para dar cumplimiento a las recomendaciones formuladas en el que se detallen las acciones, los plazos y las personas responsables de cada una de las actuaciones que hay que llevar a cabo, o bien las razones que le impiden adoptar las medidas propuestas.

CUARTO.- Notificar la resolución que pone fin al procedimiento de investigación a la persona alertadora y a la entidad denunciada.

DOCUMENTO FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE

De conformidad con lo establecido en el art. 40.2 del Reglamento las resoluciones motivadas que pongan fin al procedimiento de investigación y los que tengan naturaleza de recomendación o de remisión de las actuaciones al órgano competente, no son susceptibles de recurso, puesto que no declaran de manera definitiva la existencia de responsabilidad, ni la vulneración del ordenamiento jurídico, ni deciden el fondo del asunto. Todo ello sin perjuicio del respeto al derecho de defensa y al derecho de acceso a la información de conformidad con lo dispuesto en la legislación vigente.