



GOVERN BALEAR
Conselleria d'Economia, Hisenda i Innovació
Junta Consultiva de Contractació Administrativa

INFORME 1/97, DE 19 DE NOVEMBRE DE 1997

CONTRACTE DE CONSULTORIA I ASSISTÈNCIA TÈCNICA. INCOMPATIBILITAT I PROHIBICIÓ DE CONTRACTAR CÒNJUGE DE FUNCIONARI PROCEDIMENT.

- a) Antecedents**
- b) Presupòsits d'admissibilitat**
- c) Consideracions jurídiques**
- d) Conclusions**

ANTECEDENTS:

El secretari general tècnic de la Conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral, remet un escrit a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB del tenor literal següent:

Us sol·licit l'emissió d'un informe de compatibilitat que fa referència als punts següents:

1r Si persisteix la prohibició per a contractar, de l'article 20 e) de la Llei 13/95, la Sra. M.G.G. en el cas que el funcionari interí (el seu espòs) tingui el reconeixement de compatibilitat per a l'exercici d'altres activitats públiques i/o privades.

2n Determinar si correspon a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formular la proposta de resolució en aquest cas de prohibició de contractar, o si aquesta l'ha de valorar automàticament l'òrgan de contractació.

Així mateix, us adjunt la còpia de l'informe jurídic d'aquesta Conselleria sobre la compatibilitat per a contractar un contracte de consultoria i assistència tècnica amb el cònjuge d'un funcionari.

De l'informe jurídic que s'adjunta a la sol·licitud es dedueixen els elements fàctics següents, necessaris per a l'evacuació del dictamen de la persona interessada:

A L'assistència tècnica per contractar consisteix en un diagnòstic i Pla d'acció ambiental a 6 destinacions turístiques, el destinatari i sol·licitant de la qual, dins de l'àmbit de l'òrgan de contractació (conseller), és la Direcció General d'Ordenació del Territori i Urbanisme.

B L'espòs de la que aspira a adjudicatària treballa com a funcionària interina en aquesta Direcció General d'Ordenació del Territori i Urbanisme.

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT:

1r La sol·licitud d'informe la fa el secretari general tècnic de la Conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral, que és la persona legitimada per fer-ho, d'acord amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer (BOCAIB núm. 24 de 25-02-1997), i l'article 15.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la CAIB (BOCAIB núm. 133 de 25-10-1997).

2n A la sol·licitud s'hi adjunta un informe jurídic sobre la qüestió que es planteja emès pels Serveis Jurídics d'aquella Conselleria, de manera que es compleix el que disposa l'apartat 3 de l'article 16 del Reglament esmentat.

3r Es compleixen, així, els requisits previs d'admissió per a l'emissió de l'informe que se sol·licita d'aquesta Junta amb l'excepció del que llavors es dirà en les consideracions jurídiques.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES:

Primera. La sol·licitud del secretari general tècnic planteja dues qüestions: d'una banda, si el cònjuge d'un funcionari es troba sotmès a la prohibició de contractar encara que tingui el reconeixement de compatibilitat per a l'exercici d'altres activitats públiques i/o privades. I d'altra, qui i com es determina aquesta prohibició.

A la primera qüestió, l'informe emès pels Serveis Jurídics d'aquella Conselleria no planteja cap dubte sobre quina es considera la solució correcta, per la qual cosa, d'acord amb el que preveu l'article 16.1 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta, no cal que aquesta emeti una solució en cap sentit.

En efecte, aquest informe diu, literalment, en l'apartat quart el següent:

...el fet que el funcionari interí, tingui o no la compatibilitat, és independent de la prohibició que recull l'article 20 de la Llei 13/95, ja que en aquesta, la prohibició recau en la persona física sotmesa als casos d'incompatibilitat de la Llei 53/84, és a dir, el funcionari interí i, per tant, afecta el seu cònjuge. Per la qual cosa, la prohibició és clara, sense que cessi pel fet d'obtenir el funcionari la compatibilitat.

A l'apartat sisè afegeix:

Atès això, s'ha de concloure de la manera següent:

1r Que en la Sra. M.G.G., concorre la prohibició per a contractar de l'article 20e) de la Llei 13/95, per la qual cosa no se li podrà adjudicar la consultoria i l'assistència tècnica per a fer un diagnòstic i un Pla d'acció ambiental a 6 destinacions turístiques.

2n Que el fet que el funcionari interí hagi sol·licitat o obtingut el reconeixement de compatibilitat no és rellevant als efectes del paràgraf anterior, i per tant, no guareix la prohibició en la qual la Sra. M.G.G. es troba sotmesa.

Queda clar el parer dels Serveis Jurídics de la Conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral sobre aquest tema i, en conseqüència, s'hauria d'haver actuat d'acord amb aquest. No obstant això, el fet d'haver-ne plantejat la qüestió el secretari general tècnic fa pensar que aquest òrgan administratiu sí que té qualque dubte, encara que aquest no s'hagi manifestat clarament, per la qual cosa la Junta, també sobre aquest tema, emetrà algunes consideracions generals.

SEGONA. La qüestió sobre si la prohibició de contractar que preveu la lletra e) de l'article 20 de la Llei de contractes de les administracions públiques ha de ser valorada de manera automàtica pels òrgans de contractació o, atesa la redacció de l'article 2.2 del Decret 20/97, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta, s'ha de formular la proposta de resolució de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, no pot ser resolta sinó de manera categòrica a favor de la interpretació de ser els òrgans de contractació els qui valoraran de manera automàtica aquesta prohibició de contractar, atès que l'article 21.1 de la LCAP quan diu que *les prohibicions de contractar que contenen les lletres b), e), f), i), j) i k), de l'article anterior es valoraran de manera automàtica pels òrgans de contractació...* en aquest punt és terminant, i aquesta disposició té el caràcter bàsic, d'acord amb la disposició final primera de la Llei esmentada, i perquè el Decret de creació d'aquesta Junta es limita a remetre's a la Llei en els *expedients per a declarar la prohibició de contractar que preveu la Llei...*; és a dir, només en els casos *que són previstos* per la Llei es farà la proposta de resolució de la Junta Consultiva; i d'entre aquests casos no hi ha el de la lletra e) de l'article 20.

TERCERA. Pel que fa a la persistència de la prohibició de contractar que recau sobre el cònjuge d'un funcionari encara que aquest obtingui la compatibilitat, sense perjudici del que abans s'ha dit sobre la inexistència del dubte en l'informe elaborat per part dels Serveis Jurídics de la Conselleria de Medi Ambient, Ordenació del Territori i Litoral i, per tant, de l'apreciació d'acord

amb el seu parer, aquesta Junta Consultiva vol exposar alguns criteris sobre el tema que no coincideixen plenament amb els que allà s'exposen.

Cert és que *l'Administració ha de comportar-se de manera que desapareixi qualsevol favoritisme en benefici d'algun contractista* (Sentència TS de 17 de febrer de 1992), però no és menys cert que les normes que limiten els drets han de ser interpretades de forma restrictiva i en els termes estrictes d'aquestes.

Quan la Llei de contractes de les administracions públiques diu a l'apartat e) de l'article 20, que tenen prohibició de contractar *les persones físiques o els administradors de les persones jurídiques quan es trobin sotmesos en alguns dels casos... de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques...*, es remet al que disposa la Llei 53/84 d'incompatibilitats, i, per tant, hem d'acudir a ella per a determinar l'abast d'aquesta prohibició.

No és ociós determinar en aquest moment que només ens trobem davant una possibilitat de les que preveu l'apartat e) de l'article 20 de la LCAP: la de la remissió a la Llei 53/84. Però en aquest mateix precepte hi ha remissions a altres lleis (electoral i d'incompatibilitats d'alts càrrecs) que no són objecte de tractament en aquest informe.

Una vegada que s'ha concretat l'àmbit en què ens movem, diu la Llei 53/84, d'incompatibilitats d'alts càrrecs, a l'article dotze, apartat 1, lletres c) i d), el següent:

En tot cas, el personal que comprèn l'àmbit d'aplicació d'aquesta Llei no podrà exercir les activitats següents:

c) L'execució, per ell mateix o per una altra persona, de càrrecs de tot tipus a empreses o societats concessionàries, contractistes d'obres, serveis o subministraments, llogateres o administradores de monopolis, o amb la participació o l'aval del sector públic, qualsevol sigui la configuració jurídica d'aquestes.

d) La participació superior al 10% en el capital d'empreses o societats a què fa referència el paràgraf anterior.

Tot això vol dir que, atès que no s'esdevenen aquests casos, el funcionari podria obtenir la compatibilitat d'acord amb l'article 14 de la mateixa Llei (òbviament si compleix la resta de requisits).

Si obté la compatibilitat, segons els criteris en què es concedeixi, no es trobaria sotmès en els casos de la Llei 53/84 a què fa referència l'article 20 de la LCAP i, per tant, podria contractar amb les administracions públiques **en els casos que no preveuen els apartats c) i d) de l'article 12 de la Llei 53**, d'entre els quals no hi ha precisament el contracte d'assistència tècnica que és el que ens ocupa en aquest cas.

Efectivament, si el legislador volgués que la prohibició arribés a tot tipus de contractes ho hauria indicat així amb alguna expressió genèrica. No obstant això, en la redacció de la disposició s'ha fet una enumeració: *...contractes d'obres, serveis o subministraments...* L'enumeració és exhaustiva i no merament enunciativa, i no hi trobem els contractes d'assistència tècnica.

Avala aquesta tesi, mentre no es modifiqui la redacció legal actual, el que disposa l'article 2.b) del Decret 1005/1974, de 4 d'abril, pel qual es regulen els contractes d'assistència que duguin a terme l'Administració de l'Estat i els organismes autònoms d'aquesta amb empreses consultores o de serveis, la vigència de la qual com a norma reglamentària l'estableix la disposició derogatòria única 1.d) de la LCAP, mentre no s'oposi al que estableix. Aquesta norma diu el següent:

Per dur a terme contractes d'assistència amb l'Estat i els organismes autònoms d'aquest, les empreses consultores o de serveis hauran de complir els requisits següents:

b) Tenir plena capacitat d'actuar i no estar sotmeses a les prohibicions que conté l'article 9 de la Llei de contractes de l'Estat. Per això s'exigirà que les persones físiques i els administradors de les persones jurídiques no estiguin sotmesos en els casos que preveu la Llei 25/1983, de 26 de

desembre, sobre incompatibilitats d'alts càrrecs, ni en els de la Llei 53/1984, de 26 de desembre, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques. En el cas que es tracti de personal subjecte a aquesta darrera Llei, s'haurà d'acreditar prèviament a l'adjudicació definitiva del contracte la concessió de la compatibilitat corresponent, així com la submissió a la normativa d'incompatibilitats vigent en el moment de la contractació.

Sembla que en la regulació d'aquests contractes d'assistència hi ha una actuació legislativa coordinada des del punt de vista tècnic i jurídic, ja que la Llei 53/84 no els esmenta a la seva enumeració de l'article 12.1.c), i el Decret 1005/74 permet que es duguin a terme amb personal al servei de les administracions públiques quan s'hagi obtingut prèviament la concessió de compatibilitat.

A aquesta conclusió hem d'arribar quan analitzem el Reial decret 1465/1985, de 17 de juliol, sobre contractació per a dur a terme treballs específics i concrets, que no són habituals, en l'Administració de l'Estat, els organismes autònoms d'aquesta i la Seguretat Social, vigent en els mateixos termes i amb el mateix abast que l'anterior, que a l'article 4rt punt 9 disposa:

Quan es tracti de personal subjecte a la Llei 53/1984, de 26 de desembre, s'haurà d'acreditar, prèviament a l'adjudicació definitiva del contracte, la concessió de la compatibilitat corresponent, així com la submissió a la normativa d'incompatibilitats vigent en el moment de la contractació.

Pel que s'argumenta, el criteri que la prohibició de contractar, que conté l'apartat e) de l'article 20 de la LCAP, que fa referència al personal afectat per la Llei 53/84, d'incompatibilitats del personal al servei de les administracions públiques, no s'estén de cap manera a tots els tipus de contractes ni a tot el personal al servei de les administracions públiques, sinó que, com a mínim, als contractes d'assistència tècnica i de treballs específics i concrets, no habituals, aquesta prohibició pot ser suprimida mitjançant l'obtenció oportuna de compatibilitat. Ens resten per dur a terme dos aspectes més del tema: el primer, fa referència a l'abast de la prohibició al cònjuge, persones vinculades amb idèntica relació de convivència afectiva i descendents la representació de la qual tingui el funcionari. I l'altre, la relació que pogués existir entre l'objecte del contracte d'assistència tècnica i el contingut de la funció del lloc públic que exerceix el funcionari.

El paràgraf segon de l'apartat e) de l'article 20 de la LCAP, diu que:

La prohibició arriba igualment als cònjuges, persones vinculades amb idèntica relació de convivència afectiva i els descendents de les persones a qui fa referència el paràgraf anterior, sempre que, respecte dels darrers, aquestes persones tinguin representació legal.

No mereix cap comentari aquest aspecte en utilitzar la Llei l'expressió que la prohibició arribi igualment, el que vol dir que afecta en els mateixos termes que al mateix funcionari, i, en conseqüència, si la prohibició se suprimeix en alguns casos, en aquests mateixos casos també se suprimirà per al cònjuge.

No obstant això la possible relació o la trobada que es pogués produir entre l'objecte del contracte i el que conté el lloc del funcionari, com és el cas del cas plantejat en què l'esposa contractista hauria de fer una prestació en el contingut o desenvolupament del qual el funcionari possiblement hagués d'intervenir per raó del lloc públic, pel fet que treballa a la mateixa direcció general destinatària del treball que es contracta, llavors si que hi podria haver una causa d'incompatibilitat o prohibició de contractar, ja que el mateix article 12 de la Llei 53/84, d'incompatibilitats, a l'apartat 1.a) diu que:

1. *El personal que comprèn l'àmbit d'aplicació de la Llei no podrà exercir les activitats següents:*
 - a. *L'execució d'activitats privades, incloses les de caràcter professional, ja sigui pel seu compte o sota la dependència o al servei d'entitats o particulars, en els assumptes en què hi intervingui, hi hagi intervingut en els darrers anys o hi hagi d'intervenir per motius del lloc públic.*

S'inclouen especialment en aquesta incompatibilitat les activitats professionals prestades a persones a qui s'obligui a atendre l'execució del lloc públic.

I, les normes ja analitzades dels decrets 1005/74 i 1465/85, postil·len que, a més d'obtenir prèviament la compatibilitat, ha sotmetre's a la normativa d'incompatibilitats vigent al moment de la contractació, i hi figura entre aquesta normativa l'esmentada de l'article 12.1.a) de la Llei 53/84, per la qual cosa correspon a l'òrgan de contractació analitzar en cada cas concret si es produeix la causa de prohibició de l'apartat e) de l'article 20 de la LCAP.

CONCLUSIONS:

1r La prohibició per a contractar de l'article 20, apartat e) de la LCAP, en els punts en què l'adjudicatari sigui el cònjuge d'un funcionari de l'Administració que contracta no opera de manera absoluta en els contractes de consultoria i assistència tècnica, ni en els de treballs específics i concrets no habituals de l'Administració, si prèviament el funcionari ha obtingut la concessió de compatibilitat.

2n L'òrgan de contractació haurà de valorar en cada cas si es produeix o no la submissió a la normativa d'incompatibilitats que determini si opera o no la prohibició de contractar.

3r L'avaluació d'aquesta prohibició de contractar correspon de manera automàtica a l'òrgan de contractació.