

INFORME 1/97, DE 19 DE NOVIEMBRE DE 1997

CONTRATO DE CONSULTORÍA Y ASISTENCIA TÉCNICA. INCOMPATIBILIDAD Y PROHIBICIÓN DE CONTRATAR A CÓNYUGE DE FUNCIONARIO PROCEDIMIENTO.

ANTECEDENTES:

Por el Secretario General Técnico de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Litoral, se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB del tenor literal siguiente:

“Por la presente solicito emita informe de compatibilidad por esa Junta referente a los siguientes puntos:

1.- Si persiste la prohibición para contratar del art. 20 e) de la Ley 13/95 en Dña M. G. G. en el caso de que el funcionario interino (su marido) obtenga el reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de otras actividades públicas y/o privadas.

2.- Determinar si corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formular propuesta de resolución en el presente supuesto de prohibición de contratar, o si esta deber apreciarse automáticamente por el órgano de contratación.

Al mismo tiempo, le adjunto copia de nuestro informe jurídico sobre la compatibilidad para contratar un contrato de consultoría y asistencia técnica con el cónyuge de un funcionario.”

Del informe jurídico adjuntado a la solicitud se deducen los siguientes elementos fácticos necesarios para la evacuación del dictamen interesado:

- a) La asistencia técnica a contratar consiste en un “Diagnóstico y Plan de Acción Ambiental en 6 destinos turísticos” cuyo destinatario y solicitante dentro del ámbito del órgano de contratación (Conseller) es la Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo.
- b) El marido de la aspirante a adjudicataria presta sus servicios como funcionario interino en dicha Dirección General de Ordenación del Territorio y Urbanismo.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD :

1º) La solicitud de informe viene efectuada por el Secretario General Técnico de la Consejería de Medio Ambiente, Ordenación del Territorio y Litoral, siendo persona legitimada para ello conforme al art. 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero (BOCAIB nº 24 de 25-2-1997), y art. 15.1 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CAIB (BOCAIB nº 133 de 25-10-1997).

2º) A la solicitud se acompaña un Informe Jurídico sobre la cuestión planteada emitido por el Servicio Jurídico de la Consejería, cumpliendo lo preceptuado en el apartado 3 del art. 16 del Reglamento citado.

3º) Se cumplen, pues, los requisitos previos de admisión para la emisión del informe solicitado a esta Junta con la salvedad que en las consideraciones jurídicas luego se dirá.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS:

PRIMERA.- Dos son las cuestiones planteadas por la solicitud del Secretario General Técnico: De una parte, si el cónyuge de un funcionario se encuentra incurso en prohibición de contratar aun habiendo obtenido éste el reconocimiento de compatibilidad para el ejercicio de otras actividades públicas y/o privadas. Y de otra parte, quién y cómo se determina tal prohibición.

En la primera cuestión el informe emitido por los Servicios Jurídicos de la propia Consejería no plantea duda alguna sobre cual se considera que sea la solución, por lo que, a tenor de lo prevenido en el art. 16.1 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Junta, no procede que ésta se pronuncie en sentido alguno.

En efecto, dice literalmente el informe susodicho en su apartado cuarto lo siguiente:

“... el hecho de que el funcionario interino, obtenga o no la compatibilidad, es independiente de la prohibición recogida en el artículo 20 de la Ley 13/95, puesto que en ésta, la prohibición recae en la persona física incurso en los supuestos de incompatibilidad de la Ley 53/84, o sea, el funcionario interino, y alcanza a su cónyuge. Por lo que la prohibición es clara, sin que cese por el hecho de obtener el funcionario la compatibilidad.”

Y en su apartado sexto añade :

“Por todo lo expuesto, se debe concluir:

1.- Que en Dña. M. G. G., concurre la prohibición para contratar del artículo 20 e) de la Ley 13/95, por lo que no podrá adjudicársele la Consultoría y Asistencia Técnica para realizar un Diagnóstico y Plan de Acción Ambiental en 6 destinos turísticos.

2.- Que el hecho de que el funcionario interino haya solicitado u obtenido el reconocimiento de compatibilidad no es relevante a los efectos del párrafo anterior, y por lo tanto, no sana la prohibición en que Dña. M. G. G. se halla incurso.”

Queda, claro el parecer de los Servicios Jurídicos de la Consejería en este tema y, en consecuencia, se debería haber actuado de conformidad al mismo. No obstante el mero hecho de haber planteado la cuestión por el Secretario General Técnico induce a pensar que en tal órgano administrativo si se alberga la duda aunque ésta no se haya puesto claramente de manifiesto, por lo que la Junta, también sobre este particular , emitirá algunas consideraciones generales.

SEGUNDA.- La cuestión de si la prohibición de contratar contemplada en la letra e) del art. 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de ser apreciada de forma automática por los órganos de contratación o, vista la redacción del art. 2.2 del Decreto 20/97, de 7 de febrero de creación de la Junta, se ha de formular propuesta de resolución por la Junta Consultiva, no puede ser resuelta sino de forma categórica a favor de la interpretación de ser los órganos de contratación los que apreciarán de forma automática tal prohibición de contratar, dado que el artículo 21.1. de la LCAP cuando dice que “las prohibiciones de contratar contenidas en las letras b), e), f), i), j) y k), del artículo anterior se apreciarán de forma automática por los órganos de contratación...” es terminante en este punto, teniendo tal precepto el carácter básico a tenor de la Disposición Final Primera de dicha Ley, y porque el Decreto de creación de la Junta se limita a remitirse a la Ley en los “expedientes para declarar la prohibición de contratar previstos en la Ley.....”, es decir, sólo en los casos “previstos” por la Ley se realizará la propuesta de resolución por la Junta Consultiva; y entre los casos previstos no se encuentra el de la letra e) del art. 20.

TERCERA.- En cuanto a la persistencia de la prohibición de contratar que recae sobre el cónyuge de un funcionario aunque éste obtenga la compatibilidad, sin perjuicio de lo ya antes dicho acerca de la inexistencia de duda en el informe elaborado por parte de los Servicios Jurídicos de la Consejería de Medio Ambiente y, por tanto, de su apreciación

conforme a su propio parecer, ésta Junta Consultiva quiere exponer algunos criterios sobre el tema que no son plenamente coincidentes con los allí expuestos.

Cierto es que “la Administración debe comportarse de tal modo que desaparezca cualquier sombra de favoritismo en beneficio de cierto contratista” (Sentencia T.S. de 17 de febrero 1992), pero no es menos cierto que las normas limitativas de derechos han de ser interpretados de forma restrictiva y en sus estrictos términos.

Cuando la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dice en el apartado e) de su art. 20, que tienen prohibición de contratar “las personas físicas o los administradores de las personas jurídicas cuando estén incurso en algunos de los supuestos..... de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas....”, se está remitiendo a lo dispuesto en esa Ley 53/84 de incompatibilidades, y a ella hay que acudir para determinar el alcance de tal prohibición.

No es ocioso precisar en este momento que sólo estamos ante una posibilidad de las contempladas en este apartado e) del art. 20 de la LCAP: La de la remisión a la Ley 53/84. Pero que en el mismo precepto existen otras remisiones a otras leyes (Electoral y de Incompatibilidades del Altos Cargos) que no son objeto de tratamiento en este informe.

Concretado el ámbito en que nos movemos, dice la Ley 53/84, de Incompatibilidades, en su artículo doce, apartado 1, letras c) y d) lo siguiente:

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

- c) El desempeño, por si o persona interpuesta, de cargos de todo orden en Empresas o Sociedades concesionarias, contratistas de obras, servicios o suministros, arrendatarias o administradoras de monopolios, o con participación o aval del sector público, cualquiera que sea la configuración jurídica de aquéllas.
- d) La participación superior al 10 por 100 en el capital de las Empresas o Sociedades a que se refiere el párrafo anterior.”

Quiere ello decir, que no dándose estos supuestos el funcionario podría obtener la compatibilidad a tenor del art. catorce de la propia Ley (obviamente cumpliendo con todos los demás requisitos).

Si se obtiene la compatibilidad, en los términos en que se conceda, no se estaría “incurso” en los supuestos de la Ley 53/84 a que se refiere el art. 20.e) de la L.C.A.P., y

por tanto se podría contratar con las Administraciones Públicas **en aquellos casos no contemplados en los apartados c) y d) del art. 12** de la Ley 53, entre los que no están precisamente el contrato de Asistencia Técnica que es el que nos ocupa en este caso.

Efectivamente, si el legislador hubiera querido que la prohibición hubiera alcanzado a todo tipo de contratos lo habría así indicado con alguna expresión genérica. Sin embargo en la redacción del precepto ha procedido a una enumeración : “... contratos de obras, servicios o suministros...” Enumeración que es exhaustiva y no meramente enunciativa, no encontrándose en ella los contratos de Asistencia Técnica.

Avala esta tesis, en tanto no se modifique el actual redactado legal, lo dispuesto en el art. 2.b) del Decreto 1005/1974, de 4 de abril, por el que se regulan los Contratos de Asistencia que celebren la Administración del Estado y su Organismos Autónomos con Empresas Consultoras o de Servicios, cuya vigencia como norma reglamentaria establece la Disposición Derogatoria Única 1.d) de la L.C.A.P., en cuanto no se oponga a lo establecido en ella. Dice tal norma lo siguiente:

“Para celebrar contratos de asistencia con el Estado y sus organismos autónomos, las empresas consultoras o de servicios deberán reunir los siguientes requisitos:

b) Tener plena capacidad de obrar y no estar incurso en las prohibiciones que contiene el artículo 9º de la Ley de Contratos del Estado. A tales efectos se exigirá que las personas físicas y los administradores de las personas jurídicas no estén incurso en los supuestos previstos en la Ley 25/1983, de 26 de diciembre, sobre incompatibilidades de Altos Cargos, ni en los de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas. **Cuando se trate de personal sujeto a esta última Ley, deberá acreditarse previamente a la adjudicación definitiva del contrato la concesión de la correspondiente compatibilidad, así como su sometimiento a la normativa de incompatibilidades vigente en el momento de la contratación.** “

Parece que en la regulación de estos contratos de asistencia ha existido una coordinada actuación legislativa desde el punto de vista técnico-jurídico pues la Ley 53/84 no los menciona en su “enumeración” del art. 12.1.c, y el Decreto 1005/74 permite su celebración con personal al servicio de las Administraciones Públicas cuando se haya obtenido previamente la concesión de compatibilidad.

A idéntica conclusión hemos de llegar cuando se analiza el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, sobre Contratación para la Realización de Trabajos Específicos y Concretos, no habituales, en la Administración del Estado, sus

Organismos Autónomos y la Seguridad Social, vigente en los mismos términos y con el mismo alcance que el anterior, que en su artículo 4º. Punto 9º dispone:

“Cuando se trate de personal sujeto a la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, deberá acreditarse previamente a la adjudicación definitiva del contrato la concesión de la correspondiente compatibilidad, así como su sometimiento a la normativa de incompatibilidades vigente en el momento de la contratación.”

Sentado, por lo argumentado, el criterio de que la prohibición de contratar contenida en el apartado e) del art. 20 de la L.C.A.P., en lo que se refiere al personal afectado por la Ley 53/84 de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas, no se extiende de un modo absoluto a todos los tipos de contratos ni a todo el personal al servicio de las Administraciones Públicas, sino que, al menos, en los contratos de Asistencia Técnica y de Trabajos específicos y concretos, no habituales, tal prohibición puede ser levantada mediante la oportuna obtención de compatibilidad, quedan por traer a colación otros dos aspectos del tema: Uno, referido al alcance de la prohibición al cónyuge, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes cuya representación ostente el funcionario. Y otro, la relación que pudiera existir entre el objeto del contrato de asistencia técnica y el contenido de la función del puesto público desempeñado por el funcionario.

El párrafo segundo del apartado e) del art. 20 de la L.C.A.P. dispone que :

“La prohibición alcanza igualmente a los cónyuges, personas vinculadas con análoga relación de convivencia afectiva y descendientes de las personas a que se refiere el párrafo anterior, siempre que, respecto de los últimos, dichas personas ostenten su representación legal.”

Poco comentario merece este aspecto al utilizar la Ley la expresión de que la prohibición “alcanza igualmente”, lo que quiere decir que afecta en los mismos términos que al propio funcionario, y, en consecuencia, si la prohibición queda levantada en ciertos casos, en los mismos casos quedará levantada para el cónyuge.

Sin embargo en la posible relación o encuentro que pudiera producirse entre el objeto del contrato y el contenido del puesto del funcionario, como es el caso del supuesto planteado en que la esposa contratista habría de realizar un prestación en cuyo contenido o desarrollo el funcionario posiblemente tuviera que intervenir por razón de su puesto público, dado que presta sus servicios en la misma Dirección General destinataria del trabajo contratado, entonces si que podría darse una causa de incompatibilidad o prohibición de contratar, pues el propio artículo doce de la Ley 53/84, de incompatibilidades, en su apartado 1. a) dice que :

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

a) 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.”

Y las normas ya analizadas de los Decretos 1005/74 y 1465/85, apostillan que, además de obtener previamente la compatibilidad, hay que someterse “a la normativa de incompatibilidades vigente en el momento de la contratación”, figurando entre esta normativa la indicada del art. 12.1.a) de la Ley 53/84, por lo que corresponde al órgano de contratación analizar en cada caso concreto si se produce la causa de prohibición del apartado e) del art. 20 de la L.C.A.P.

CONCLUSIONES

1.- La prohibición para contratar del artículo 20, apartado e) de la L.C.A.P. en los casos en que el adjudicatario sea cónyuge de un funcionario de la Administración contratante no opera de forma absoluta en los contratos de Consultoría y Asistencia Técnica, ni en los de Trabajos Específicos y Concretos no habituales de la Administración, si previamente el funcionario ha obtenido concesión de compatibilidad.

2.- Por el Órgano de Contratación deberá apreciarse en cada caso si se produce o no el sometimiento a la normativa de incompatibilidades que determine si opera o no la prohibición de contratar.

3.- La apreciación de esta prohibición de contratar corresponde de forma automática al Órgano de Contratación.