



Informe 44/13, de 27 de junio de 2014, “Apreciación de prohibición de contratar de un Diputado miembro de la Junta General del Principado de Asturias”

Clasificación de informes: 6. Prohibiciones para contratar. 6.2 Incompatibilidades.

ANTECEDENTES

D^a. E. D. G., Consejera de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias solicita Informe a esta Junta Consultiva en los siguientes términos:

“Al amparo de lo previsto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, de régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en relación con el 1 y con el 2.1 del mismo cuerpo normativo, se solicita de esa Junta Consultiva emita informe en relación con los siguientes extremos:

La cuestión que motiva el escrito de consulta es la adecuada interpretación que haya de darse a la remisión que el artículo 60.1.f) del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobada por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, realiza respecto de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (en adelante LOREG), en los términos establecidos en la misma como causa de prohibición para contratar, causa de prohibición que, por mandato del artículo 61.1 de la Ley contractual, debe ser apreciada directamente por el órgano de contratación, cualidad que, en el Principado de Asturias, por así disponerlo el artículo 37.1 de la Ley del Principado de Asturias 2/1995, de 13 de marzo, recae en los titulares de las Consejerías. Más concretamente, se trata de conocer el parecer de ese órgano consultivo acerca de la concurrencia o no de causa de prohibición para contratar con la Administración del Principado de Asturias en quien es, en el momento de apreciar la capacidad y solvencia de las empresas por el órgano de contratación, Diputado miembro de la Junta General del Principado de Asturias.

De acuerdo con el artículo 1, apartado 2, de la citada Ley Orgánica, puesto en relación con su Disposición adicional primera, lo dispuesto en la misma se entiende sin perjuicio del ejercicio de las competencias reconocidas, dentro del respeto a la Constitución y a la ley orgánica, a las comunidades autónomas por sus respectivos estatutos en relación con las elecciones a las respectivas asambleas legislativas. Y en aplicación de las competencias que la Constitución reserva al Estado se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, los siguientes artículos del Título I de esta ley Orgánica: 1 al 42; 44; 44 bis; 45; 46.1, 2, 4, 5, 6, y 8; 47.4; 49; 50.1, 2 y 3; 51.2 y 3; 52; 53; 54; 58; 59; 60, 61; 62; 63; 65; 66; 68; 69; 70.1 y 3; 72; 73; 74; 75; 85; 86.1; 87.2; 90; 91; 92; 93; 94; 95.3; 96; 103.2; 108.2 y 8; 109 a 119; 125 a 130; 131.2; 132; 135 a 152.

En el Principado de Asturias, el régimen de elecciones a la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma se regula por Ley del Principado de Asturias 14/1986, de 26 de diciembre; más concretamente en lo que hace al objeto de esta consulta, en su Título I “Derecho de sufragio” cuyo artículo 6 enumera las causas de incompatibilidad que afectan a los diputados del parlamento autonómico. Entre las causas de incompatibilidad que recoge la ley electoral asturiana no se encuentra referencia alguna a la posible incompatibilidad o prohibición para ser contratista o fiador de obras, servicios, suministros y, en general, de cualesquiera contratos que se paguen con fondos de organismos o empresas del sector público estatal, autonómico o local o el desempeño de puesto o cargos que lleven anejas funciones de dirección, representación, asesoramiento o prestación de servicios en compañías o empresas que se dediquen a dichas actividades, incompatibilidad que textualmente recoge el artículo 159.2.b) de la LOREG para los Diputados y Senadores de las Cortes Generales, y el artículo 178.2. d) para los concejales electos respecto a contratos cuya financiación, total o parcial, corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes, lo que inicialmente nos llevaría a concluir, tomando exclusivamente la literalidad del precepto, que los diputados de la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma no estarían incurso en prohibición de contratar con la Administración de la misma Comunidad Autónoma.

No obstante, la Disposición Final única de la Ley electoral del Principado de Asturias, ya citada, señala que para lo no previsto en la misma serán de aplicación con carácter general las normas vigentes en la legislación sobre Régimen Electoral General, y especialmente las previstas para las elecciones de Diputados a Cortes Generales, con las adaptaciones derivadas del carácter y ámbito de la consulta electoral, entendiéndose las referencias a Organismos estatales a los que correspondan de la Administración del Principado, lo que nos lleva a cuestionarnos la posible aplicación supletoria del citado artículo 159.2 de la LOREG en el caso planteado.



En primer lugar por cuanto, si bien el artículo 159 de la LOREG no se encuentra entre los que se aplican también a las elecciones a Asambleas Legislativas de Comunidades Autónomas convocadas por éstas, según el número 1 de la disposición adicional primera de la LOREG, no es menos cierto que el número 4 de la misma disposición adicional primera establece que el contenido de los Títulos II, III, IV y V de la LOREG, que comprenden (títulos II y IV) las causas de incompatibilidad que afectan a diputados y senadores y concejales, respectivamente, no pueden ser modificados o sustituidos por la legislación de las Comunidades Autónomas, lo que nos conduciría, en una interpretación coherente de la citada disposición adicional, a considerar la posible aplicación supletoria de la LOREG, por no estar previstas en la legislación asturiana otras causas de incompatibilidad que las que traen su causa en ser miembro electo de Asamblea Legislativa o Presidente o Director de alguno de los entes que enumera.

En segundo lugar porque, según reiterada doctrina de nuestra Jurisprudencia, recogida en dictámenes de diversos órganos consultivos de contratación administrativa, el fundamento de esta prohibición de contratar se encuentra etc el principio de imparcialidad del artículo 103.3 CE.

Como cita la junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su Informe 5/2013, de 10 de abril, “el Tribunal Supremo ha afirmado con énfasis que el fundamento del régimen de incompatibilidades en el ámbito de la contratación es preservar “la moralidad administrativa”. , la STS de 6 de noviembre de 1989, declaró que “la prohibición de que se trata tiene por objeto no sólo dotar de claridad a la actuación administrativa, sino evitar en modo absoluto toda sospecha sobre la rectitud y moralidad en la actuación de todas las personas que intervienen en la vida pública”. Es decir, en puridad no nos encontramos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar, fundada en razones de moralidad pública que, a su vez, se asienta sobre los principios de objetividad e imparcialidad que presiden el ejercicio de todo cargo público. Pues, como pone de manifiesto la STS de 31 de Mayo de 2004, en toda relación contractual se dan situaciones de intereses contrapuestos, propios de los contratos bilaterales, en las que no es posible actuar con la objetividad e imparcialidad que la ley requiere, si quien ejerce el cargo de concejal ostenta, a la vez, la condición de contratista en una relación contractual con la corporación local a la que pertenece.”

A la vista de lo anterior, se solicita de ese órgano consultivo informe sobre la procedencia o no de aplicar supletoriamente, en el ámbito del Principado de Asturias, lo previsto en el artículo 159.2 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General en orden a apreciar la concurrencia o no de causa de prohibición para contratar con la Administración del Principado de Asturias en quien es, en el momento de apreciar la capacidad y solvencia de las empresas por el órgano de contratación, Diputado miembro de la Junta General del Principado de Asturias.

No obstante, ese órgano consultivo dará al asunto el tratamiento que considere más acertado”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. La Consejera de Bienestar Social y Vivienda del Principado de Asturias, solicita informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si tener la condición de Diputado Autonómico supone incurrir en causa de prohibición de contratar del artículo 60.1.f) del TRLCSP, así como, si a efectos de ésta, debe de considerarse conforme a Derecho la aplicación supletoria de la LOREG a los cargos electos de dicho Principado.

2. Para responder la cuestión planteada, hay que señalar que según el artículo 60.1.f) del TRLCSP, incurrirán en prohibición de contratar, aquellas personas incursas en alguno de los supuestos de la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, 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”. El hecho de ser Diputado Autonómico, implica quedar dentro del ámbito subjetivo del artículo 60.1.f) del TRLCSP, y por lo tanto, en causa de prohibición de contratar.

3. No obstante lo anterior, convendría, de manera sucinta incidir en la necesidad de diferenciar entre dos conceptos que pueden estar ligados: la prohibición de contratar y la incompatibilidad. Es criterio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, el de considerar que la diferencia entre una y otra viene determinada por un criterio objetivo, subjetivo y contractual. A saber, se considera que toda incompatibilidad que quede comprendida dentro del artículo 60.1.f) y g) del TRLCSP es causa de prohibición de contratar, pero no toda prohibición de contratar tiene su origen en causa de incompatibilidad.



En efecto, se debe entender que la incompatibilidad como prohibición de contratar deviene del cargo, entendiéndose por éste, a estos efectos, el nombramiento de la persona que ostenta el mismo conforme a Derecho. Por el contrario, la causa de prohibición distinta de la de que tiene su origen en incompatibilidad puede serlo por circunstancias subjetivas o no de quien incurre en la misma. Es decir, del artículo 60 del TRLCSP, se infiere que la prohibición de contratar puede tener su origen, bien la condición personal -criterio subjetivo- como lo son en las causas de incompatibilidad y de prohibición del artículo 60.1.f) y g); bien en la conducta del sujeto -criterio objetivo- como son las causas de prohibición previstas en los artículos 60.1.a), b) c), d) y e); o bien en las causas contractuales del artículo 60.2.

4. Esto es, quien quede comprendido en los ámbitos de aplicación de los artículos 60.1. f) y g), incurrirá per se, en causa subjetiva de prohibición de contratar, no teniendo aptitud para contratar, con independencia de su conducta o de las circunstancias del contrato. No puede contratar desde el instante mismo en que adquiera la condición de Diputado, Senador, o cualesquiera otra condición de las previstas en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado, en la 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. Esto es, incurren en prohibición por causa subjetiva de contratar, careciendo de aptitud para contratar desde el nombramiento, de ahí que pueda ser calificada como causa “originaria” de prohibición de contratar, pero limitada temporalmente a la duración del cargo correspondiente.

Por el contrario, quien no adquiera ni ostente la cualidad de cargo de los comprendidos en las disposiciones legislativas del párrafo anterior, tiene aptitud inicial para contratar, a diferencia de aquéllos. De ahí, que si incurren en prohibición de contratar, ésta será “sobrevvenida” y, por tanto, de las de carácter objetivo y/o contractual, y derivada de una conducta delictiva o infractora del sujeto.

5. A todo lo anterior, conviene añadir que aras del principio de transparencia y objetividad que se exige a la contratación pública, el hecho de ser cargo electo y contratista podría lesionar, o al menos, suponer un riesgo a la necesidad de alcanzar aquellos principios. A esta idea contribuye la Sentencia del TS de 31 de Mayo del 2004, cuando concluye el Alto Tribunal que “se establece la prohibición para evitar que exista, en realidad o en apariencia, un aprovechamiento del cargo para obtener la adjudicación del contrato. En puridad de principios, no estamos ante una incompatibilidad sino ante una prohibición para contratar fundada en razones de "moralidad pública" para dar solución a los posibles conflictos de intereses” entre los públicos que representa, en este caso, la Junta General del Principado de Asturias y los privados y propios del Diputado.

6. Respecto a la aplicación supletoria de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, (LOREG) en el ámbito del Principado de Asturias, de lo previsto en el artículo 159.2 en orden a apreciar la concurrencia o no de causa de prohibición para contratar con la Administración del Principado de Asturias de quien tiene la condición de Diputado Autonómico, debemos de estar al ámbito de aplicación del TRLCSP, según el cual, y en ausencia de disposición expresa en la LOREG respecto a la aplicación supletoria de sus disposiciones, quedan comprendidas dentro del ámbito subjetivo, las Comunidades Autónomas. De suerte, que nada impide la aplicación, a los efectos de la prohibición de contratar, del artículo 159.2 de la LOREG.

CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que el Diputado miembro de la Junta General del Principado de Asturias, incurre en causa de prohibición de contratar prevista en el artículo 60.1.f) del TRLCSP, careciendo de aptitud para contratar desde la fecha de su nombramiento, al ser la misma consustancial, inseparable a su condición de electo. A ello, hay que añadir, que nada impide la aplicación supletoria de la LOREG, a los efectos de la prohibición de contratar del artículo 60.1.f), en el ámbito del Principado de Asturias.