

Dictamen 77/99 (Ref. AEH-Patrimonio). Procedimiento negociado para la celebración de contratos declarados secretos, reservados, cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado. Competencia para declarar que concurre este último supuesto.

El artículo 141.f) de la LCAP establece, en relación con el contrato de obras y como supuesto en el que puede utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad previa, el de los contratos «declarados secretos o reservados o cuando su ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales conforme a la legislación vigente o cuando lo exija la protección de los intereses esenciales de la Seguridad del Estado. En este último supuesto –añade el precepto que se cita–, en la Administración General del Estado, sus Organismos Autónomos, Entidades gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social y demás entidades públicas estatales se requerirá declaración expresa de que concurre tal requisito, correspondiendo realizarla al titular del Departamento ministerial respectivo, sin que a estos efectos dicha competencia pueda ser delegada».

A juicio de esta Dirección, y por las razones que seguidamente se expondrán, la expresión «titular del Departamento ministerial respectivo» que utiliza el inciso final del precepto que acaba de transcribirse no puede entenderse referida siempre y en todo caso al Ministerio del que dependa el órgano de contratación en términos tales que, en el supuesto de disociación entre el órgano destinatario de la prestación objeto del contrato y el órgano de contratación –por pertenecer uno y otro órgano a distintos Departamentos ministeriales–, la declaración a que se refiere el artículo 141.f) de la LCAP corresponda efectuarla al titular del Departamento ministerial del que depende el órgano de contratación y no al titular del Departamento ministerial destinatario (o del que depende el órgano destinatario) de la prestación objeto del contrato.

Dado el carácter instrumental que tiene la facultad de contratación respecto de las competencias sustantivas o por razón de la materia, la LCAP parte, a los efectos del ejercicio de dicha facultad, de la estructuración de la Administración General del Estado en Ministerios, impuesta por el principio de racionalización del trabajo y a la que se refiere actualmente el artículo 8.1, párrafo primero, de la LOFAGE («La Administración General del Estado se organiza en Ministerios, comprendiendo cada uno de ellos uno o varios sectores funcionalmente homogéneos de la actividad administrativa»). Esta división de la actividad administrativa en sectores funcionalmente homogéneos y, derivada de ella, la propia organización de la Administración del Estado en Departamentos ministeriales determinan que el artículo 12.1 de la LCAP atribuya la condición de órganos de contratación de la Administración del Estado a ciertos órganos de cada Departamento ministerial (Ministro y Secretario o Secretarios de Estado), facultándolos «para celebrar en su nombre (se refiere a la Administración General del Estado) los contratos, en el ámbito de su competencia», según dispone dicho precepto. La LCAP vincula, pues, la facultad de contratación a la competencia «ratione materiae», respecto de la cual esa facultad es, como se ha dicho, instrumental: residenciadas las distintas competencias «ratione materiae» que ostenta la Administración del Estado en los respectivos Departamentos ministeriales, la facultad de contratación se atribuye, en relación con cada una de esas competencias, al titular del Departamento ministerial (y Secretario o Secretarios de Estado) en el que está residenciada la competencia sustantiva o material por razón de la cual se ejercita la facultad de contratación. Dicho en otras palabras, la LCAP parte de la coincidencia, por referencia a su dependencia o pertenencia a un mismo Departamento ministerial, entre el

órgano destinatario de la prestación objeto del contrato y el órgano de contratación: Al necesitar el primero dicha prestación para el ejercicio de la competencia material que ostente, la facultad de contratar se ejerce por el órgano de contratación del mismo Departamento ministerial en el que está residenciada aquella competencia y al que pertenece el órgano que ha de utilizar la prestación objeto del contrato. Así las cosas, la disociación entre el órgano de contratación y el órgano destinatario de la prestación objeto del contrato, por estar encuadrados ambos en distintos Departamentos ministeriales, constituye realmente un supuesto excepcional que no está expresamente contemplado por la LCAP.

La propia excepcionalidad, en el sistema de la LCAP, del supuesto de disociación entre uno y otro órgano y su falta de previsión en el citado texto legal impiden equipararlo, sin más, al supuesto, común u ordinario, de pertenencia de los referidos órganos al mismo Departamento ministerial, así como aplicar el criterio, propio de este último supuesto, de que, en relación con la declaración a que se refiere el artículo 141.f) de la LCAP, la expresión «titular del Departamento ministerial respectivo» que emplea dicho precepto deba entenderse en el sentido de titular del Departamento ministerial del que depende el órgano de contratación. Las referidas circunstancias –excepcionalidad del supuesto que se examina y falta de previsión del mismo en la LCAP– exigen analizar, para la adecuada resolución de la cuestión de que se trata, dicho supuesto, tomando en consideración el carácter con que interviene en la tramitación del expediente de contratación el órgano encargado de la misma (órgano de contratación) respecto del órgano usuario o destinatario de la prestación.

Parece razonable entender que el órgano de contratación interviene, en los casos de que ahora se trata, como gestor o comisionado del órgano destinatario de la prestación contractual, y ello en razón de que, si, reiterando la idea antes indicada, la facultad de contratar es instrumental respecto de la competencia «ratione materiae» por razón de la cual se ejercita aquella facultad, la titularidad de dicha competencia corresponde al órgano destinatario de la prestación objeto del contrato, no teniendo éste otra finalidad que la de proveer a dicho órgano de los medios materiales precisos para que pueda ejercer dicha competencia. La caracterización del órgano de contratación como gestor o comisionado tiene por consecuencia que, aun siendo de su incumbencia la realización de las actuaciones que integren el expediente de contratación, no le correspondan, sin embargo, aquellas decisiones o actuaciones cuya razón justificada deba ser apreciada por el órgano destinatario de la prestación, precisamente por su condición de tal. Así ocurre con la apreciación de las necesidades cuya satisfacción exige la iniciación del procedimiento de contratación, es decir, con la decisión misma de celebrar el contrato, pues carecería de sentido que fuese el órgano gestor (órgano de contratación), al que no le corresponde el ejercicio de la competencia material y que desconoce, por tanto, las necesidades de medios que entraña su ejercicio, el que apreciase dichas necesidades a cuya satisfacción se dirige el contrato. Lo propio cabe decir respecto de la apreciación de la concurrencia de las circunstancias que, según el artículo 141.f) de la LCAP, posibilita la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, y ello por cuanto que la razón de conocimiento sobre la que se basa esa apreciación está vinculada, como fácilmente se comprende, al ejercicio de la competencia «ratione materiae» de que se trate, por lo que es el órgano titular de la misma (órgano destinatario de la prestación objeto del contrato) el cualificado para ponderar ese extremo.

La consideración del órgano de contratación como gestor y las consecuencias que, en los términos indicados, se derivan de ello permiten afirmar, en opinión de este Centro, que la interpretación lógica del artículo 141.f) de la LCAP consiste en entender que, en los supuestos de disociación entre el órgano de contratación y el órgano usuario o destinatario de la

prestación objeto del contrato, el «titular del Departamento ministerial respectivo» a que alude el citado precepto es el titular del Departamento ministerial del que depende el órgano destinatario de la prestación objeto del contrato [...]

(2) Si el destinatario de la prestación es el Congreso de los Diputados, corresponde a la Mesa de la Cámara la competencia declarar que la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado exige el empleo del procedimiento negociado.

Examinado el supuesto de disociación entre el órgano de contratación y el órgano usuario o destinatario de la prestación objeto del contrato por pertenecer uno y otro órgano a Departamentos ministeriales distintos, debe analizarse seguidamente, según lo anunciado al comienzo del fundamento jurídico I de este informe, el supuesto al que se refiere el primer párrafo del escrito de consulta y que, al parecer, ha motivado ésta, es decir, el relativo a la realización de determinadas obras en el Palacio del Congreso de los Diputados.

Ante todo, debe advertirse que la actividad contractual del Congreso de los Diputados se ajusta, salvo las lógicas peculiaridades orgánicas, al régimen jurídico al que se somete la actividad contractual de las Administraciones Públicas, según se deduce de la normativa por la que se rige la contratación de la citada Cámara, constituida por las Normas de contratación de obligaciones, ordenación y fiscalización del gasto y ordenación de pagos aprobadas por las Mesas del Congreso de los Diputados y el Senado en reunión conjunta de 26 de enero de 1982, la Instrucción, también común a ambas Cámaras, dictada por el Letrado Mayor de las Cortes Generales el 27 de septiembre de 1982 sobre el procedimiento de contratación de obligaciones, fiscalización y ordenación de gastos y pagos y las Instrucciones complementarias sobre el procedimiento de contratación en el Congreso de los Diputados, dictadas por el Secretario General de esta Cámara el 12 de septiembre de 1985. A dichas normas, vigentes según lo comunicado a este Centro Directivo por el Archivo del Congreso de los Diputados, ha de añadirse, en relación con las obras de primer establecimiento, reforma o gran reparación en los edificios del Congreso de los Diputados o con destino a esta Cámara, el acuerdo de la Mesa del Congreso de 23 de octubre de 1984 por el que se establece el denominado «sistema de coordinación» con la Dirección General del Patrimonio del Estado, respecto de las aludidas obras.

Hecha la anterior indicación, la circunstancia de que el órgano destinatario de la prestación objeto del contrato sea un órgano constitucional no encuadrado en la Administración General del Estado no altera, como fácilmente se comprende, la posición del órgano de contratación respecto del órgano destinatario de la prestación contractual, manteniendo el primero el carácter de gestor o comisionado del segundo a los efectos de que se trata, con la consecuencia que de ello se deriva: no corresponder al órgano de contratación aquellas decisiones o actuaciones cuya razón justificativa ha de ser apreciada por el órgano destinatario de la prestación, por ser este último el titular de la competencia «ratione materiae» en función de la cual se ejercita la facultad de contratar. Si, como se ha dicho, la razón de conocimiento sobre la que se basa la apreciación de las circunstancias que posibilitan, según el artículo 141.f) de la LCAP, la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad está vinculada al ejercicio de la competencia «ratione materiae», por lo que el órgano titular de la misma (órgano usuario o destinatario de la prestación) es el cualificado para ponderar este extremo, no cabe duda de que la apreciación de esas circunstancias y la decisión que al respecto se dicte ha de corresponder, en el supuesto que ahora se examina, y sin determinar por el momento el órgano concreto, al Congreso de los Diputados y no al Departamento ministerial (Ministerio de Economía y Hacienda) en el que está encuadrado el órgano de contratación. Esta conclusión

queda reforzada por el sentido en que se orienta el denominado «sistema de coordinación» que establece el acuerdo de la Mesa del Congreso de los Diputados de 23 de octubre de 1984 al que antes se ha hecho referencia, cual es el de otorgar una considerable intervención a ciertos órganos de la Cámara en las sucesivas fases del procedimiento de contratación; así, el referido sistema, además de disponer la intervención de determinados funcionarios del Congreso en la elaboración de los anteproyectos y proyectos, dirección de obra y recepción, establece el sometimiento de los anteproyectos y proyectos a la Mesa del Congreso, previo informe de la Junta de Contratación de la Cámara, así como la conformidad de la referida Junta para la aprobación por el órgano de contratación de los pliegos de condiciones y para la resolución de las cuestiones que surjan en relación con la interpretación, modificación y resolución de los contratos. Pues bien, si, como medida de tutela de los intereses propios del Congreso de los Diputados, se establece una importante intervención de ciertos órganos de dicha Cámara en el procedimiento de contratación, con igual o mayor motivo ha de corresponder al órgano constitucional de que aquí se trata la adopción, en su caso, de una declaración como es la prevista por el artículo 141.f) de la LCAP, respecto de la cual es el repetido órgano el cualificado para apreciar la razón justificativa de la misma.

Debiendo corresponder, por las razones indicadas, al Congreso de los Diputados y no al Departamento ministerial al que pertenece el órgano de contratación, la apreciación del concepto jurídico indeterminado a que se refiere el artículo 141.f) de la LCAP y que posibilita la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, la única cuestión que se suscita, dado que se trata de un órgano no encuadrado en la Administración General del Estado, es la de determinar cuál sea el concreto órgano del Congreso de los Diputados al que corresponde adoptar la declaración a que se refiere el citado precepto. En opinión de este Centro Directivo, la anterior cuestión ha de resolverse atendiendo a la finalidad que persigue la regla del inciso final del artículo 141.f) de la LCAP. Si dicha regla tiene por finalidad, según se ha expuesto en el fundamento jurídico II del presente informe, conseguir la necesaria uniformidad de criterio en la concreción del aludido concepto jurídico indeterminado, atribuyéndolo a un único órgano, es razonable entender que, en el caso del Congreso de los Diputados, el órgano competente a los efectos de que se trata debe ser la Mesa de la propia Cámara, ya que el artículo 30.1 del Reglamento del citado Congreso aprobado por el Pleno el 10 de febrero de 1982 conceptúa a la Mesa como el «órgano rector de la Cámara», y el artículo 31.7 del mismo Reglamento atribuye a la Mesa «cualesquiera otras (funciones) que le encomiende el presente Reglamento y las que no estén atribuidas a un órgano específico»; ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que, enmarcándose la cuestión de que se trata a la actividad contractual de la Cámara, en la práctica se ha venido entendiendo, a la vista de lo establecido en los números 1º, 3º y 7º del precepto últimamente citado y pese a que el artículo 72.3 de la Constitución atribuye al Presidente de la Cámara el ejercicio de «todos los poderes administrativos», que la condición de órgano de contratación corresponde a la Mesa de la Cámara.

Finalmente, debe añadirse que el criterio sostenido en este informe respecto a la aplicación del artículo 141.f) de la LCAP en los casos examinados se considera plenamente trasladable a la aplicación del artículo 211.g) de la misma Ley (relativo a los contratos de consultoría, asistencia técnica y demás regulados en el Título IV del Libro I de la LCAP), dada la redacción prácticamente idéntica que presentan los dos artículos citados en el punto de que se viene tratando.