



INFORME 1/2017, DE 9 DE JUNIO, SOBRE ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.

ANTECEDENTES

La Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social ha remitido escrito dirigido a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

De conformidad con lo establecido en el artículo 38.2 del Reglamento General de Contratación pública de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid ostenta entre sus funciones la de informar sobre las distintas cuestiones que en materia de contratación administrativa se sometan a su consideración.

En su virtud se eleva la siguiente consulta en materia de contratación pública en los siguientes términos:

El artículo 320 del texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), determina que los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos en los procedimientos de contratación con publicidad por una Mesa de contratación, que será el órgano competente para la valoración de las ofertas, salvo en los supuestos en que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación.

En la legislación de contratos públicos no existe ninguna disposición específica destinada a la regulación de las normas de adopción de acuerdos por parte de las mesas de contratación, a excepción de la previsión recogida en el artículo 21.6 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que establece que todos los miembros de la mesa tendrán voz y voto, excepción hecha del secretario que sólo tendrá voz.

De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 de la disposición final tercera del TRLCSP “los procedimientos regulados en esta Ley se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, subsidiariamente, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias”.

El artículo 17.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, de carácter básico aplicable a todas las Administraciones públicas, relativo a las

convocatorias y sesiones de los órganos colegiados establece:

“Cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.”

El artículo 19.3.c) de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que no tiene carácter básico, referido únicamente a los órganos colegiados de la Administración General del Estado dispone que los miembros del órgano colegiado deberán:

c) Ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan.

En mérito de todo lo anteriormente expuesto, se plantean las siguientes cuestiones:

1.- Si el artículo 19 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público resulta aplicable a las mesas de contratación de la Comunidad de Madrid, o si se aplica exclusivamente a la Administración General del Estado y al sector público estatal.

2.- Si en las mesas de contratación con carácter general hay miembros natos puesto que, como prevé el artículo 320 del TRLCSP, el artículo 21 del RD 817/2009, y el artículo 18 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, todos los miembros de la Mesa están designados por el órgano de contratación, debiendo constar de un Presidente, un Secretario (funcionario o personal al servicio del órgano de contratación), y, al menos, cuatro vocales, entre los que obligatoriamente debe figurar un Letrado y un Interventor o, quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano de contratación.

3.- Si, en consecuencia, los miembros de la Mesa de contratación, como órgano colegiado de la Administración, pueden abstenerse en las decisiones, si así lo consideran.

CONSIDERACIONES

1.- La cuestión controvertida radica en determinar si los miembros de la Mesa de Contratación se han de considerar miembros natos, y en consecuencia les alcanza la

prohibición de abstenerse de ejercer su derecho al voto.

2.- El marco normativo básico de la contratación pública se compone actualmente del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP, en lo sucesivo), del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, por Decreto 49/2003, de 3 de abril, del Consejo de Gobierno, se aprueba el Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, que desarrolla algunos puntos de la legislación básica.

El TRLCSP, regula las Mesas de Contratación en sus artículos 320 y 321, con carácter no básico, *ex* Disposición Final segunda, y las define en el artículo 320 del TRLCSP como órgano de asistencia de los órganos de contratación, competente para la valoración de las ofertas, cuyos miembros son nombrados por el órgano de contratación. En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el Decreto 49/2003, regula las Mesas de contratación en su artículo 18 con el siguiente tenor:

“1. Los órganos de contratación de la Administración de la Comunidad de Madrid, sus Organismos Autónomos, Entidades de Derecho Público y demás Entes públicos señalados en el artículo 1.2 de este Reglamento, estarán asistidos por una Mesa de contratación constituida por un Presidente, un mínimo de cuatro vocales y un secretario designados por el órgano de contratación, el último entre funcionarios del mismo o, en su defecto, entre el personal a su servicio. Entre los vocales deberá figurar necesariamente un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y un Interventor. (...)”

2. La designación de los miembros de la Mesa de contratación podrá hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos. Si es permanente o se le atribuyen funciones para una pluralidad de contratos, su composición deberá publicarse en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid” (el subrayado es nuestro).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en Informe 5/2011, de 2 de febrero señala:

“el propio Tribunal Supremo ha manifestado que la configuración de la Mesa de

contratación, como órgano de carácter técnico, resulta tanto de las funciones que se le encomiendan como de su composición, en tanto que la normativa de contratos establece la exigencia que entre los vocales figuren un funcionario que tenga atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor. Más específicamente, el Tribunal Supremo ha afirmado que ‘la intervención de la Mesa de contratación en el procedimiento afecta de manera fundamental a la formación de la voluntad del órgano de contratación, en tanto que la propuesta incluye la valoración de las proposiciones de los licitadores y, aunque no tenga carácter vinculante, constituye la motivación fundamental de la resolución de adjudicación cuando se acomoda a la propuesta y, en caso contrario, exige una motivación específica que justifique la razón de la adjudicación no conforme con la propuesta’ -Sentencia de 3 de noviembre de 2004- (el subrayado es nuestro).

La regulación de las Mesas de contratación, como órgano de asistencia técnica, tanto en el ámbito estatal como en el autonómico, se limita a fijar su composición evidenciándose la existencia de una laguna respecto de la regulación de las competencias de sus miembros y del régimen adopción de acuerdos en el seno de la misma.

La Disposición Final tercera del TRLCSP, expresamente señala que en los procedimientos en ella regulados, se regirán “en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo, y subsidiariamente, por los de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, y normas complementarias”.

Actualmente la Ley 30/1992, ha de entenderse referida a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, (en lo sucesivo, Ley 40/2015), conforme establece la Disposición Final decimotercera de la Ley 40/2015: “Las referencias hechas a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común se entenderán hechas a la Ley de procedimiento Administrativo Común de la Administraciones Públicas o a la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, según corresponda”.

Así ante la laguna existente, tanto en el TRLCSP como en el Decreto 49/2003, respecto de las atribuciones a los miembros de la Mesa, y régimen de los órganos colegiados: deliberación, toma de acuerdos de los miembros que constituyen la Mesa de Contratación (...), se ha de acudir con carácter supletorio a la regulación que la Ley 40/2014, efectúa al respecto.

El artículo 33 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid señala, que “en todo caso, el Derecho estatal tiene carácter supletorio del Derecho propio de Madrid”.

Al respecto el Tribunal Constitucional, Pleno, en Sentencia 118/1996, de 27 de junio de 1996. Rec. 1191/1987, señala:

“(…) la cláusula de supletoriedad no permite que el Derecho estatal colme sin más la falta de regulación autonómica, en una materia. El presupuesto de aplicación de la supletoriedad que la Constitución establece no es ausencia de regulación, sino la presencia de una laguna detectada como tal por el aplicador del Derecho”.

Así pues, ante la laguna concreta existente en el TRLCSP y Decreto 49/2003, referida a las facultades del Presidente, miembros, Secretario, régimen de adopción de acuerdos (...), se ha de acudir con carácter supletorio a la regulación que se contiene en la sección segunda, Capítulo II del Título preliminar de la Ley 40/2015, referida a los órganos colegiados en la Administración General del Estado.

En este sentido la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, en su artículo 57, señala:

“La Administración de la Comunidad de Madrid, ajustará su actuación al procedimiento administrativo común de la Administración del Estado, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de la Comunidad de Madrid”.

Por lo expuesto cabe concluir que ante la laguna existente en el TRLCSP y Decreto 49/2003, de regulación del régimen referido a las facultades del Presidente, miembros, Secretario, y régimen de adopción de acuerdos (...), en el seno de la Mesa de contratación, se ha de acudir con carácter supletorio a la regulación prevista en los artículos 19 y siguientes de la Ley 40/2015, de carácter no básico.

3.- Sentado que a las Mesas de Contratación constituidas como órgano de asistencia técnica del órgano de contratación en el ámbito de la Comunidad de Madrid, le son de aplicación los artículos 19 y siguientes de la Ley 40/2015, cabe analizar el alcance del artículo 19.3 de la Ley 40/2015, sobre el que gira la consulta formulada por la Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social, en que se plantea si los miembros de la Mesa de Contratación, son miembros natos.

El artículo 19.3.c) de la Ley 40/2015 señala:

“Los miembros del órgano colegiado deberán ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su calidad de autoridades o personal

al servicio de las Administraciones públicas, tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan” (el subrayado es nuestro).

Para entender el alcance de miembro nato que recoge el artículo 19 de la Ley 40/2015, se ha de acudir al Dictamen del Consejo de Estado 274/2015, de 29 de abril, emitido con ocasión del Anteproyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público.

Se señala:

“Por último, cabe realizar una observación puntual en relación con el artículo 9.3.c) del anteproyecto, que reproduce -con algunas modificaciones- lo establecido en el artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992. En concreto, señala aquel precepto que no podrá abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas tengan la condición de miembros "natos" de órganos colegiados "en virtud del cargo que desempeñan". Las expresiones entrecomilladas han sido añadidas por el artículo 9.3.c) del anteproyecto respecto de lo que se dice en el actual artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992. De este modo, el artículo 9.3.c) amplía, desde una perspectiva subjetiva, los miembros de un órgano colegiado que, teniendo la condición de empleados públicos, pueden abstenerse de votar, ya que sólo los miembros natos estarán afectados por la prohibición de no hacerlo. Así las cosas, esta modificación, cuya razón de ser no se ha justificado en la memoria ni se deduce de la documentación obrante en el expediente, excluye de la prohibición de abstención actualmente prevista en el artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992 a aquellos funcionarios designados para formar parte de órganos colegiados por motivos distintos al cargo que desempeñan. A juicio del Consejo de Estado, estos funcionarios, por su condición de empleados públicos, también deberían estar constreñidos por la prohibición de abstención, en los términos actualmente vigentes”.

La propia Ley -y así lo corrobora el Consejo de Estado- vincula la condición de miembro “nato” de un órgano colegiado a aquél que desempeña un cargo y que por tal condición debe formar parte de aquél (ciertamente, la RAE define “nato” en los siguientes términos: “dicho de un título de honor o de un cargo: Que va anejo al empleo o a la calidad de alguien”).

Interpreta que, según la nueva dicción de la Ley, sólo podrían abstenerse (“excluye de la prohibición de abstención”) aquéllos “que formen parte de un órgano colegiado por motivos distintos al cargo que desempeñan”.

4.- Llegado a este punto se hace necesario analizar la designación de los miembros que constituyen una Mesa de Contratación.

El artículo 18.1 del Decreto 49/2003 establece que la designación de los miembros de las Mesas de Contratación, como órgano de asistencia técnica, puede hacerse con carácter permanente o de manera específica para la adjudicación de uno o más contratos. La Comunidad de Madrid, ha optado con carácter general, por la designación permanente de los miembros de las distintas Mesas de Contratación.

Así, la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, por Resolución de 3 de agosto de 2015, de la Directora-Gerente de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, -por la que se dispone la publicación en los boletines oficiales y en el “perfil del contratante” en Internet de la composición de la Mesa de Contratación del Organismo-, quedan designados de forma permanente los miembros, titulares y suplentes de la Mesa de Contratación de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid, de la siguiente forma:

“- Presidente/a titular: El/la Secretario/a General, el/la Director/a de Área Económica y de Promoción y Rehabilitación o el/la Director/a de Área Social, en función de la unidad que promueva el expediente de contratación correspondiente.

Presidente suplente: El/la Subdirector/a General adscrito/a a la Secretaría General o a la Dirección de Área promotora del expediente o un Jefe/a de Área, adscrito a la Secretaría General o a dicha Dirección de Área.

- Secretario/a titular: El/la Jefe/a de Área de Régimen Jurídico.

Secretario/a suplente: El/la Jefe/a de la Unidad Técnica de Informes y Recursos, Técnico de Apoyo, Jefe/a de Servicio o Sección del Área de Régimen Jurídico.

- Vocales:

- Un/a Letrado/a de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.
- Un/a Interventor/a de la Intervención General de la Comunidad de Madrid.
- Titular: El/la Jefe/a del Área de Contratación (Secretaría General).

Suplente: El/la Jefe/a de Unidad Técnica del Área de Contratación o un/a

Técnico de Apoyo, Jefe/a de Servicio o Sección encargada de la tramitación del contrato.

- Titular: El/la Jefe/a del Área que promueva el expediente de contratación correspondiente.

Suplente: El/la Jefe/a de Unidad Técnica o un/a Técnico de Apoyo, Jefe/a de Servicio o Sección del Área que promueva el expediente de contratación”.

Este esquema de designación permanente se sigue en general en Administración General de la Comunidad de Madrid y su Administración Institucional.

En este sentido, cabe traer a colación a título de ejemplo las siguientes órdenes.

Por Orden 1728/2015, de 4 de septiembre, se designa con carácter permanente a los miembros de la Mesa de Contratación de la Consejería de Políticas Sociales y Familia con el siguiente tenor:

“- Presidente: El titular de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Políticas Sociales y Familia o, en su defecto, un representante de la Unidad de Contratación de la Consejería con rango de Jefe de Servicio o superior.

- Vocales:

- Un Interventor de la Comunidad de Madrid.
- Un Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.
- Un técnico con rango de Jefe de Servicio o superior, perteneciente al centro directivo que actúe como unidad promotora de los contratos en relación con los cuales se constituya la Mesa.
- Un técnico integrante del centro directivo que actúe como unidad promotora de los contratos en relación con los cuales se constituya la Mesa.

- Secretario: Un Jefe de Área o de Servicio perteneciente a la Unidad de Contratación de la Consejería o, en su defecto, cualquier funcionario de la Secretaría General Técnica, con rango, al menos, de Jefe de Servicio”.

Por Orden 1132/2016, de 16 de noviembre, por el que se designa con carácter permanente a los miembros de la Mesa de Contratación de la Consejería de Sanidad:

“- Presidente: Será el titular de la Secretaría General Técnica, en relación con los contratos que se financien con cargo al programa presupuestario del que es responsable, y los Directores Generales correspondientes, en relación con los contratos que se tramiten en el ámbito de sus competencias y se financien con cargo a cada uno de los programas de gastos.

En los supuestos de suplencia del titular, la presidencia será ejercida por la persona designada por aquel, que deberá ostentar como mínimo el nivel de Subdirector General o Jefe de División del órgano promotor del expediente. En todo caso deberá ser sustituido cuando sea el órgano de contratación de los contratos para los que se constituya la Mesa.

- Vocales:

- Los Subdirectores, Jefes de División, Jefes de Área o de Servicio que actúen como unidades promotoras en los contratos para los que se constituya la Mesa.

- Los técnicos integrantes de las Subdirecciones, Áreas o Servicios que actúen como unidades promotoras en los contratos para los que se constituya la Mesa.

- Un Interventor de la Comunidad de Madrid.

- Un letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

- Secretario: El Jefe de Área de Contratación. En el supuesto de suplencia la Secretaría será ejercida por un funcionario de la Secretaría General Técnica designado por el titular de esta, que ostentará como mínimo nivel de Jefe de Sección”.

Por Orden de 10 de octubre de 2012, se designan con carácter permanente, los Miembros de la Mesa de Contratación de la Consejería de presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno:

“- Presidente/a:

- El/la Secretario/a General Técnico/a de la Consejería de Presidencia, Justicia y Portavocía del Gobierno o el/la Subdirector/a que le sustituya, de las Mesas que se constituyan en relación con los contratos que se tramiten en el ámbito de sus competencias.

- Los/las Directores/as Generales, el Director-Gerente del Centro de Asuntos Taurinos o el/la Técnico/a que los sustituya, de las Mesas que se constituyan en relación con los contratos que se tramiten en el ámbito de sus respectivas competencias.

- Secretario/a:

- Un/una funcionario/a adscrito/a a la Subdirección General de Gestión Económico-Administrativa de la Secretaría General Técnica.

- Vocales:

- Dos representantes del centro directivo que actúe como unidad promotora de los contratos en relación con los cuales se constituya la Mesa.

- Un/una Interventor/a de la Comunidad de Madrid.

- Un/una Letrado/a de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid”.

Por Orden de 10 de marzo de 2016, se designa con carácter permanente a los miembros de la Mesa de Contratación de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda.

“- Presidente: El titular del centro directivo promotor de la contratación respecto de los contratos que se financien con cargo a su programa presupuestario. Será suplente un representante del centro directivo correspondiente con rango de Subdirector General o Jefe de División.

- Vocales:

- Un Subdirector o un Jefe de División, de Área o Servicio perteneciente al centro directivo que actúe como unidad promotora de los contratos en relación con los cuales se constituya la Mesa.

- Un Técnico integrante de la Subdirección, División o Área perteneciente al centro directivo que actúe como unidad promotora de los contratos en relación con los cuales se constituya la Mesa.
 - Un Interventor de la Comunidad de Madrid.
 - Un Letrado de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.
- Secretario: El titular de la Subdirección General o División de Gestión Económico- Administrativa de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Economía, Empleo y Hacienda, en función del área de competencia correspondiente. Será suplente un Técnico de la Subdirección General o División de Gestión Económico- Administrativa”.

Por Orden 3759/2016, de 25 de noviembre, se designan los miembros de la Mesa de Contratación de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte:

“Primero.

Designar, con carácter permanente, a los siguientes miembros de la Mesa de Contratación de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, en relación con la adjudicación de los contratos que son competencia de la Secretaría General Técnica, de acuerdo con el Decreto 100/2016, de 18 de octubre, por el que se establece la estructura de la Consejería, incluyendo los contratos privados:

- Presidente: El titular de la División de Contratación de la Secretaría General Técnica. En los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad de dicho titular, la presidencia será ejercida temporalmente, por suplencia, por el titular del Área de Contratación del citado centro directivo, en tanto dure la causa objeto de dicha suplencia.
- Vocales:
 - Un Subdirector o un Jefe de División, de Área o de Servicio integrado en el órgano proponente del contrato.
 - Un técnico integrado en la Subdirección, División o Área del órgano proponente del contrato.

- Un Letrado de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.
- Un Interventor de la Comunidad de Madrid.
- Secretario: Un Técnico integrado en el Área de Contratación de la Secretaría General Técnica.

Segundo.

Designar, con carácter permanente, a los siguientes miembros de la Mesa de Contratación de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte en relación con la adjudicación de los contratos que son competencia de la Dirección General de Infraestructuras y Servicios, de acuerdo con el Decreto 100/2016, de 18 de octubre, por el que se establece la estructura de la Consejería, incluyendo los contratos privados:

- Presidente: El titular de la Subdirección General de Infraestructuras y Servicios de la citada Dirección General. En los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad de dicho titular, la presidencia será ejercida temporalmente, por suplencia, por el titular del Área de Contratación del citado Centro Directivo en tanto dure la causa objeto de dicha suplencia.
- Vocales:
 - Un Subdirector o un Jefe de División, de Área o de Servicio integrado en el órgano proponente del contrato.
 - Un Técnico integrado en la Subdirección, División o Área del órgano proponente del contrato.
 - Un Letrado de la Abogacía General de la Comunidad de Madrid.
 - Un Interventor de la Comunidad de Madrid.
- Secretario: Un Técnico integrado en la Subdirección General de Infraestructuras y Servicios”.

De las órdenes transcritas se desprende que la concreta designación de los miembros de las Mesas de Contratación por los distintos órganos de contratación se efectúa en razón del cargo o puesto que desempeñan, a fin de garantizar la cualificación y

experiencia necesaria para ejercer debidamente la función de asistencia técnica, razón de ser de la Mesa de Contratación.

No se designan por cuestión ajena al puesto, a título particular, fruto de un proceso electivo o de designación en representación de un colectivo o sector, por ejemplo.

Por tanto, los miembros de las mesas son designados y asisten a éstas por razón del cargo o puesto que desempeñan y en consecuencia les alcanza la prohibición de abstenerse de ejercer su derecho al voto. Los miembros de la Mesa de Contratación en ejercicio de la función para la que han sido designados, han de expresar su opinión y contribuir con su criterio a la formación de voluntad de la Mesa de Contratación como órgano de asistencia técnica, al órgano de contratación.

Así pues, todos los miembros de la Mesa de contratación, así designados, son miembros natos, y en consecuencia no pueden abstenerse de votar, han de emitir necesariamente un pronunciamiento sobre la propuesta que proceda hacer al órgano de contratación en ejercicio de esa función de asistencia técnica. No se puede eludir la responsabilidad de emitir un juicio técnico, función para la que fue designado.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, cabe concluir que los miembros de las Mesas de contratación, en tanto designados en atención a su cargo o puesto, no pueden abstenerse de ejercer su derecho a votar, a emitir su criterio técnico para el que fue designado.

VOTO PARTICULAR

VOTO PARTICULAR FORMULADO POR D^a ROCÍO ALCOCEBA MORENO A LA PROPUESTA DE INFORME 1/2017, DE 9 DE JUNIO, SOBRE ADOPCIÓN DE ACUERDOS EN LAS MESAS DE CONTRATACIÓN.

El 9 de junio de 2017, a las 10 horas, se reúne la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid (JCCACM) para proceder a la aprobación de los siete puntos incluidos en el orden del día, entre los que figura como número 2 la propuesta de informe 1/2017, sobre adopción de acuerdos en las mesas de contratación.

Rocío Alcoceba Moreno vocal nato de la Comisión Permanente de la JCCACM, en su calidad de Subdirectora General de Coordinación de la Contratación Pública (puesto

anteriormente denominado Jefe de Servicio de Coordinación de la Contratación Administrativa), en virtud de lo dispuesto en el artículo 43.b) del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, formulo el siguiente voto particular contrario al acuerdo mayoritariamente adoptado al informe de referencia por discrepar del contenido aprobado.

De conformidad de lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, apartados 3c) y 5, con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de la Comisión Permanente, expongo mi disconformidad con considerar miembros natos de órgano colegiado a los integrantes de las mesas de contratación que son designados por el órgano de contratación, con base en las siguientes

CONSIDERACIONES

1.- En el informe se plantean diversas cuestiones acerca del funcionamiento de las Mesas de contratación, con el objetivo de concretar si los miembros de la Mesa de contratación, como órgano colegiado de la Administración, pueden abstenerse en las decisiones, si así lo consideran.

2.- La Ley de Contratos del Sector Público, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP), regula las Mesas de contratación en sus artículos 320 y 321, artículos que no tienen carácter básico, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 de la Disposición final segunda del TRLCSP. Tampoco resulta de aplicación general a todas las administraciones públicas, según la disposición final primera del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RDLCSP), el desarrollo que efectúa de la regulación de las mesas de contratación en el capítulo III, artículos 21 a 24.

El artículo 320.1 indica que los órganos de contratación de las Administraciones Públicas estarán asistidos, en los procedimientos abiertos y restringidos, por una Mesa de contratación, salvo que la competencia para contratar corresponda a una Junta de Contratación, que será el órgano competente para valorar las ofertas. La constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación en los procedimientos negociados en los que no sea preciso publicar anuncios de licitación. Asimismo, en sus apartados 2 y 3 regula la constitución de la Mesa de contratación y señala que sus miembros serán nombrados por el órgano de contratación.

La normativa de contratos públicos no regula las normas de adopción de acuerdos

por parte de las Mesas de contratación, a excepción de la precisión recogida en el artículo 21.6 del citado R.D. 817/2009, de 8 de mayo, que establece que todos los miembros de la mesa tendrán voz y voto, excepción hecha del secretario que sólo tendrá voz.

El Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, regula la Mesa de contratación en su artículo 18 y siguientes, en cuanto a su composición, designación y actuación, pero no regula la adopción de acuerdos por parte de la Mesa.

El proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, actualmente en tramitación parlamentaria, regula en los artículos 323 y 324 las Mesas de contratación, en cuanto a los procedimientos en que deberán intervenir, funciones y composición, sin que se contemplen tampoco normas sobre la adopción de acuerdos.

3.- La Disposición final tercera del TRLCSP, relativa a las normas aplicables a los procedimientos regulados en dicha Ley, establece que se regirán, en primer término, por los preceptos contenidos en ella y en sus normas de desarrollo y, de manera subsidiaria, por los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y normas complementarias, actualmente la regulación de los órganos colegiados está recogida en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

La LRJSP regula los Órganos colegiados de las distintas administraciones públicas en la sección 3.^a del capítulo II del título preliminar, estructurando las disposiciones en dos subsecciones, la 1.^a que regula en los artículos 17 y 18 el funcionamiento de los citados órganos con carácter básico, por lo que es de aplicación a todas las administraciones públicas, y la 2.^a que dedica los artículos 19 a 22 a la regulación de los órganos colegiados de la Administración General del Estado, de aplicación exclusivamente al sector público estatal por no tener carácter básico, como prevé la disposición final decimocuarta al ordenar el título competencial de la Ley.

No obstante, en la Comunidad de Madrid en defecto de regulación autonómica tiene carácter supletorio el Derecho estatal como expresamente prevé, con carácter general, el artículo 33 del Estatuto de Autonomía y el 57 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración. Asimismo, específicamente en materia contractual, el artículo 2 del RGCPM determina que supletoriamente se aplicarán las normas estatales sobre contratos públicos que no tengan carácter básico.

Por lo expuesto, el artículo 19 de la LRJSP resultaría aplicable a las mesas de contratación de la Comunidad de Madrid solo en defecto de normativa básica y

autonómica.

4.- El artículo 17.6 de la LRJSP, relativo al funcionamiento de las convocatorias y sesiones de los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas, prevé que cuando los miembros del órgano voten en contra o se abstengan, quedarán exentos de la responsabilidad que, en su caso, pueda derivarse de los acuerdos.

El artículo 19 de la LRJSP, que regula el régimen de los órganos colegiados de la Administración General del Estado y de las Entidades de Derecho Público vinculadas o dependientes de ella, prevé en su apartado 3 que los miembros del órgano colegiado deberán, por un lado participar en los debates de las sesiones (letra b), por otro lado ejercer su derecho al voto y formular su voto particular, así como expresar el sentido de su voto y los motivos que lo justifican. No podrán abstenerse en las votaciones quienes por su cualidad de autoridades o personal al servicio de las Administraciones Públicas tengan la condición de miembros natos de órganos colegiados, en virtud del cargo que desempeñan (letra c). El apartado 5 del citado artículo dispone que en el acta figurará, a solicitud de los respectivos miembros del órgano, el voto contrario al acuerdo adoptado, su abstención y los motivos que la justifiquen o el sentido de su voto favorable.

Tanto el artículo 17.6, como el 19.3 y 5 de la LRJSP establecen la posibilidad de que los miembros de los órganos colegiados puedan votar a favor, en contra, o abstenerse en las decisiones a adoptar, recogiendo el 19.3c) una excepción al derecho/deber de abstención para las personas que tengan la condición de miembros natos en virtud del cargo que desempeñan.

El Consejo de Estado en su dictamen, de 29 de abril de 2015, relativo al anteproyecto de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, ya observó, desde un punto de vista crítico, que la redacción dada al artículo 19.3.c) modifica lo establecido en el artículo 24.1.c) de la Ley 30/1992 ampliando, desde una perspectiva subjetiva, los miembros de un órgano colegiado que, teniendo la condición de empleados públicos, pueden abstenerse de votar, ya que sólo los miembros natos estarán afectados por la prohibición de no hacerlo.

La doctrina tradicionalmente ha distinguido entre miembros natos y miembros libremente designados o electivos, considerando miembro nato aquel que por razón de su cargo no tiene que ser elegido o designado para ocupar un determinado puesto en un órgano administrativo. El miembro nato forma parte automáticamente de un órgano colegiado por el hecho de ostentar un determinado cargo. La cualidad de nato se aplica, por tanto, al título o cargo que está vinculado a un empleo y corresponde solo a la persona

que lo ostenta.

Los miembros de una mesa de contratación podrán ser natos o no, en atención a la forma de designación, los primeros lo son como consecuencia de la titularidad de otro órgano, los segundos, en virtud de elección o nombramiento.

En las Mesas de contratación, con carácter general, no hay miembros natos puesto que, como prevé el artículo 320 del TRLCSP, el 21 del RD 817/2009, y el 18 del RGCCPM, todos los miembros de la Mesa han de ser designados por el órgano de contratación, debiendo constar de: un Presidente, un Secretario (funcionario o personal al servicio del órgano de contratación), y, al menos, cuatro vocales, entre los que obligatoriamente debe figurar un Letrado y un Interventor o, quien tenga atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano de contratación. Como excepción específica a lo mencionado, en la Comunidad de Madrid se puede citar la regulación de la composición de la Mesa de contratación de la Junta Central de Compras, dado que el artículo 89.1.a) del RGCCPM prevé que el Presidente de la Mesa sea el Director General de Contratación, Patrimonio y Tesorería, por ser el Presidente de dicha Junta. En el ámbito estatal igualmente cabe citar la Mesa de contratación del sistema estatal de contratación centralizada regulada en el artículo 24 del RD 817/2009 que recoge como miembros natos al Presidente, Vicepresidente, y alguno de los vocales, concretamente los que tienen atribuidas las funciones correspondientes al asesoramiento jurídico y al control económico-presupuestario del órgano.

Asimismo, doctrinalmente se viene reconociendo el derecho de votar y en su caso de abstenerse, pudiendo los miembros de un órgano manifestarse en un sentido u otro, esto es adhiriéndose o rechazando las propuestas, llegando a considerarse la abstención como una forma de votación, o voto intermedio. La prohibición de abstención no puede extenderse con carácter general a aquellos órganos en los que los miembros, aún integrados en un órgano que ejerce funciones públicas, en virtud de su naturaleza administrativa subjetiva o del carácter objetivo de su actividad, son designados en virtud de sus cualidades o conocimientos técnicos, ni tampoco puede comprender a aquellos miembros del órgano colegiado cuya designación corresponde a la Administración dentro de un órgano esencialmente de naturaleza participativa, con el fin de hacer presentes los criterios de aquella en sus decisiones y actuaciones, cuando su designación les permite actuar independientemente, esto es expresando sus propias convicciones, en función de sus conocimientos técnicos o de su percepción de la realidad sin supeditación a los criterios mantenidos formalmente por la Administración.

La mesa de contratación es un órgano colegiado, de carácter eminentemente técnico, cuya finalidad es la asistencia en el proceso de licitación al órgano de contratación, que es la autoridad u órgano decisorio facultado para celebrar contratos en nombre de la Administración respectiva, en el ámbito de su competencia. Una de las principales funciones de la Mesa es el análisis y la valoración de las ofertas de los licitadores, tanto en su vertiente técnica como de adecuación a la legalidad, y por ello está integrada por funcionarios o personal al servicio de la Administración, con una composición interdisciplinar, formada por diferentes profesionales técnicamente capacitados en los diferentes aspectos que se necesitan, jurídico, económico-financiero, y de las distintas ramas técnicas que específicamente se requieran según el tipo de contrato. En este sentido, puede darse la circunstancia de que un miembro de la Mesa, no especializado en la materia que se debata, considere oportuno abstenerse respecto de algún aspecto para el que no se considere técnicamente capacitado.

5.- En virtud de lo expuesto, no parece que la prohibición de abstención deba en principio aplicarse a los miembros de las mesas de contratación, sin una específica regulación que así lo prevea, al ser designados por el órgano de contratación al que asisten, pudiendo además efectuarse dicha designación tanto con carácter permanente como de manera específica para la adjudicación de cada contrato, salvo la citada excepción de los miembros natos o sea, de quienes por su cualidad de autoridad o personas al servicio de las Administraciones Públicas tengan la condición de miembros del órgano colegiado, como sucede en las mesas de contratación centralizada.

Por último, caso de que quedase algún resquicio de duda, en cuanto a la posibilidad de abstención de los miembros de las mesas de contratación, también cabría aludir a la conveniencia de efectuar una interpretación restrictiva de la prohibición recogida en el artículo 19.3.c) del LRJSP, en aplicación del principio general del derecho que prevé que las prohibiciones como todas las circunstancias limitativas de la capacidad de obrar son de interpretación restrictiva.

En Madrid, a 13 de junio de 2017. La Subdirectora General de Coordinación de la Contratación Pública. Rocío Alcoceba Moreno.