

INFORME 5/2004, DE 9 JUNIO, SOBRE EFECTO DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR CONDENA MEDIANTE SENTENCIA FIRME.

ANTECEDENTES

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Cultura y Deportes solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, del siguiente tenor literal:

Esta Secretaría General Técnica solicita informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid sobre las consecuencias jurídicas que pueda tener la condena por sentencia firme de un arquitecto técnico, al que se le ha notificado la adjudicación del expediente de contratación titulado “Dirección, aprobación del plan de seguridad, control y seguimiento de la seguridad y salud de las obras del proyecto de acondicionamiento general del edificio Ateneo, por arquitecto técnico”, teniendo en cuenta los siguientes hechos:

- 1. Don (...) fue invitado a presentar oferta para la adjudicación del citado expediente el 10-11-2003 presentando la documentación el 25-11-2003. Se adjunta fotocopia compulsada del resguardo de presentación de la oferta.*
- 2. Por orden del Consejero de Cultura y Deportes de 1-3-2004, se adjudicó a Don (...) el citado expediente, notificándosele con acuse de recibo de fecha 18-3-2004. Se adjunta fotocopia compulsada de la orden de adjudicación y del acuse de recibo.*
- 3. El 29-3-2004 presentó escrito dirigido a esta Consejería en el que, entre otras cuestiones, comunicaba que había sido condenado mediante sentencia firme como autor de un delito del artículo 316 del Código Penal. Se acompaña fotocopia compulsada del escrito y de la sentencia.*
- 4. El 29-3-2004, la Secretaría General Técnica de esta Consejería, solicitó informe a la Dirección General de los Servicios Jurídicos. Se acompaña fotocopia compulsada de dicho escrito.*
- 5. En fecha 6-4-2004, la Letrada Jefe del Servicio Jurídico de esta Consejería emitió informe. Se adjunta fotocopia compulsada del mismo.*

A la vista de todo ello, y teniendo en cuenta que la ejecución de la obra no se puede iniciar sin la correspondiente dirección técnica, se solicita de esa Junta Consultiva, de conformidad con el artículo 48 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, emita informe acerca de:

1. *En caso de que el adjudicatario se encontrase incurso en prohibición para contratar, ¿cuál sería el procedimiento a seguir por esta Consejería para la declaración de dicha prohibición y su alcance, por el Ministerio de Hacienda?.*

2. *Si la adjudicación del citado contrato es nula de pleno derecho, ¿cuál sería el procedimiento y el momento en que debería tramitarse por esta Consejería?.*

3. *¿Es posible continuar la tramitación del citado expediente con el interesado? (constitución de garantía definitiva y formalización del contrato).*

Al escrito de solicitud de informe, se acompañan los siguientes documentos:

- Notificación de la Orden de adjudicación del contrato, de fecha 1 de marzo de 2004.
- Escrito del adjudicatario, de 29 de marzo de 2004.
- Sentencia 58/2004 de 5 de febrero, del Juzgado de lo Penal número 26 de Madrid.
- Solicitud de informe al Servicio Jurídico, de 29 de marzo de 2004.
- Informe del Servicio Jurídico de la Consejería de Cultura y Deportes emitido el 6 de abril de 2004.

CONSIDERACIONES

1.- El escrito de consulta plantea diversas cuestiones para cuya resolución hay que analizar e interpretar los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), y del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), que regulan esta materia y, en consecuencia, determinar los efectos que la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal nº 26 de Madrid provoca en la relación contractual existente entre la Consejería de Cultura y Deportes y el empresario condenado en dicha sentencia, como autor de un delito del artículo 316, en concurso con dos faltas del artículo 621, del Código Penal.

Antes de entrar a examinar las cuestiones formuladas, es conveniente precisar que la sentencia citada es firme, ya que así lo señala el fundamento jurídico segundo de la misma, al haber expresado las partes su decisión de no recurrir. La sentencia no se pronuncia sobre

la prohibición de contratar y tampoco ha habido declaración por Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, como establecen los artículos 21 de la LCAP y 17 y 19 del RGLCAP.

2.- La primera pregunta que se formula en la solicitud de informe presenta a su vez dos cuestiones a analizar: por una parte, si el adjudicatario se encuentra incurso en causa de prohibición de contratar y, por otra, en caso afirmativo, el procedimiento que debería seguir la Consejería para la declaración de la prohibición y su alcance por el Ministro de Economía y Hacienda.

2.1.- En relación con la primera cuestión suscitada, el artículo 20 de la LCAP dispone que en ningún caso podrán contratar con la Administración las personas en quienes concurra alguna de las circunstancias que enumera este artículo y, en concreto, el apartado a) cita, entre otros supuestos, “haber sido condenadas mediante sentencia firme por delitos (...) contra los derechos de los trabajadores”, supuesto al que se refiere la citada sentencia del Juzgado de lo Penal.

Las prohibiciones de contratar, según disponen los artículos 20 y 21 de la LCAP y 17 a 19 del RGLCAP, operan de manera diferente dependiendo de la causa que las origina y de las circunstancias que concurren y ello determina que la normativa citada establezca en unos casos su apreciación automática así como su aplicación, sin que se precise de un procedimiento específico para su declaración y, en otros supuestos, aun cuando su apreciación sea automática, se requiere con carácter preceptivo la tramitación de expediente para su declaración y efectos, siguiendo el procedimiento que establece al respecto el RGLCAP.

En el expediente objeto de consulta, la causa de prohibición de contratar se encuadra en el segundo de los supuestos descritos. Se trata de una de las causas previstas en el apartado a) del artículo 20 de la LCAP. Para la apreciación y aplicación de la prohibición de contratar en este supuesto hay que proceder a un análisis conjunto de los artículos 21 de la LCAP y 17 del RGLCAP, del que se desprende que hay que distinguir aquellos supuestos en que las sentencias o resoluciones firmes se pronuncian sobre la prohibición de contratar y su duración, en cuyo caso la apreciación y aplicación es automática por los órganos de contratación, de aquellos otros en los que dichas sentencias o resoluciones firmes no contienen pronunciamiento sobre esta circunstancia, en cuyo caso la apreciación por el órgano de contratación es automática pero no así su aplicación, ya que ésta requiere la tramitación de expediente al efecto mediante el procedimiento establecido en el artículo 19 del RGLCAP.

Puesto que la Sentencia del Juzgado de lo Penal en el supuesto analizado no contiene pronunciamiento sobre la prohibición de contratar ni, en consecuencia, sobre su duración, conforme a las normas citadas la apreciación de la prohibición de contratar por el órgano de contratación es automática, y así ha sido efectuada por la Consejería de Cultura y Deportes, pero no es posible su aplicación directa, siendo preciso llevar a cabo el procedimiento del citado artículo 19 del RGLCAP.

El adjudicatario se encuentra efectivamente incurso en la prohibición de contratar prevista en el apartado a) del artículo 20 de la LCAP, pero no puede aplicarse en tanto no se efectúe la correspondiente declaración determinando su alcance y duración.

2.2.- Concretada la primera cuestión, procede analizar el procedimiento a seguir, en este supuesto, para la declaración de la prohibición de contratar y su alcance.

El apartado 1 del artículo 19 del RGLCAP establece que la iniciación del procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar corresponde a los órganos de contratación cuando los hechos que motivan la prohibición se pongan de manifiesto con ocasión de la tramitación de un expediente de contratación y, en los restantes supuestos, la iniciación corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa o a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, precisándose que las autoridades y órganos que acuerden las sentencias, sanciones y resoluciones firmes deberán comunicarlas a la citada Junta u órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

Asimismo, el apartado 4 del artículo 21 de la LCAP dispone que las autoridades y órganos competentes notificarán, a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, todas las sanciones y resoluciones firmes recaídas en los procedimientos correspondientes, a fin de que se puedan instruir los expedientes previstos o adoptarse la resolución que proceda. Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa podrá recabar de dichas autoridades y órganos cuantos datos y antecedentes sean precisos a los mismos efectos.

Analizando lo dispuesto en los artículos 21 apartados 1 a 4 de la LCAP, en relación con el 17.2, 18.1 y 19. 1 segundo párrafo y 2 del RGLCAP, cabe interpretar que en el supuesto objeto de informe la causa de la prohibición no tiene su origen en el expediente de contratación porque los hechos que la motivan y que han dado lugar

a la Sentencia dictada en el año 2004, se produjeron en el año 1998 y derivan de otro expediente de contratación.

En este caso cabe invocar que el artículo 19.1 del RGLCAP, al referirse a la comunicación de las sentencias, sanciones o resoluciones firmes, prevé que ésta se realice a la Junta Consultiva o a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas entendiendo que dicha comunicación se debe dirigir a unos u otros órganos en función de la competencia para dictar la Resolución.

Según lo previsto en los citados artículos, la Sentencia de 5 de febrero de 2004, debe ser comunicada por el Juzgado de lo Penal de Madrid a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, a quien corresponde iniciar el expediente para declarar la prohibición de contratar en este caso.

La competencia para declarar la prohibición de contratar corresponde al Ministro de Economía y Hacienda a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y reviste carácter general para todas las Administraciones Públicas, según lo previsto en los artículos 21.3 de la LCAP y 18.1 del RGLCAP.

El apartado 2 del artículo 21 de la LCAP precisa, que el alcance de la prohibición se apreciará en la forma que reglamentariamente se determine atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe en el empresario y a la entidad del daño causado a los intereses públicos y no excederá de ocho años para las prohibiciones que tengan por causa la existencia de condena mediante sentencia firme.

En el presente supuesto que la iniciación y tramitación del expediente corresponde a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se cumplirá el trámite de audiencia antes de presentar al órgano competente la correspondiente propuesta de resolución.

Por tanto el procedimiento a seguir es el indicado en el artículo 19 del RGLCAP, que se concreta en las siguientes actuaciones:

- Comunicación de la sentencia firme por el Juzgado de lo penal.
- Inicio del expediente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.
- Trámite de audiencia.

- Propuesta de resolución de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.
- Resolución del Ministro de Economía y Hacienda.
- Notificación al interesado.
- Caso de que se declare la prohibición, inscripción en los registros oficiales de empresas clasificadas y de contratistas o licitadores y publicación en el Boletín Oficial del Estado.

3. - La segunda cuestión formulada, se desdobra igualmente en dos, de un lado el pronunciamiento sobre la nulidad de la adjudicación y de otro el procedimiento y momento de la tramitación a seguir en su caso.

3.1.- Hay que destacar, como ya se ha señalado, que no se ha llevado a cabo la tramitación requerida en la legislación de contratos para declarar la prohibición de contratar y ello constituye un requisito de eficacia sin el cual ésta no puede surtir efectos. En consecuencia, dado que no existe declaración del Ministro de Economía y Hacienda acerca de la prohibición de contratar, duración y alcance, no puede considerarse nula la adjudicación al no encontrarse en los supuestos indicados en los artículos 22 y 62 de la LCAP.

Si se llevase a cabo la aplicación automática de la prohibición, se vulnerarían los artículos 21 de la LCAP y 17 y 19 del RGLCAP, todos ellos de carácter básico. El hecho de no seguir el procedimiento establecido en el citado artículo 19 impediría que el interesado pudiese alegar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a fin de que la Administración, a la vista de las alegaciones, procediera a determinar la duración de la prohibición, en consideración a la existencia de dolo o manifiesta mala fe y a la entidad del daño causado al interés público.

Asimismo, cabe mencionar la postura doctrinal que mantiene el carácter constitutivo de la Resolución que declara la prohibición de contratar, por lo que hasta tanto ésta no haya sido dictada la prohibición no producirá efectos y estos efectos lo serán únicamente para futuras adjudicaciones. En este sentido se pronuncia la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su informe 6/1999, de 17 de marzo, al afirmar en su consideración segunda: “En consecuencia debe mantenerse que en contratos adjudicados y en vigor, la sentencia condenatoria por delitos de falsedad no puede operar como causa de resolución, sino como causa de prohibición de contratar para futuras adjudicaciones”, criterio que

reitera en su consideración tercera en la que indica: “(...) la prohibición de contratar afectará en su caso, a futuros contratos, (...)”.

3.2.- Sentado el criterio sobre inexistencia de nulidad en la adjudicación del contrato en la consideración anterior, no obstante, se señala en respuesta a la consulta formulada por la Consejería de Cultura y Deportes acerca del procedimiento para declarar la nulidad de la adjudicación de un contrato que, según lo dispuesto en el artículo 64 de la LCAP, la declaración de nulidad de los contratos podrá ser acordada por el órgano de contratación, ya sea de oficio o a instancia de los interesados, remitiéndose en cuanto a requisitos y plazos a lo previsto en el artículo 102 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAAPP y PCA). Una vez firme, la declaración de nulidad de la adjudicación llevaría consigo la nulidad del contrato que entraría en fase de liquidación, debiendo indemnizar la parte que resulte culpable a la contraria por los daños y perjuicios que haya sufrido, como establece el artículo 65 de la LCAP.

En cuanto a la suspensión de la ejecución de los actos de los órganos de contratación, el artículo 64 de la LCAP remite asimismo a lo dispuesto en la LRJAAPP y PAC y en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Finalmente, el apartado 3 del artículo 65 de la LCAP establece la posibilidad de que, si la declaración de nulidad produjese un grave trastorno al servicio público, en el mismo acuerdo en que se declare aquélla, se disponga la continuación de los efectos del contrato bajo las mismas cláusulas, en tanto se adoptan las medidas urgentes para evitar el perjuicio.

4.- La última cuestión que se plantea en la consulta, acerca de la posibilidad de continuar la tramitación del expediente con el interesado, ha quedado resuelta en los apartados anteriores, pues, al considerar que la prohibición de contratar no se puede aplicar, por no existir pronunciamiento expreso en la sentencia acerca de la misma y tampoco haberse producido la declaración de la prohibición de contratar por el órgano competente al efecto, la adjudicación del contrato no está incurso en causa de nulidad, por lo que procede continuar con la tramitación del expediente, constitución de la garantía definitiva por parte del adjudicatario y formalización del contrato.

5.- La Consejería de Cultura y Deportes ha advertido la existencia de causa de prohibición de contratar y, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 16 del Reglamento

General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (RGCCPM), aprobado por Decreto 49/2003, de 3 de abril, lo ha puesto en conocimiento de esta Junta Consultiva.

El hecho de que no se haya comunicado la Sentencia a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y en consecuencia no se haya declarado la prohibición de contratar plantea serias dificultades a los órganos de contratación que han tenido conocimiento de la existencia de la causa de prohibición sin que puedan aplicarla por no haberse tramitado el procedimiento preceptivo para determinar sus efectos y duración.

La LCAP y el RGLCAP no prevén las actuaciones a seguir cuando las sentencias o resoluciones firmes no se pronuncian sobre la causa de prohibición de contratar y/o sus efectos y además no se comunican por los órganos que las dictaron a los competentes para declarar la prohibición.

Por lo expuesto esta Comisión Permanente considera procedente poner en conocimiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado los hechos y solicitar información para la adopción de criterio a adoptar en semejantes situaciones.

CONCLUSIONES

1.- Los artículos 21 de la LCAP y 17 del RGLCAP establecen, respecto de la prohibición de contratar por las causas previstas en el apartado a) del artículo 20 de la LCAP, que en los supuestos en que las sentencias o resoluciones firmes contengan pronunciamiento sobre la prohibición de contratar y su duración, la apreciación y aplicación por el órgano de contratación será automática, debiéndose estar a dichos pronunciamientos. Por el contrario, cuando dichas sentencias o resoluciones firmes no contengan pronunciamiento sobre la prohibición de contratar o su duración, la apreciación por el órgano de contratación será automática pero su aplicación requerirá la tramitación de un expediente al efecto, en el que se determinarán la duración y el alcance de la prohibición, atendiendo, en su caso, a la existencia de dolo o manifiesta mala fe del empresario y a la entidad del daño causado.

2.- La competencia para declarar la prohibición de contratar en los supuestos previstos en el artículo 20 a) de la LCAP corresponde al Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y reviste carácter general para todas las Administraciones Públicas, debiendo seguirse para ello el procedimiento establecido en el artículo 19 del RGLCAP.

3.- No puede considerarse nula la adjudicación del contrato, al no encontrarse en los supuestos indicados en los artículos 22 y 62 de la LCAP, dado que no se puede aplicar la prohibición de contratar.