



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

La Alcaldesa - Presidenta del Excmo. Ayuntamiento de (...), solicita, mediante escrito de fecha 24 de enero de 2009 y registro de entrada en Diputación el día 4 de febrero, que por parte de este Departamento se emita Informe Jurídico sobre determinados aspectos relativos a la posible indemnización por daños y perjuicios (de la que el Ayuntamiento estima, a priori, ser acreedor) en el marco del procedimiento de Revisión de Oficio que por la citada Corporación se está tramitando, con el fin de declarar la nulidad del acuerdo plenario relativo a la adjudicación definitiva de un contrato de gestión del servicio público de Viviendas de Mayores, tras percatarse el Ayuntamiento – transcurridos varios meses desde la firma del contrato y el inicio de la realización de su objeto – de que no consta en el expediente de contratación la necesaria acreditación por parte del contratista de hallarse al corriente de sus obligaciones tributarias y con la seguridad social.

De acuerdo con lo expuesto, a la vista del contenido del escrito de petición y del Informe de Secretaría cuya copia se adjunta, procede emitir el siguiente,

INFORME

PRIMERO

Con carácter previo, cabe recordar que, en virtud de la Disposición Transitoria Primera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los expedientes de contratación iniciados, cual es el caso del que es objeto de la consulta planteada, antes de la entrada en vigor de la norma citada, se rigen por la normativa anterior, constituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante, TRLCAP), aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y su Reglamento, aprobado en virtud del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP, en lo sucesivo). Norma esta última aún vigente, en tanto el Gobierno no materialice en una nueva norma de rango reglamentario la habilitación contenida en la Disposición Final Undécima de la Ley de Contratos del Sector Público.

SEGUNDO

Una vez establecida la legislación aplicable, y sobre la base de los antecedentes contenidos en el Informe de la Secretaría del Excmo. Ayuntamiento de (...), de fecha 12 de diciembre de 2008 – cuya copia se adjunta a la solicitud de consulta efectuada por la



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

antedicha Corporación –, a continuación, nos centraremos en el procedimiento de contratación tramitado al efecto y en el cual se acordó la controvertida adjudicación, con el objeto de poder valorar si procede o no su anulación, a la vista de las circunstancias concurrentes en el mismo y puestas de manifiesto por el Ayuntamiento. Más concretamente, la cuestión a dilucidar pasa por tratar de determinar, si la no constancia en el expediente de contratación de los documentos acreditativos de hallarse el contratista al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, podría ser causa suficiente para la tramitación del procedimiento de revisión de oficio de la adjudicación, como pretende el Ayuntamiento.

TERCERO

Con dicha finalidad, cabe recordar que, conforme se afirma en el citado Informe de Secretaría, los hechos acaecidos son, en síntesis, los siguientes: El Pleno Corporativo, tras tramitarse el correspondiente expediente de contratación, acordó, por unanimidad, adjudicar el contrato de gestión del servicio público de viviendas de mayores al único licitador presentado. Con posterioridad, se citó a éste para la firma del pertinente contrato, no obstante lo cual, al comunicar el adjudicatario su imposibilidad para asistir a dicho acto por encontrarse enfermo, se pospuso aquél para dos semanas más tarde. Mientras tanto, en el intervalo de tiempo transcurrido entre la adjudicación del contrato y la nueva fecha establecida para su firma, el Secretario del Ayuntamiento, tras serle detectada una enfermedad con previsión de baja laboral de varios meses, deja firmado el susodicho contrato con el objeto de no demorar más la realización de los trámites necesarios para su ejecución.

En el mismo sentido, cabe también señalar que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 53 del TRLCAP, los contratos se perfeccionan con la adjudicación¹. Por consiguiente, y en relación con la afirmación realizada por el Secretario en su informe, sobre los motivos que le llevaron a tener que anticipar su firma en el contrato, cabe decir que dicho acto fue totalmente irrelevante desde el punto de vista jurídico, pues, el citado documento administrativo debía haberse firmado, dentro del plazo establecido en el artículo 54.1²

¹ *Ello supone que a partir de esa adjudicación, las partes del contrato que nos ocupa quedaron obligadas a su cumplimiento, sin que a la formalización del contrato se le atribuya por la Ley eficacia constitutiva, lo cual no obsta para que el artículo 11.2 TRLCAP haya considerado tal formalización como requisito necesario para la celebración de los contratos, existiendo el contrato, por tanto, desde su perfeccionamiento.*

² **Artículo 54 TRLCAP. Formalización de los contratos.**



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

TRLCAP – y no antes – por la Alcaldesa o Concejales expresamente autorizado, en orden a expresar y vincular la voluntad de la Corporación, y por el adjudicatario, con la asistencia del Secretario, cuya signatura, además de las garantías y responsabilidades que conlleva, da fe pública del acto³, debiendo acudir en caso de ausencia o enfermedad del Secretario a cualquiera de las formas de provisión del citado puesto de trabajo, previstas en el Real Decreto 1732/1994, de 29 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Provisión de puestos de trabajo reservados a Funcionarios de Administración Local con Habilitación de carácter Nacional.

CUARTO

Continuando con el análisis de los hechos, según el relato efectuado en el antedicho Informe del Secretario, se pone de manifiesto que transcurrido cierto tiempo desde la firma del contrato, *“al manipular el expediente se detectó que el contratista no había presentado los documentos a que hace referencia el art. 79.2.b), párrafo segundo del TRLCAP (acreditación de estar al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y con la seguridad social) y que dicha obligación estaba recogida expresamente en la base 12.2.1.d) del Pliego de Condiciones Administrativas Particulares que sirvió de base para la adjudicación del contrato”*. Tras lo cual: *“al desconocerse fehacientemente si esa falta de documentación era imputable a su no presentación por el contratista o al extravío de la misma, se puso en conocimiento de la Alcaldía para que lo requiriese al adjudicatario, con la advertencia de que su omisión podría ser causa de nulidad del contrato”*.

En este punto cabe recordar el contenido del artículo 80 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 (RGLCAP), relativo a la forma de presentación de la documentación constitutiva de las proposiciones de los interesados, el cual señala que tal documentación, incorporada toda ella en un sobre cerrado, incluirá – dentro del mismo – una hoja independiente donde se hará constar una enumeración de su contenido, debiendo además contener uno de los sobres los documentos a que se refiere el artículo 79.2 del TRLCAP, precepto en cuya letra “b” se refiere a una declaración responsable de que la

1. Los contratos de la Administración se formalizarán en documento administrativo dentro del plazo de treinta días a contar desde el siguiente al de la notificación de la adjudicación, constituyendo dicho documento título suficiente para acceder a cualquier registro público, pudiendo, no obstante, elevarse a escritura pública cuando lo solicite el contratista, siendo a su costa los gastos derivados de su otorgamiento.

³ *Así lo establecen, entre otros, los artículos 3.º y 2.º del Real Decreto 1174/1997 de 18 de septiembre, por el que se regula el Régimen Jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de Carácter Nacional.*



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

proposición no esté incurso en ninguna de las prohibiciones de contratar relacionadas en el artículo 20⁴ TRLCAP, declaración que *“comprenderá expresamente la circunstancia de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba exigirse antes de la adjudicación a los que vayan a resultar adjudicatarios del contrato, a cuyo efecto se les concederá un plazo máximo de cinco días hábiles”*.

En la misma línea, y sobre la base de lo dispuesto en el artículo 81⁵ del TRLCAP, conviene también recordar que la Mesa de Contratación es un órgano de asistencia a quien corresponden las funciones de calificación de los documentos presentados, de las propias ofertas y de la propuesta de adjudicación, facultando la normativa en vigor al citado órgano para conceder, en supuestos como el descrito, un plazo de subsanación de defectos, para rechazar o desechar la proposición o, en el supuesto –diferente al aquí planteado – previsto en el artículo 80⁶ TRLCAP, no admitir la misma.

⁴ Artículo en cuya letra “F” se recoge, como circunstancia impeditiva para contratar con la Administración, la de *“no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine”*.

⁵ **Artículo 81 TRLCAP. Mesa de contratación.**

1. Salvo en los supuestos previstos en el artículo 12.4, el órgano de contratación para la adjudicación de los contratos por procedimiento abierto o restringido estará asistido por una Mesa constituida por un Presidente, los vocales, que se determinen reglamentariamente, y un Secretario, designados por el órgano de contratación, el último entre funcionarios del propio órgano de contratación o, en su defecto, entre personal a su servicio. En el procedimiento negociado la constitución de la Mesa será potestativa para el órgano de contratación.

En la Administración General del Estado, sus organismos autónomos, entidades de derecho público y Entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, deberán figurar necesariamente entre los vocales un funcionario de entre quienes tengan atribuido legal o reglamentariamente el asesoramiento jurídico del órgano de contratación y un interventor.

2. La Mesa de contratación podrá solicitar, antes de formular su propuesta, cuantos informes técnicos considere precisos y se relacionen con el objeto del contrato.

3. Cuando el órgano de contratación no adjudique el contrato de acuerdo con la propuesta formulada por la Mesa de contratación deberá motivar su decisión.

⁶ **Artículo 80 TRLCAP. Proposiciones simultáneas.**

En las licitaciones, cada licitador no podrá presentar más de una proposición, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 87 de la presente Ley sobre admisibilidad de variantes. Tampoco podrá suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otros si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión de todas las propuestas por él suscritas.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Por consiguiente, la Mesa de Contratación debió, en el momento procedimental oportuno – que siempre, como es lógico, será antes de la adjudicación por el órgano de contratación y, por ende, de la formalización del contrato y el posterior inicio de la ejecución de su objeto –, detectar la ausencia, tanto de la certificación prevista en el artículo 15⁷ del RGLCAP, tendente a acreditar las circunstancias establecidas en los artículos 13 y 14 del RGLCAP (obligaciones tributarias y con la Seguridad Social), como de la declaración responsable a que hemos hecho referencia con anterioridad, en el supuesto de que esta última no se hubiera presentado –extremo éste que se desconoce por quien realiza el presente Informe –. Documento que, por otra parte, debería figurar entre los relacionados en la enumeración contenida en la hoja independiente antes mencionada. Por lo demás, de la lectura de los artículos 82⁸ y 83.1⁹ del RGLCAP se desprende la confirmación de cuanto

⁷ Artículo 15 RGLCAP. Expedición de certificaciones.

1. Las circunstancias mencionadas en los artículos 13 y 14 de este Reglamento se acreditarán mediante certificación administrativa expedida por el órgano competente, excepto la referida al apartado 1, párrafo a, del artículo 13, cuya acreditación se efectuará mediante la presentación del alta, referida al ejercicio corriente, o del último recibo del Impuesto sobre Actividades Económicas, completado con una declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula del citado Impuesto. No obstante, cuando la empresa no esté obligada a presentar las declaraciones o documentos a que se refieren dichos artículos, se acreditará esta circunstancia mediante declaración responsable.

2. Las certificaciones expedidas podrán ser positivas o negativas:

Serán positivas cuando se cumplan todos los requisitos indicados en los citados artículos 13 y 14 de este Reglamento. En este caso, se indicarán genéricamente los requisitos cumplidos y el carácter positivo de la certificación.

Serán negativas en caso contrario, en el que la certificación indicará cuales son las obligaciones incumplidas.

3. Las certificaciones serán expedidas por el órgano competente en un plazo máximo de cuatro días hábiles, quedando en la sede de dicho órgano a disposición del solicitante.

4. Las certificaciones remitidas al órgano de contratación por vía electrónica tendrán los efectos que en cada caso determine la normativa aplicable.

⁸ Artículo 82 RGLCAP. Valoración de los criterios de selección de las empresas.

La mesa, una vez calificada la documentación a que se refiere el artículo 79.2 de la Ley y subsanados, en su caso, los defectos u omisiones de la documentación presentada, procederá a determinar las empresas que se ajustan a los criterios de selección de las mismas, a que hace referencia el artículo 11 de este Reglamento,



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

venimos diciendo, puesto que, como en tales preceptos se afirma, sólo tras calificarse por la Mesa la documentación y una vez subsanados los defectos u omisiones de la misma, procederá el acto público de apertura de las proposiciones.

Los apartados segundo y tercero del artículo 81 del RGLCAP, refuerzan lo afirmado en los párrafos anteriores, al señalar, respectivamente, que *“si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”*, y que *“de lo actuado conforme a este artículo se dejará constancia en el acta que necesariamente deberá extenderse”*; debiendo destacar que este trámite establecido por la ley a fin de que los licitadores subsanen la documentación, tiene carácter preceptivo, puesto que el artículo 81.2 TRLCAP afirma, como se ha visto, que si la Mesa observase los defectos u omisiones citados, *“lo comunicará”* a los interesados¹⁰.

Las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Aragón y de Castilla-La Mancha, de 10 enero de 2003 y 30 junio de 1999, respectivamente, declaran, de acuerdo con lo expuesto en líneas anteriores, la obligación de conceder el plazo de subsanación en dos supuestos en los que no se había presentado la documentación correspondiente, bien sea porque atiende a la realidad del hecho que la documentación debería constatar, o porque el resto de la documentación subsana el defecto en cuestión.

Finalmente, cabe decir que el principio formalista que rige el actuar de la Administración Pública alcanza especial trascendencia en materia de contratación administrativa, en la que deben cumplirse con el mayor celo y escrupulosidad las formalidades que la Ley establece en garantía de la correcta formación de la voluntad administrativa y en protección y defensa de los intereses públicos implicados y del principio de igualdad de los administrados. En cuanto a esto último, no deja de ser una ventaja para el Ayuntamiento que en el procedimiento de contratación sólo se presentara un licitador, puesto

fijados en el pliego de cláusulas administrativas particulares, con pronunciamiento expreso sobre los admitidos a la licitación, los rechazados y sobre las causas de su rechazo.

⁹ **Artículo 83.1 RGLCAP. Apertura de las proposiciones.**

Una vez realizadas las actuaciones previstas en los dos artículos anteriores, el acto público de apertura de las proposiciones se celebrará en el lugar y día que previamente se haya señalado.

¹⁰ *Así lo afirma la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, entre otros, en su Informe 35/2002, de 17 de diciembre.*



**DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO**



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

que, dado que la adjudicación recayó en el único concurrente, nadie podrá considerar que podría haber sido adjudicatario, por lo que no podrán reclamarse indemnizaciones por daños y perjuicios solicitando el beneficio dejado de obtener o lucro cesante.

QUINTO

Ninguna duda hay de que el adjudicatario – aún no contratista – incurría, si no se hallaba al corriente del pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, en la prohibición para contratar con la Administración, recogida en la letra “f” del artículo 20 del TRLCAP, pero la Mesa de Contratación nada dijo al respecto, habiendo coadyuvado las actuaciones del Ayuntamiento, como se ha puesto de manifiesto en párrafos anteriores, a la creación de la situación actual en la que, meses después de iniciarse la gestión del servicio, se detecta la falta de presentación de ese documento, sin que pueda en modo alguno afirmarse que tales actuaciones benefician al interés público que, de un modo directo o indirecto, subyace en toda contratación administrativa.

Si bien es cierto que el artículo 62.b) del TRLCAP recoge como causa de nulidad del contrato “*el estar incurso el adjudicatario en alguna de las prohibiciones o incompatibilidades señaladas en el artículo 20 de esta Ley*”, pudiera resultar controvertido el hecho de acudir de manera automática al procedimiento de revisión de oficio, teniendo en cuenta, como se afirmaba en el punto CUARTO del presente Informe, que en el propio Ayuntamiento recaía la obligación legal de detectar, en el momento procedimental a que antes se hacía referencia, la falta del documento que constituye precisamente el vicio causante de la pretendida nulidad, descubriéndose tal omisión sólo cuando, meses después de iniciarse la ejecución del contrato, se recibe en las oficinas municipales un Edicto de Providencia de Apremio de la Seguridad Social en el que aparece como deudor el contratista.

No obstante, llegados a este punto se trata ahora de valorar si la documentación no presentada en su momento por el adjudicatario puede ser subsanada, en cuyo caso procedería anular la adjudicación realizada y los actos posteriores con retroacción de actuaciones en el expediente administrativo para que, previa subsanación de los documentos no presentados, continúe el mismo para su resolución en forma; o si, en cambio, ello ha de motivar, en aplicación de la legislación vigente, la nulidad del procedimiento seguido sin posibilidad de subsanación, habiendo sido esta postura la adoptada por el Ayuntamiento, según se deriva de la consulta realizada por la Alcaldesa y del Informe de Secretaría que se adjunta a la misma.

En este sentido hay que destacar, en primer lugar, que una cosa es que el requisito se cumpla y no se haya aportado la justificación documental, lo cual puede subsanarse, y otra cosa diferente es que no cumpliéndose el requisito en el plazo establecido, éste se



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

subsane con posterioridad. Pues bien, siguiendo la doctrina del Consejo de Estado, contenida en su Dictamen de fecha 24 de octubre de 1974, sólo en aquellos supuestos en que se cumplían los requisitos con anterioridad pero no se habían presentado los oportunos justificantes, es posible entender que los defectos son subsanables, debiendo –en consecuencia – distinguir entre, por una parte, defectos subsanables con preexistencia del requisito y falta de la aportación documental, y, por otra, falta del requisito y de su justificación, tal y como se recoge en la sentencia del Tribunal Superior de Castilla y León de 7 de marzo de 2003.

De acuerdo con lo expuesto, hay que separar las prohibiciones de contratar de los requisitos formales, sin que deba equipararse, al menos de forma automática, unos y otros, puesto que, en ese caso, se estarían elevando los requisitos formales, por obra de la interpretación de las Mesas de Contratación o de quien se trate, a auténticos requisitos constitutivos del derecho, tal como afirma, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1995.

Por su parte, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en doctrina reiterada en numerosos informes, ha asentado el criterio de que reúnen el carácter de subsanables «los [defectos] que se refieren a la acreditación del requisito de que se trate, pero no a su cumplimiento»¹¹, criterio interpretativo que está en línea con el criterio jurisprudencial flexible antes expuesto.

Retomando la jurisprudencia sobre la materia, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre el alcance que se puede dar a la no presentación de determinados documentos exigidos en el Pliego de Condiciones y en el propio TRLCAP. Así, la sentencia del Alto Tribunal, Sala 3ª, Sección 5ª, de fecha 28 de septiembre de 1995, considera que la falta de presentación por la entidad adjudicataria del certificado de encontrarse al corriente en el pago de las primas y cuotas de la Seguridad Social, no es motivo suficiente para privar a aquélla de la adjudicación llevada a cabo, habiendo entendido además la Corporación demandada en ese caso, que su propuesta era la más beneficiosa para los intereses públicos municipales, y ello porque, añade dicha sentencia en su fundamentación, “*en definitiva, se trataba de un requisito subsanable, y, por lo tanto, su falta no era motivo suficiente para privar de la adjudicación a la entidad que, según los técnicos municipales... había presentado la proposición más beneficiosa para los intereses municipales*”¹².

La ausencia de la documentación acreditativa de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social y la no concesión por parte de la Mesa de

¹¹ Por todos, véase el Informe 27/04, de 7 de junio.

¹² En el mismo sentido se pronuncian, entre otras, la sentencia –también del Supremo– de 19 de diciembre de 1989 y la del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de enero de 2005.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

Contratación de la posibilidad de subsanar esa documentación no presentada, constituye – por tanto – un vicio o defecto invalidante causante de anulabilidad, porque impide poder valorar y concluir si la mercantil (...) se hallaba o no al corriente en el cumplimiento de tales obligaciones. Por ello, como quiera que la posibilidad de subsanar viene impuesta con carácter imperativo, tanto en el ya citado artículo 81 del RGLCAP, como en el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), posibilidad que también se infiere claramente de los criterios de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo – entre otras – en las sentencias citadas, ha de considerarse que la Mesa de Contratación debió haber concedido la posibilidad de subsanación y de poder presentar la documentación omitida, con el fin de comprobar si el adjudicatario cumplía o no las exigencias establecidas tanto legal y reglamentariamente como en el Pliego de Condiciones.

Por tanto, de acuerdo con lo expuesto, la adjudicación llevada a cabo, no estando acreditado que el entonces adjudicatario y actual contratista cumpliera todas las condiciones exigidas en el Pliego de Condiciones y en la normativa de contratos, determina que, en aplicación de los artículos 63¹³ del TRLCAP y 63.2¹⁴ de la LRJPAC deba acudir, al menos en un primer momento, a la anulabilidad y no a la nulidad de pleno derecho, remitiéndome directamente al Informe de Secretaría que adjunta la Alcaldesa a su consulta para la mejor comprensión de ambas figuras, informe en cuyo texto quedan adecuada y suficientemente explicitados tanto los efectos como las notas características de las mismas. Sólo tras concederse por la Mesa de Contratación el plazo de subsanación a que se ha hecho referencia por extenso, y en el supuesto de que el adjudicatario no acreditase – dentro del

¹³ **Artículo 63 TRLCAP. Causas de anulabilidad de derecho administrativo.**

Son causas de anulabilidad de derecho administrativo las demás infracciones del ordenamiento jurídico y en especial de las reglas contenidas en la presente Ley, de conformidad con el artículo 63 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

¹⁴ **Artículo 63 LRJPAC. Anulabilidad.**

1. Son anulables los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder.

2. No obstante, el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a la indefensión de los interesados.

3. La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

mismo – que se encuentra al corriente del pago de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, bien realice ello, de acuerdo con el artículo 21.5¹⁵ TRLCAP mediante testimonio judicial, certificación administrativa o, según los casos y cuando el documento acreditativo no pueda ser expedido por la autoridad competente, a través de una declaración responsable otorgada ante autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado; podrá dejarse sin efecto el contrato.

SEXTO

Considerando que, pese a lo expuesto, el Ayuntamiento ya ha iniciado el procedimiento de revisión de oficio previsto en el artículo 102 de la LRJPAC, como consecuencia de haber estimado que concurre una de las causas de nulidad absoluta previstas en el artículo 62 TRLCAP, hay que destacar que la declaración de nulidad de las adjudicaciones a favor de personas incursoas en prohibición de contratar permite atenuar sus efectos atendiendo a los perjuicios que pueda causar al interés público. En este sentido, el artículo 22¹⁶ TRLCAP ofrece como solución para los casos en que la declaración administrativa de nulidad de un contrato produzca, como podría ocurrir en este caso, un grave trastorno al servicio público, la posibilidad de que en el mismo acuerdo se disponga la continuación de los efectos de aquél y bajo sus mismas cláusulas, hasta que se adopten las medidas urgentes para evitar el perjuicio. Se ofrece pues, desde el propio texto legal, una

¹⁵ **Artículo 21.5 TRLCAP:**

La prueba por parte de los empresarios de no estar incursoas en las prohibiciones para contratar con la Administración señaladas en el artículo anterior, en relación con las situaciones indicadas en sus distintas letras, podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa según los casos y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá ser sustituido por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado. Cuando se trate de empresas de Estados miembros de la Unión Europea y esta posibilidad esté prevista en la legislación del Estado respectivo, podrá también sustituirse por declaración responsable, otorgada ante una autoridad judicial.

¹⁶ **Artículo 22 TRLCAP. Efectos de la falta de capacidad, solvencia y de las prohibiciones de contratar.**

Las adjudicaciones de contratos en favor de personas que carezcan de la capacidad de obrar o de solvencia y de las que se hallen comprendidas en alguno de los supuestos del artículo 20 serán nulas de pleno derecho. Sin perjuicio de ello, el órgano de contratación podrá acordar que el empresario continúe la ejecución del contrato, bajo las mismas cláusulas, por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público correspondiente.



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

solución de urgencia que ha sido recomendada en alguna ocasión por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, concretamente en su Informe de 30 de octubre de 2006.

En esa línea, otro aspecto que debe ser abordado es el de la posible incautación de la garantía definitiva constituida por el adjudicatario, en virtud de los artículos 36 y 38 del TRLCAP. A este respecto, hay que afirmar que las garantías definitivas responden de los conceptos establecidos en el artículo 43.2¹⁷ del TRLCAP, entre los que, pese a no recogerse expresamente los daños y perjuicios derivados de la declaración de nulidad de las adjudicaciones a favor de personas incursoas en alguna prohibición de contratar, se encuentra, en el apartado 2.c) del último precepto citado, “*la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el mismo o con carácter general en esta Ley*”, y, considerando que uno de los efectos de la declaración de nulidad es la resolución del contrato y la liquidación de su contenido, sería ajustada a derecho la incautación de la garantía definitiva, que opera como una liquidación mínima – a priori – de los daños y perjuicios que el contratista pueda haber causado a la Administración Municipal, siendo exigible la responsabilidad del contratista por encima de tal importe, esto es, *ultra vires cautionis*, pero ello sin olvidar una idea que se ha ido dejando patente a lo largo del presente informe, cual es la posible aplicación de la doctrina de la compensación de culpas o responsabilidad moderada, sobre la base de los artículos 1103 y 1154 del Código Civil y del Título X de la LRJPAC.

SÉPTIMO

En cuanto a la pregunta que plantea la Sra. Alcaldesa en su consulta, relativa a la posible indemnización de la que, sobre la base del artículo 65.1¹⁸ del TRLCAP, sería – a su

¹⁷ **Artículo 43.2 TRLCAP. Extensión de las garantías.**

Las garantías definitivas responderán de los siguientes conceptos:

- a) *De las penalidades impuestas al contratista en razón de la ejecución del contrato, en especial las comprendidas en el artículo 95, cuando no puedan deducirse de las certificaciones.*
- b) *De las obligaciones derivadas del contrato, de los gastos originados a la Administración por demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o en el supuesto de incumplimiento del mismo, sin resolución.*
- c) *De la incautación que pueda decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo establecido en el mismo o con carácter general en esta Ley.*
- d) *Además, en el contrato de suministro la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes suministrados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.*

¹⁸ **Artículo 65 TRLCAP. Efectos de la declaración de nulidad.**



DIPUTACIÓN PROVINCIAL
DE
TOLEDO



ASISTENCIA A MUNICIPIOS Y FORMACIÓN

Núm. R. E. L. 0245000

juicio – acreedor el Ayuntamiento si, pese a todo lo expuesto, éste decidiera continuar con el procedimiento de revisión de oficio ya iniciado, en aras a declarar la nulidad del contrato que nos ocupa, hay que partir, en primer lugar, del concepto mismo de indemnización por daños y perjuicios, que no es otra cosa que el resarcimiento económico del menoscabo producido al perjudicado, lo cual comprende no sólo el valor de la pérdida que haya sufrido, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor¹⁹.

La determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar el contratista se llevará a cabo, una vez acreditada la culpa y el nexo causal entre el hecho y el daño o perjuicio, en función de la extensión de los mismos, por el órgano de contratación, en decisión motivada previa audiencia del contratista, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para el servicio que constituía el objeto del contrato y a los mayores gastos que ocasione al Ayuntamiento, no existiendo en la normativa de contratos criterios reglados para su cuantificación, por lo que habrá que estar al caso concreto, pudiendo tenerse en cuenta aspectos tales como el incremento de la inversión que se vea obligada a realizar la Corporación por el “rescate” – por así decirlo – del servicio o por una nueva contratación, intereses por créditos a cargo de la Administración para la financiación del servicio, intereses de demora de ingresos dejados de percibir, etc.

Es cuanto tengo el deber de informar, advirtiendo que la opinión jurídica recogida en el presente Informe se somete a cualquier otra mejor fundada en Derecho, sin que supla en modo alguno la contenida en otros Informes que se hayan podido solicitar o que preceptivamente se deban emitir para la válida adopción de los acuerdos.

Toledo, a 16 de febrero de 2009

1. *La declaración de nulidad de los actos preparatorios del contrato o de la adjudicación, cuando sea firme, llevará en todo caso consigo la del mismo contrato que entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido.*

¹⁹ **Artículos 1101 y 1106 del Código Civil.**