

FV

**INFORME 2/2006 DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE ADMISIÓN DE UN LICITADOR CUYA PROHIBICIÓN PARA CONTRATAR ES SUSPENDIDA MEDIANTE AUTO JUDICIAL FIRME.**

[Grupo: 6.1]

El Secretario General Técnico de la Consejería de Turismo del Gobierno de Canarias, mediante escrito de fecha 31 de enero de 2006, con entrada en esta Secretaría el día 1 de febrero siguiente, formula consulta a la Junta Consultiva en la que, refiriéndose a una licitación convocada por una empresa pública para la adjudicación de un contrato de obras, expone, en síntesis, las siguientes circunstancias:

1.- Se presenta a la licitación una U.T.E. en la que participa una empresa que, siendo inicialmente admitida a la licitación, posteriormente, antes de que se formule propuesta de adjudicación, se comprueba, a instancias de otro licitador, que está inscrita en el registro de empresas incursas en prohibición para contratar, como consecuencia de Resolución del Ministerio de Economía Hacienda por la que se le declara en tal situación por haber incurrido en la causa d) del artículo 20 de la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), vigente en el momento de dictarse dicha Resolución. La duración de la prohibición se extiende a un período de seis meses que comienza el 26 de septiembre de 2005 y concluye el 26 de marzo de 2006, período que abarca el plazo para la presentación de proposiciones establecido para la licitación convocada.

2.- La Mesa de contratación solicita de la Secretaría de la Junta Consultiva estatal confirmación de la situación de prohibición para contratar, situación que es confirmada mediante correo electrónico remitido por la Subdirección General Adjunta de dicho órgano, en el que, al propio tiempo, se manifiesta que la Junta Consultiva, aunque tiene conocimiento oficioso de un auto judicial que acuerda la suspensión cautelar de la prohibición, éste no le ha sido notificado oficialmente.

3.- Otorgándosele trámite de audiencia al licitador declarado en situación de prohibición para contratar, éste aporta testimonio judicial, expedido el 19 de enero de 2006, relativo a un auto firme dictado el 10 de octubre de 2005 por la Sala de lo Contencioso-

FV

Administrativo de la Audiencia Nacional, por el que, con motivo de haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la Resolución de prohibición de contratar, se acuerda la inmediata suspensión cautelar de su ejecución. Junto con dicho testimonio judicial, el licitador aporta copia de escrito dirigido el 25 de enero de 2006 a la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, por el que se le da traslado a dicho Órgano del referido auto suspensivo, y solicita que, en cumplimiento del mismo, se le excluya de la relación de empresas incursas en prohibición para contratar.

Ante la situación expuesta, el escrito de consulta formula las siguientes cuestiones:

- a) *“Si se debe otorgar preponderancia a la prohibición para contratar vigente en la actualidad según la Junta Consultiva, o bien al auto judicial que acuerda su suspensión, aún con independencia de haber sido notificado o no a dicho órgano.”*
- b) *“Si el Ministerio de Economía y Hacienda, en virtud del referido auto judicial, acordase, con posterioridad a la realización de esta consulta, la suspensión de la ejecución de su Resolución, ¿tal suspensión conllevaría efectos retroactivos y supondría que ... [la empresa en cuestión] no se encontraba en causa de prohibición para contratar al momento de presentar su proposición al concurso de referencia?”*

Antes de entrar a analizar las cuestiones expuestas, resulta necesario dejar bien sentado que, planteándose la consulta como consecuencia de unas circunstancias concretas sobrevenidas en la tramitación de un procedimiento de contratación determinado, la función consultiva encomendada a esta Junta en ningún caso puede suplir, ni debe interferir, las funciones de asesoramiento jurídico que, en los procedimientos de contratación, han de prestar, preceptiva o facultativamente, los órganos que tienen atribuida tal competencia. No obstante, dado que los términos en que se plantea la consulta guardan relación directa con aspectos que pueden incidir, de forma general, en los procedimientos de licitación de la contratación administrativa, y, concretamente, en aspectos relativos a la capacidad y admisión de los licitadores, esta Junta Consultiva considera oportuno emitir su parecer sobre los aspectos generales implicados en tales cuestiones, al tiempo que se resalta el carácter consultivo de este informe.

FV

Las circunstancias que dan lugar a la consulta, determinan que las cuestiones a dilucidar en el presente informe se centren en torno a cómo y cuándo inciden y se han de apreciar en una licitación pública, las posibles circunstancias incapacitantes para contratar contempladas en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), debiendo analizarse, al propio tiempo, los medios de prueba que los licitadores tienen a su alcance para acreditar no estar incurso en los distintos supuestos de prohibición de contratar previstos en dicho artículo.

A tal efecto, en primer lugar hay que tener en cuenta que los términos en que está redactado el artículo 79.2.b) del TRLCAP, al enumerar la documentación que ha de acompañar a las proposiciones de los licitadores para acreditar su capacidad para contratar, permiten interpretar que el legislador parte de la base de presumir la inexistencia de circunstancias que conlleven la prohibición de contratar, salvo prueba en contrario, y, en consecuencia, los licitadores tan sólo deberán aportar una declaración responsable de no estar incurso en tales circunstancias.

De acuerdo con lo expuesto, la admisión a la licitación se acuerda por las Mesas de contratación, como así se hizo en el supuesto que da lugar a la consulta, en base a la declaración responsable formulada por el propio licitador. Así pues, tan solo si se constatase la posible incidencia de alguna circunstancia incapacitante de las previstas en el citado artículo 20, como igualmente ocurrió en el supuesto que nos ocupa, resultará necesario recurrir expresamente a los medios de prueba previstos en el artículo 21.5 del TRLCAP para acreditar la no concurrencia de tales situaciones de prohibición para contratar.

Teniendo en cuenta la diversa naturaleza y origen de las circunstancias incapacitantes que enumera el artículo 20, los apartados 1 y 3 del artículo 21 concretan las distintas formas de llevar a cabo su declaración y los distintos medios para apreciar su incidencia en los procedimientos de contratación, y, en concordancia con ellos, el apartado 5 del citado artículo 21 dispone lo siguiente: *“La prueba por parte de los empresarios de no estar incurso 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...”*

Pues bien, si la Mesa de contratación requiere a un licitador para que aporte documentación acreditativa de no estar incurso en la circunstancia de prohibición para

FV

contratar prevista en el apartado d) del artículo 20 de la LCAP (apartado a) del actual TRLCAP), y éste aporta testimonio judicial de un auto firme por el que se declara la suspensión cautelar de la Resolución por la que se le había declarado estar incurso en tal circunstancia, suspensión que, a la vista de las fechas en que se acuerda el auto y la fecha en que se expide el testimonio, estaba vigente en el momento de la licitación, es evidente que el licitador, haciendo uso del medio de prueba previsto en el artículo 79.2.b) del dicho texto refundido, deja suficientemente acreditado que, en el momento de la licitación, no está incurso en prohibición para contratar. Por otra parte, tal acreditación no puede quedar desvirtuada por el hecho de que no se haya constatado que el órgano jurisdiccional que dictó el auto haya llevado a cabo la notificación formal de dicho auto al órgano que acordó la declaración de prohibición, ni por el hecho de que no se haya cancelado la inscripción del licitador en el registro de empresas con prohibición para contratar del Ministerio de Economía y Hacienda. Deduciéndose de las actuaciones practicadas, que el órgano que dictó la Resolución recurrida tiene conocimiento efectivo del auto suspensivo, y siendo éste firme, tanto el hecho de que se haya realizado o no su notificación formal, como la circunstancia de que el licitador continúe incluido en el registro de empresas con prohibición para contratar, son, en este caso, aspectos formales que, siendo anteriores al testimonio judicial del auto aportado, no pueden dejar sin efecto el contenido suspensivo de éste, en lo que se refiere a acreditar la capacidad de obrar del licitador en el momento de concurrir a la licitación.

Por otra parte, la eficacia suspensiva del auto tampoco puede quedar desvirtuada por una mera comunicación oficiosa, emitida mediante un correo electrónico en el que, un órgano distinto al que dictó la Resolución recurrida, manifiesta, sin carácter de certificación, que, pese a tener conocimiento de la existencia del auto, no habiendo recibido su notificación formal, la prohibición continua vigente. Es evidente que una posible deficiencia formal de un acto de notificación, no puede dejar sin efecto la eficacia de una decisión judicial, cuando se acredita que las partes implicadas han tenido ya a su alcance los cauces y los medios suficientes para conocerla. No obstante lo anteriormente expuesto, teniendo en cuenta que el propio licitador afectado por la Resolución recurrida, ha aportado al procedimiento el justificante de haber remitido al órgano que la dictó el testimonio judicial del auto suspensivo de la misma, el órgano de contratación podría, si lo estimase oportuno en aras de una mayor

FV

seguridad jurídica, acordar la suspensión de la tramitación del procedimiento de adjudicación del contrato y recabar, bien directamente, o bien a través del propio licitador afectado, testimonio judicial respecto de la notificación del auto suspensivo al órgano que dictó la Resolución de prohibición, así como certificación de éste sobre la efectiva situación del licitador afectado por la Resolución recurrida.

En consecuencia con lo expuesto, esta Junta Consultiva, informando sobre los aspectos de carácter general implícitos en la cuestión planteada, estima que, en las circunstancias del supuesto que da lugar a este informe, la constatación formal de la suspensión de los efectos de una Resolución de prohibición para contratar, mediante testimonio judicial de un auto firme, es medio de prueba adecuado y suficiente para acreditar que, en el momento de la licitación, un licitador no está incurso en la circunstancia incapacitante a que dicha Resolución se refiere.

Quedando así resuelta la primera de las cuestiones sometidas a informe, ha de resultar evidente cuál ha de ser el criterio de esta Junta Consultiva respecto a la segunda de las cuestiones planteadas, en la que se consulta sobre los posibles efectos de un acuerdo expreso que el órgano que en su momento dictó la Resolución de prohibición para contratar pudiera dictar posteriormente para dar cumplimiento al auto de suspensión.

A la vista de los argumentos anteriormente expuestos, y teniendo en cuenta que lo que se trata de dilucidar es si, en el momento de la licitación, queda probada la capacidad o incapacidad de un licitador que ha recurrido una Resolución de declaración de prohibición para contratar y ha obtenido un auto judicial de suspensión de dicha Resolución, esta Junta Consultiva estima, consecuentemente, que dicho acuerdo no incidiría a posteriori, ni positiva ni negativamente, en la acreditación de la capacidad del licitador para contratar en el momento de la licitación, pues tal acreditación ya se habría llevado a cabo por la eficacia probatoria del testimonio judicial aportado.

## CONCLUSIONES

**1.-** La aportación en un procedimiento de licitación de un testimonio judicial de un auto firme en el que se declara la suspensión cautelar de una Resolución de prohibición para

FV

contratar recurrida, teniendo en cuenta que, a la vista de las fechas en que se acuerda el auto y la fecha en que se expide el testimonio judicial, la suspensión estaba vigente en el momento de la licitación, constituye un medio de prueba suficiente, previsto en el artículo 79.2.b) del TRLCAP, para acreditar que, en el momento de la licitación, el licitador no está incurso en prohibición para contratar. Deduciéndose de las actuaciones practicadas, que el órgano que dictó la Resolución recurrida tiene ya a su alcance los cauces y los medios suficientes para conocer el auto suspensivo, y siendo éste firme, tanto el hecho de que se haya realizado o no su notificación formal, como la circunstancia de que el licitador continúe incluido en el registro de empresas con prohibición para contratar, son aspectos formales que no dejan sin efecto el contenido suspensivo del auto, en lo que se refiere a acreditar la capacidad de obrar del licitador en el momento de concurrir a la licitación.

2.- El acuerdo expreso que el órgano que en su momento dictó la Resolución de prohibición para contratar pudiera dictar, posteriormente, para dar cumplimiento al auto de suspensión, no incidiría, ni positiva ni negativamente, en la acreditación de la capacidad del licitador para contratar en el momento de la licitación, pues tal acreditación ya se habría llevado a cabo mediante la eficacia probatoria del testimonio judicial aportado en su momento.

Las Palmas de Gran Canaria, a 23 de febrero de 2006.