ANTECEDENTES

PRIMERO.- Iniciado el procedimiento de urgencia para preparar y adjudicar, mediante concurso abierto, el contrato del servicio de vigilancia y seguridad de la Biblioteca Pública regional para el ejercicio 1998, fue elaborado el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares, que permitía que, en la presentación de proposiciones, se sustituyese la certificación acreditativa de estar al corriente en el cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social, por el documento de solicitud de dicha certificación, «sin perjuicio de la obligación de presentar los oportunos certificados en caso de resultar adjudicatario». También se consignó en el citado Pliego, como obligación del adjudicatario antes de la formalización del contrato, «aportar certificados expedidos por los órganos competentes» para acreditar estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social (Cláusula 12, b).

SEGUNDO.- Mediante Orden de 5 de febrero de 1998 se adjudicó el contrato a «S., S.A.», la cual fue notificada de ello y requerida para formalizar el contrato, previo depósito de la garantía definitiva y aportación del certificado de estar al corriente con la Seguridad Social, advirtiéndole de la posibilidad de «proceder a la resolución del contrato en caso de no atender dicha obligación» (folio 82 del expediente administrativo).

TERCERO.- Habiéndose declarado de urgencia la obtención de los servicios adjudicados, se ordenó al contratista, aún sin formalizar el contrato, que comenzase la ejecución del mismo, habida cuenta de que había depositado la fianza definitiva, al amparo todo ello de lo prevenido en el artículo 72.2, c) de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP); así se cumplió, según consta en certificación expedida por el director de la biblioteca regional como responsable del seguimiento y control de la contratación (folio 97).

CUARTO.- El 29 de abril de 1998 se notifica al contratista que, habiendo omitido la obligación de aportar el certificado de estar al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, la Consejería va a iniciar los trámites para declarar nula la contratación, concediéndole un plazo de 10 días para alegar lo que considerase oportuno; no consta que el indicado contratista formulase alegación alguna.

QUINTO.- Por Orden de 20 de octubre de 1998 se inicia el procedimiento para revisar de oficio la adjudicación del contrato y declararla nula, dándose audiencia al contratista por plazo de 10 días, sin que el mismo formulara alegación alguna, proponiendo el Secretario General de la Consejería la Orden correspondiente el 4 de febrero de 1999, cuya parte dispositiva incluye *«declarar de oficio la nulidad de la Orden de la Consejería de Cultura y Educación de fecha 5 de febrero de 1998, por la que se adjudicó la contratación del servicio de vigilancia y seguridad de la Biblioteca Regional para el año 1998 a la empresa S S.A.,».*

SEXTO.- Han informado la propuesta de resolución tanto el Servicio Jurídico de la Consejería citada como la Dirección de los Servicios Jurídicos, coincidiendo en emitir conclusión favorable sobre la misma, al entender que la adjudicación del contrato es nula de pleno derecho por haberse realizado a favor de persona incursa en prohibición de contratar (artículos 22 y 63. B) LCAP).

SÉPTIMO.- Con registro de entrada del 21 de abril de 1999 fue recibida la solicitud de dictamen

acompañada del expediente, aludiendo a su carácter preceptivo en atención a lo que dispone el artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo.

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del dictamen.

El artículo 12.6 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, establece que corresponde al Consejo Jurídico emitir dictamen preceptivo en los procedimientos de revisión de oficio de actos administrativos en los casos previstos en las leyes.

A su vez, el artículo 65.1 LCAP indica que la declaración de nulidad de los contratos podrá ser acordada por el órgano de contratación, previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, conforme a los requisitos y plazos establecidos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, Ley 30/92).

El expediente remitido es el de un procedimiento para declarar la nulidad de pleno derecho del contrato adjudicado, por la causa establecida en el artículo 63.b) LCAP, correspondiendo a este Consejo Jurídico, por ello, emitir dictamen preceptivo y, además, con el carácter de favorable ordenado por el ya citado artículo 65.1 LCAP.

SEGUNDA.- Sobre el procedimiento.

Se ha seguido el establecido en la Ley 30/92, artículo 102 y concordantes, iniciándose por el órgano competente y constando que el contratista, en cuanto interesado, ha gozado del trámite de audiencia y vista delexpediente.

TERCERA.- Sobre la procedencia de la declaración de nulidad propuesta.

La declaración de nulidad del contrato que se pretende culminar por la Consejería de Cultura y Educación se fundamenta en el artículo 63 de la LCAP, apartado b), segundo inciso, según el cual es causa de nulidad del contrato referida al momento de la adjudicación, el estar incurso el adjudicatario en alguna de las prohibiciones para contratar previstas en el artículo 20 de esa misma Ley, imputándosele, en particular, incurrir en la prohibición prevista en el apartado f) de ese precepto, es decir, no hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social impuestas por las normas vigentes, «en los términos que reglamentariamente se determinen».

El desarrollo reglamentario aludido se realizó por el Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, que, completando parcialmente a la LCAP, estableció en sus artículos 8 y siguientes el régimen de las certificaciones acreditativas del cumplimiento de tales obligaciones, las cuales son válidas a efectos de «participar en los procedimientos de licitación» (art. 10.3). La Consejería ha hecho uso de lo previsto en el artículo 9.3 del indicado reglamento, que permite a los licitadores acreditar la circunstancia de ese cumplimiento y adquirir la condición de adjudicatarios por la mera presentación de la solicitud del certificado, «sin perjuicio de la obligación de presentar los correspondientes certificados por las empresas adjudicatarias», cuando el plazo para presentar las ofertas sea inferior al de 20 días previsto en el reglamento para expedir tales certificados; esta circunstancia concurre en el caso dictaminado al haberse declarado la urgencia del expediente (art. 72 LCAP).

A la vista de los antecedentes que concurren y de la normativa rectora de los mismos, el Consejo Jurídico no es del parecer reflejado en la propuesta de resolución, ya que diversas circunstancias impiden considerar nulo el contrato.

I. En primer lugar, el momento de la adjudicación del contrato queda libre de toda tacha legal y, por tanto, difícilmente puede entenderse afectado por el mayor de los vicios que el ordenamiento jurídico-administrativo reserva para los actos, cual es el de considerarse nulos de pleno derecho.

El examen procedimental relatado en antecedentes, en unión de las previsiones del Real

Decreto 939/1996, ya expuestas, indican que el licitador podía válidamente adquirir la condición de contratista sustituyendo el certificado del órgano competente de la Seguridad Social por la simple solicitud del mismo, siendo ello algo que también había previsto el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de una forma correcta, al consignar como obligación del adjudicatario (no del licitador) el aportar certificados para acreditar que estaba al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social (Cláusula 12,b). Es de estimar por ello que no existen inconvenientes para concluir que el contrato se adjudicó con respeto a las normas aplicables y que, por ello, se perfeccionó el mismo, remitiéndose las sucesivas incidencias a la fase de ejecución, dentro del marco contractual.

A ello debe unirse otra consideración adicional, reiteradamente expuesta por la doctrina y la jurisprudencia, consistente en interpretar de manera restrictiva las causas de nulidad de los actos administrativos en general (STS de 17 de junio de 1987, Sala 4ª), criterio que debe ponderarse en relación con el hecho de que el contrato comenzó a ejecutarse y que las facultades de revisión no deben llevarse a efecto cuando su ejercicio resulte contrario a la buena fe y a la equidad (art. 106 de la Ley 30/92). Desde el punto de vista del interesado, puede afirmarse que éste, en la fase de preparación y adjudicación del contrato, cumplió todos los requisitos que le permitieron obtener la adjudicación. Así, no sería achacable a él la existencia de cualquier causa de nulidad incidente en el acto de adjudicación.

II. Una segunda circunstancia por la que el Consejo Jurídico no comparte el criterio expresado en la propuesta de resolución es la referida a la concreta acreditación de encontrarse el adjudicatario incurso en la prohibición de contratar esgrimida, que en el expediente se contrae a una presunción (no haber aportado el certificado de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social) y no a la prueba directa del hecho.

Como ha quedado expuesto, el esquema legal y reglamentario de la contratación permitía presumir que el licitador podía ser adjudicatario mediante la simple presentación de la solicitud del certificado, construyéndose así legalmente una presunción que requiere, para ser destruida, de indicios directos que permitan afirmar con la rotundidad necesaria la falta de cumplimiento de obligaciones con la Seguridad Social. Nos encontramos en presencia de una prohibición para contratar, y las prohibiciones, según es principio habitual de aplicación, deben ser interpretadas restrictivamente, como todas las circunstancias limitativas de la capacidad. Cabe pensar, como hipótesis, que el contratista presente, aún a la fecha de hoy, un certificado de estar al corriente en el cumplimiento de tales obligaciones, lo que desvirtuaría la tesis seguida en el expediente. Dada, además, la especial circunstancia de la tramitación urgente que ha permitido al adjudicatario convertirse en tal con la presentación de la solicitud del certificado, el Consejo Jurídico llega a la conclusión de seguir presumiendo que la empresa contratista se encuentra al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social, porque el órgano de contratación no ha desvirtuado la presunción de que así sea mediante las comprobaciones que se pueden realizar posteriormente (art. 10.2 del Real Decreto 390/1996, ya citado).

El control de las circunstancias limitativas de la capacidad para contratar tiene un significado diferente cuando se realiza sobre los licitadores (en este caso, encontramos que el interesado es adjudicatario), momento en el que la exigencia legal y reglamentaria de los certificados oportunos tiene un carácter formal tendente a excluir a los que no los presenten, porque su aportación se convierte en requisito para participar en el procedimiento de licitación (art. 10.3 del Real Decreto 390/1996). Sin embargo, cuando el licitador adquiere la condición de adjudicatario, el estar incurso en la prohibición de contratar, que supondría la nulidad de pleno derecho del contrato, requiere una prueba indubitada de tal situación que no existe en el caso sometido a consulta.

CUARTA.- Sobre la perfección, ejecución y resolución del contrato.
Considerando todo lo anterior y a la vista de la legislación hoy vigente en materia de contratos administrativos, cabe apreciar que el contrato objeto del expediente se perfeccionó (art. 54 LCAP) y que, por obligación legal, el adjudicatario revestido ya de la condición de contratista, debía desplegar la actividad necesaria para proceder a su formalización, como al efecto indica el artículo 55 de la citada LCAP, y como le fue requerido por el órgano de contratación de forma reiterada.
Atendiendo a las actuaciones practicadas, que revelan la omisión de actividad del contratista para proceder a la formalización aportando el certificado de encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones de Seguridad Social, entra plenamente en aplicación el párrafo 3 del precitado artículo 55 LCAP, según el cual *«Cuando por causas imputables al contratista, no pudiese formalizarse el contrato (...), la Administración podrá acordar la resolución del mismo(...) En tal supuesto, procederá la incautación de la garantía provisional y la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados».*
En efecto, la formalización del contrato es una más de las obligaciones del contratista para una correcta ejecución de las prestaciones convenidas, porque el contrato existe desde que se adjudica, momento en que se da el necesario concurso entre la oferta y la aceptación.
A partir de ese incumplimiento constatado, respecto al cual el interesado no ha formulado alegato alguno que pueda ponderarse, procede aplicar la facultad de resolución prevista por el precepto antedicho, ya que, si bien el órgano de contratación ostenta la potestad discrecional de no resolver el contrato, ha de tenerse en cuenta la actitud del contratista, que no ha obrado con la diligencia, buena fe y voluntad de cumplimiento exigible para que no resulte perjudicado el interés público que se defiende a través del pleno cumplimiento de la legalidad.
El todavía vigente Reglamento de Contratos del Estado (Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre) contiene al respecto una regla relativa al contrato de obras, plenamente trasladable al resto de contratos dentro del esquema de tal norma, según la cual, si en el incumplimiento del contratista ha habido dolo, fraude o engaño, procede siempre resolver el contrato, sea cual sea, pues, la cantidad o cualidad del incumplimiento (art. 159, párrafo primero).
Es de apreciar en el supuesto presente que el contratista, con su actitud pasiva en cuanto al cumplimiento y, prevaliéndose de la aplicación de un procedimiento de tramitación excepcional como es el de urgencia, que presume la plena capacidad del licitador supeditándola a su acreditación caso de resultar adjudicatario, ha podido eludir una prohibición de contratar, y esa mera posibilidad unida a su reiterada pasividad en el proceso de formalización y en el procedimiento seguido para declarar la nulidad, es razón suficiente para valorar su conducta como potencialmente engañosa y, en consecuencia, para abrir la posibilidad de resolver el contrato prevista en el artículo 55.3 LCAP, con el efecto de que le sea incautada la fianza provisional.
QUINTA.- Sobre la liquidación del contrato.
Para declarar la resolución del contrato es requisito indispensable que se siga el procedimiento previsto en el artículo 26 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, con audiencia al contratista y, en caso de mostrar éste su oposición, se debe someter el expediente a nuevo Dictamen del Consejo Jurídico.
Como consecuencia de la resolución, y aun cuando esta facultad no se ejercitase, debe practicarse la liquidación del contrato, en la que es conforme a la equidad, según criterio jurisprudencial constante, satisfacer al contratista todas las prestaciones debidas resultantes de la parte contractual cumplida y recibida de conformidad por el responsable de su seguimiento, devolviéndole, también, la garantía definitiva.
En virtud de las Consideraciones expuestas, el Consejo Jurídico dictamina las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Que, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, no procede declarar la nulidad del contrato, al no acreditarse de manera directa la prohibición para contratar consistente en no encontrarse el adjudicatario al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social.

SEGUNDA.- Que se dan las circunstancias precisas para que el órgano de contratación ejercite la facultad que le concede el artículo 55.3 de la misma Ley para resolver el contrato, con incautación de la fianza provisional constituida y previa tramitación del procedimiento señalado en el artículo 26 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo.

TERCERA.- Que el contratista tiene derecho a que se le sean satisfechas las prestaciones debidas por la parte contractual cumplida a satisfacción, derecho que le asiste ya se resuelva el contrato, ya se practique su liquidación sin ejercicio de tal facultad.

No obstante, V.E. resolverá.