

**Dictamen 1/95 (Ref. AEH-Subsecretaría). La prohibición de contratar sobrevenida con posterioridad a la adjudicación del contrato no es causa de nulidad de pleno derecho del mismo, pero podría ser causa de resolución si así se hubiera pactado expresamente al amparo del artículo 112.h) de la LCAP.**

*La adjudicación del contrato a una persona física o jurídica incurra en la prohibición de contratar establecida por el artículo 20.a) de la LCAP determina su nulidad de pleno derecho. Así lo dispone taxativamente el inciso inicial del artículo 22, según el cual «las adjudicaciones de contratos en favor de personas que carezcan de la capacidad de obrar o de solvencia y de los que se hallen comprendidos en alguno de los supuestos del artículo 20 serán nulas de pleno derecho».*

*Ahora bien, la cuestión que se suscita, y que no está expresa y directamente resuelta en la LCAP, es la relativa a los efectos o consecuencias que, sobre un contrato ya adjudicado y en fase de ejecución, pueda producir la prohibición que se examina cuando la causa de la misma surja con posterioridad a la adjudicación del contrato.*

*En el ámbito del Derecho privado, la incapacidad sobrevenida no ha de afectar, en principio, a una relación jurídica contractual originariamente válida por razón de la capacidad de obrar de las partes; esta solución es la mantenida por la generalidad de la doctrina, deduciéndola, implícita-mente, del antiguo párrafo segundo del artículo 32 del Código Civil (suprimido por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela) y del principio de seguridad en el tráfico jurídico.*

*La cuestión adquiere mayor complejidad en el ámbito de la contratación administrativa, al poderse apreciar razones que justificarían que el vínculo contractual quedase sin efecto cuando, con posterioridad a la adjudicación del contrato, el contratista incurriese en alguna causa de incapacidad o prohibición. En efecto, partiendo de la configuración de una gran parte de los contratos administrativos, y, en todo caso, de los denominados «contratos administrativos típicos» (obras, gestión de servicios públicos y suministros) como contratos de tracto sucesivo, no puede desconocerse, en primer lugar, que tales contratos se celebran con especial consideración de las condiciones profesionales, económicas y técnicas del contratista, lo que frecuentemente impide suplir su incapacidad sobrevenida mediante el concurso de otras personas, y, en segundo lugar, el carácter peculiar de algunas causas de inhabilitación para ser contratista, cuya razón de ser no es otra que la de constituir medios de garantía del interés público ínsito en el contrato frente a situaciones que entrañan una peligrosidad para aquél y que, en consecuencia, deben desplegar sus efectos en cualquier momento en que esa peligrosidad sobrevenga, lo que tiene lugar cuando el contratista incurra en una causa de inhabilitación. En esta línea de pensamiento, podría entenderse que si estas causas de prohibición, que son configuradas por la Ley como causas de nulidad radical cuando concurren al tiempo de la perfección del vínculo contractual, sobrevienen con posterioridad, cuando el contrato está en fase de ejecución, han de determinar la ineficacia del mismo con efectos «ex nunc». En el terreno del Derecho positivo, este criterio quedó recogido por el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales aprobado por Decreto de 9 de enero de 1953 (RCCL); en efecto, con terminología no muy exacta, el artículo 6 del RCCL, tras disponer en su apartado 1 que «será nulo el contrato celebrado con persona que no se hallare en plena posesión de su capacidad jurídica y de obrar o que estuviese incurra en alguna de las causas de incapacidad o incompatibilidad para ser contratista», establece en su apartado 2 que «cuando después de perfeccionado el contrato se produjese alguna causa de incapacidad o incompatibilidad, la Corporación interesada deberá denunciarlo con los efectos determinados por el artículo 95» (que regula la extinción del contrato).*

*El antecedente que constituye el artículo 6.2 del RCCL pierde relevancia, en opinión de este Centro Directivo, como criterio interpretativo para la resolución de la cuestión planteada, teniendo en cuenta el proceso seguido por las normas de la legislación de Régimen Local sobre contratación en el sentido de adaptarse o remitirse a la legislación estatal sobre esta misma materia, proceso que culmina definitivamente con la aplicación directa de la legislación estatal a la actividad contractual de las Corporaciones Locales (cfr., artículo 112.1 del Texto Refundido de las*

disposiciones legales vigentes en esta materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, en el que no se contiene una norma homóloga a la del artículo 6.2 del RCCL).

Pasando ya al examen de la cuestión a la luz de la LCAP, puede afirmarse, ante todo, que la prohibición de contratar que establece el apartado a) de su artículo 20 no da lugar, cuando sobrevenga con posterioridad a la perfección del vínculo contractual, a la nulidad del contrato adjudicado. Como ya se indicó en el apartado III del presente informe, la LCAP refiere la sanción de nulidad de pleno derecho por razón de las prohibiciones del artículo 20 al acto de adjudicación del contrato, disponiendo, en consecuencia, solamente esa sanción máxima para una fase temporal muy precisa, cual es la de perfección del vínculo contractual, que tiene lugar, precisamente, por la adjudicación, conforme indica el artículo 54 de la LCAP. Esta conclusión queda confirmada por el artículo 63, que (como ya se señaló más arriba) dispone:

«Son causas de nulidad de Derecho Administrativo, referidas al momento de la adjudicación del contrato, las siguientes ... b) La falta de capacidad de obrar, o de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada, o el estar incurso el adjudicatario en alguna de la prohibiciones o incompatibilidades señaladas en el artículo 20».

Dado que la nulidad de pleno derecho por estar incurso el adjudicatario en las prohibiciones o incompatibilidades señaladas en el artículo 20 queda referida, como indica el precepto parcialmente transcrito, al momento de la adjudicación del contrato, confirmando así lo que resulta del artículo 22, y puesto que en ningún otro precepto del texto legal se decreta la sanción de nulidad radical por razón de esas prohibiciones o incompatibilidades con referencia a una fase posterior a la de perfección del vínculo contractual, siendo así que las causas de nulidad de pleno derecho, por su carácter excepcional, han de estar legalmente tipificadas y ser de interpretación restrictiva, ha de concluirse que la eficacia invalidante (nulidad de pleno derecho) de la prohibición de contratar que establece el artículo 20.a) de la LCAP opera únicamente en el reiterado momento de la adjudicación del contrato, sin que, por ende, pueda declararse nulo de pleno derecho cuando con posterioridad a su adjudicación, es decir, en fase de ejecución de aquél, incurra el contratista en alguna de las circunstancias previstas en el artículo 20 de la LCAP, determinantes de prohibiciones de contratar.

Ahora bien, una vez razonado que no se considera procedente la declaración de nulidad de pleno derecho de un contrato cuando, con posterioridad a su adjudicación, el contratista incurra en la prohibición de contratar prevista en el artículo 20.a) de la LCAP, ha de examinarse si la referida prohibición puede operar, ya que no con eficacia invalidante, sí con eficacia resolutoria del contrato.

Llegados a este punto, y a la vista de la enumeración que de las causas de resolución establece el artículo 112 de la LCAP, se hace necesario distinguir según se haya previsto o no en el contrato la prohibición de contratar que se examina como causa de resolución del vínculo contractual, y ello en razón de que, junto a las causas de resolución que pueden calificarse como típicas o de configuración legal, el artículo 112.h) de la LCAP, al igual que hiciera el artículo 57.8 de la LCE, admite, como causas de resolución, «aquéllas que se establezcan expresamente en el contrato».

En el supuesto de que se haya previsto, como causa de resolución del contrato, la circunstancia de que el contratista incurra en la prohibición de contratar prevista en el artículo 20.a) de la LCAP, no se suscita especial cuestión. Admitida por el artículo 112.h) de dicho texto legal la posibilidad de que se establezcan causas de resolución distintas de las que se recogen en los restantes apartados del referido precepto, la atribución de eficacia resolutoria del contrato a la prohibición de contratar que establece el artículo 20.a) del aludido texto legal para el caso de que incurra en ella el contratista con posterioridad a la adjudicación del contrato ha de reputarse, atendida su entidad y a la vista de la amplia fórmula que utiliza el artículo 112.h) de la LCAP, legítima. Prevista como causa de resolución del contrato la referida prohibición, y una vez que el contratista queda incurso en ella, desplegará aquélla su propia eficacia extintiva.

*Para el caso de que la prohibición de contratar prevista en el artículo 20.a) de la LCAP no haya sido establecida en el contrato como causa de resolución del mismo al amparo del artículo 112.h) del aludido texto legal, y puesto que las prohibiciones de contratar son, según se ha indicado más arriba, medidas de garantía del interés público que se satisface mediante el contrato frente a situaciones que entrañan una peligrosidad para la realización de aquél, sería lógico sostener, «prima facie», que todas ellas deben determinar la resolución del contrato si surgen con posterioridad a la adjudicación del mismo; sin embargo, la LCAP, al igual que la derogada LCE, no sigue este criterio. En efecto, el artículo 112 de la LCAP enumera las causas de resolución del contrato sin que entre ellas figure la prohibición de contratar que se viene examinando, lo que permite concluir que la incursión en la prohibición del artículo 20.a) de la LCAP sobrevenida con posterioridad a la adjudicación del contrato no da lugar a la resolución del mismo. Esta conclusión queda reforzada por la circunstancia de que, cuando el legislador ha considerado oportuno que una causa de prohibición de contratar actúe con eficacia resolutoria del vínculo contractual, lo ha establecido así expresamente, como acontece con la declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento (artículo 112.b), supuestos que aparecen recogidos como prohibiciones de contratar en el artículo 20.b) de la LCAP. Por lo demás, y en opinión de este Centro Directivo, la prohibición de contratar que establece el artículo 20.a) no puede entenderse comprendida en la causa de resolución que contempla el apartado a) del artículo 112: «incapacidad sobrevenida del contratista individual». A este respecto puede invocarse, en primer lugar, que los conceptos de incapacidad y prohibición son conceptos jurídicamente distintos, ya que, según la doctrina más autorizada, la incapacidad o la limitación de la capacidad está en función del estado civil, en tanto que la prohibición afecta a actos jurídicos concretos en los que concurran determinadas circunstancias, presuponiendo la capacidad para realizarlos; en el caso de la prohibición de contratar que se examina, ésta se funda, según se ha reiterado a lo largo del presente informe, en razones de moralidad; en segundo lugar, si se entendiesen incluidas las prohibiciones de contratar del artículo 20 de la LCAP y, entre ellas, por tanto, la de su apartado a) en la incapacidad sobrevenida a que se refiere el apartado a) del artículo 112, no tendría sentido entonces que se recojan luego en el apartado b) de este último precepto, como causas de resolución, determinadas prohibiciones de contratar, como son la declaración de quiebra, suspensión de pagos, de concurso de acreedores o de insolvente fallido en cualquier procedimiento; en tercer lugar y finalmente, no puede desconocerse que la «incapacidad sobrevenida» como causa de resolución del contrato queda referida en el apartado a) del artículo 112 al contratista individual, y no al contratista societario, por lo que si se entendiese que la prohibición de contratar del artículo 20.a) de la LCAP queda comprendida en la causa de resolución reseñada, sólo actuaría con esa eficacia resolutoria en relación con los contratos adjudicados a personas físicas y no respecto de los adjudicados a personas jurídicas, lo que debería rechazarse por discriminatorio.*

*Las consideraciones expuestas conducen a la conclusión de que, no pudiendo declararse la nulidad de pleno derecho del contrato cuando, con posterioridad a su adjudicación, el contratista incurra en la prohibición del artículo 20.a) de la LCAP, tampoco esta circunstancia opera (salvo cláusula contractual expresa al respecto) con eficacia resolutoria del vínculo contractual, que, por esta razón, subsiste con toda su eficacia.*

*La conclusión anterior queda corroborada por la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de julio de 1990 (ref. Ar. 5840). Con referencia a un contrato concertado con quien no incurría en ninguna prohibición, e iniciado por la Administración un procedimiento de apremio durante la ejecución del contrato, lo que constituía, según la normativa aplicable, causa de prohibición de contratar, el Alto Tribunal declaró:*

*«La más elemental exégesis de dicho precepto (el artículo 9.2 del Texto de la LCE aprobado por la Ley 5/1973) conduce a que tal exigencia de no estar incurso en procedimiento de apremio ha de ir referida inexorablemente al lapso temporal anterior o simultáneo a la perfección de la relación contractual, porque una vez perfeccionada la figura contractual pactada, es claro que ésta ha nacido a la vida jurídica con plenos efectos para la exigibilidad de los derechos y obligaciones consensuados. La concurrencia de dicha causa de incapacidad generadora de la nulidad del contrato, tiene, pues, que ser hecha valer como causa de resolución o rescisión del mismo» (fundamento de derecho segundo).*

*«En la subvención o contrato de donación aquí contemplado, la perfección del mismo se produjo con la resolución de 21 de noviembre de 1983, fecha en que el apelado ostentaba plena facultad, con arreglo a la legislación vigente en el momento, para contratar con la Administración a tenor de lo dispuesto en el artículo 9 de la LCE.*

*La pérdida de dicha facultad, según el artículo 9.2 del texto entonces vigente, acaeció el 6 de marzo de 1984, al quedar incurso en procedimiento de apremio. Es claro que la concurrencia de tal circunstancia, ya en pleno vigor el contrato, para producir la nulidad de pleno derecho de sus efectos, ha de ser alegada como una causa resolutoria de aquél.*

*Ni el artículo 52 de la LCE de 1973, ni la de 1986, así como el artículo 157 del RCE contemplan como causa resolutoria de los contratos del Estado, la de estar el contratista incurso en procedimiento de apremio» (fundamento de derecho tercero).*