CAPACIDAD Y SOLVENCIA DEL EMPRESARIO EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

Jaime Almenar Belenguer
Abogado (*)

La nueva Ley de Contratos del Sector Público, (Ley 30/2007, de 30 de octubre; en adelante, la «*LCSP*»), ha supuesto, al menos en apariencia, un gran cambio en el régimen de contratación de las entidades del sector público. En este sentido, su Exposición de Motivos señala que «*la norma resultante, en consecuencia, no se constriñe a trasponer las nuevas directrices comunitarias, sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos de esta legislación, en respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias (administrativas, académicas, sociales y empresariales) de introducir diversas mejoras en la misma y dar solución a ciertos problemas que la experiencia aplicativa de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha ido poniendo de relieve*».

No obstante, un estudio más detallado de la LCSP permite concluir que, en muchos casos, sólo se ha cambiado la denominación y la ubicación sistemática.

La capacidad y solvencia del empresario es una materia en torno a la que el derecho comunitario ha tratado de establecer unos requisitos subjetivos comunes, aplicables a todo el territorio de la Unión Europea, con el fin de garantizar la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, como principios esenciales del sistema jurídico europeo.

El objeto del presente estudio es destacar las principales novedades que la LCSP ha introducido en las normas sobre la capacidad y solvencia de los empresarios.

1 · EXTENSIÓN DE LA APLICACIÓN SUBJETIVA DE LAS NORMAS DE CAPACIDAD Y SOLVENCIA

Sin duda alguna, la nota más destacable de la nueva regulación de la capacidad y solvencia del empresario, como colaborador para la ejecución del contrato, es la de su extensión a todos los contratos que se celebren por las entidades del sector público, incluidas, especialmente, las sociedades mercantiles de titularidad mayoritaria o totalmente pública.

En efecto, la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, la «LCAP»), extendía la aplicación de las normas sobre capacidad de los empresarios, tras la reforma operada por la ley 42/2006, de 28 de diciembre, a las entidades privadas que (i) hubieran sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tuvieran carácter mercantil o industrial, y (ii) que tuvieran un vínculo especial de dependencia, directo o indirecto, con Administraciones públicas, ya fuera económico, de gestión o de control, siempre que (iii) se tratase de la adjudicación de contratos administrativos de cuantía superior a la prevista legalmente.

Sin embargo, las sociedades mercantiles de titularidad total o mayoritariamente pública y las fundaciones públicas que no reunieran los dos requisitos indicados e, incluso, las citadas entidades que sí

(*) Del Área de Procesal y Derecho Público de Uría Menéndez (Valencia).

reunieran dichos requisitos, en este caso cuando se tratase de la adjudicación de contratos de cuantía inferior a la legalmente prevista, no se regían por las normas de capacidad de la LCAP, puesto que sobre ellas sólo pesaba la aplicación de los principios generales de publicidad y concurrencia, en los términos de la Disposición Adicional Sexta de la LCAP.

Ahora bien, la LCSP contiene un régimen completo de normas sobre la denominada «*aptitud para contratar con el sector público*», que resultan de aplicación casi en su integridad a todos los contratos que celebren las entidades del sector público, entre las que el artículo 3.1.*d)* de la LCSP cita las sociedades mercantiles de titularidad total o mayoritariamente pública. Sólo quedan exceptuadas de aplicación la obligación de clasificación del empresario y determinadas prohibiciones de contratar.

En consecuencia, pues, la principal innovación que la LCSP aporta en relación a la capacidad y solvencia de los empresarios radica en la aplicación de dichas normas a entidades privadas que tradicionalmente no contaban con ninguna limitación a la hora de encontrar a un empresario con el que contratar. Semejante previsión supone, en definitiva, un mayor control sobre la contratación de dichas sociedades, creadas con la finalidad principal de huir de las más elementales normas del derecho administrativo.

2 · CONDICIONES DE APTITUD

La regulación de los requisitos exigibles a todo empresario para contratar con el sector público tiene una relevancia especial para el derecho comunitario, como se ha dicho, puesto que la configuración concreta que se haga de dichos requisitos puede determinar una barrera de entrada al mercado de la contratación pública, de modo que quede limitado el principio de libre acceso a las licitaciones, de modo que quede limitado el principio de libre acceso a las licitaciones y, en definitiva, se produzca una vulneración de principios fundamentales del Derecho comunitario, como la libre prestación de servicios y a la libertad de establecimiento. La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo (la «*Directiva 2004/18/CE*»), que la LCSP transpone al Derecho español, establece al efecto un cuadro muy completo de requisitos subjetivos de común aplicación en todo el territorio de la Unión Europea.

Si recordamos las previsiones de la LCAP, todo empresario que deseara contratar con la Administración debía tener capacidad jurídica, de obrar, solvencia económica, financiera, técnica o profesional (que en determinados casos se sustituía por la clasificación), y no estar afectado por ninguna prohibición de contratar.

La LCSP, bajo la rúbrica «*condiciones de aptitud*» recoge requisitos adicionales a la capacidad y solvencia del contratista, como son la *habilitación empresarial o profesional* o la *compatibilidad* del empresario, que o ya estaban de alguna manera previstos en la antigua regulación, o no aportan ningún requisito adicional.

2.1 · Habilitación empresarial o profesional

Así, el artículo 43.2 de la LCSP afirma que «*los empresarios deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato*». El problema nace cuando se intenta dotar de significado preciso a lo que signifique la «*habilitación empresarial o profesional*», requisito de enorme trascendencia, si tenemos en cuenta que la propia LCSP llega a excepcionar en su artículo 54.1 de la obligación de clasificación los casos en que una parte de la prestación objeto del contrato, deba ser realizada por empresas especializadas que cuenten con la referida habilitación o autorización profesional.

Naturalmente, la «*habilitación empresarial o profesional*» no debería significar lo mismo que la solvencia exigida para la contratación, puesto que, de ser así, nada añadiría a aquélla .

Podría pensarse que se refiere, en el caso de las personas jurídicas, a la necesidad de que la actividad contractual estuviera dentro del alcance del objeto social de la empresa, lo cual también sería superfluo, porque la capacidad de obrar de la empresa viene determinada por su objeto social, como ahora ya expresamente recoge la LCSP para todo tipo de contratos (artículo 46), frente a la dicción anterior, que sólo la recogía explícitamente para el contrato de consultoría y asistencia o el de servicios (artículo 197.1 de la LCAP).

Pues bien, la duda la resuelve el artículo 46 de la Directiva 2004/18/CE, que cuando prevé la posible exigencia de una determinada habilitación al empresario, remite a la inscripción en un registro mercantil o profesional, que, de conformidad con los Anexos IX de la Directiva 2004/18/CE, son, para España, el Registro Oficial de Empresas Clasificadas, en el caso de los contratos de obras y servicios, y el Registro Mercantil o, en su caso, una declara-

ción bajo juramento prestada por una persona física no inscrita en dicho Registro, en el sentido de que ejerce la profesión de que se trate, para el caso de los contratos de suministro. Cualquier interpretación del concepto de «*habilitación empresarial o profesional*» que suponga exigir otros requisitos implicaría vulnerar el artículo 46 de la Directiva 2004/18/CE, y restringir injustificadamente el acceso a la licitación.

La conclusión de lo expuesto es que la habilitación profesional no es algo distinto a la solvencia del empresario, o en el caso de los contratos de suministro, de su capacidad de obrar, por lo que podría haberse prescindido perfectamente de éste.

2.2 · Compatibilidad

La LCSP prohíbe concurrir a la licitación a empresas que hayan participado en la elaboración de las prescripciones técnicas o de los documentos preparatorios del contrato, si ello pudiera provocar restricciones a la libre concurrencia o suponer un trato privilegiado. Asimismo, prohíbe concurrir, en el caso de los contratos para la vigilancia, supervisión, control y dirección de las obras, a las empresas adjudicatarias del contrato de obras principal, así como a las empresas de su grupo.

Este requisito, derivado del sentido común, no constituye una novedad especial, ya que la LCAP lo recogía, respectivamente, en los artículos 52.3 y 197.2.

3 · PROHIBICIONES DE CONTRATAR

La LCSP continúa tipificando una serie de supuestos en los que el empresario, a pesar de gozar de plena capacidad de obrar y solvencia, no va a poder concurrir a la contratación pública por razones objetivas, sin que ello responda al ejercicio de ninguna potestad sancionadora, ya que no se trata de ninguna función represora o punitiva, como ha declarado, entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2007 (RJ 2007\5402).

Sigue llamando la atención en el régimen de la LCSP la generosidad con la que se recogen distintas prohibiciones de contratar, cuando la Directiva 2004/18/CE tipifica supuestos muy concretos de aquéllas (en su artículo 45), apoderando a los Estados miembros para que precisen, «*de conformidad con el derecho nacional y respetando el derecho comunitario, las condiciones de aplicación del presente apartado*». Ello no puede equivaler, indudablemente, a tipificar cualesquiera supuestos nuevos de prohibiciones de contratar, que no puedan ser reconducidos de alguna manera a los recogidos en la Directiva 2004/18/CE

Ciertamente, la Directiva 2004/18/CE contempla como prohibición de contratar los casos en que un empresario haya cometido una falta grave en materia profesional, pero la necesaria interpretación restrictiva que de dicho tipo debe efectuarse no debería autorizar al Estado español a considerar como prohibición de contratar supuestos tan diversos como la retirada indebida de la proposición o la sanción por infracción muy grave en materia de flora y fauna silvestres, cuya consideración como faltas en materia profesional es bastante forzada.

En este sentido, no puede desconocerse que el Derecho comunitario no se opone al establecimiento de requisitos específicos más restrictivos para el ejercicio de una actividad en un Estado miembro, siempre que no se vulnere el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, y que exista una causa justificada de interés general que convierte en proporcionada la restricción establecida. Así, la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas —en adelante, el «TJCE»— de 13 de diciembre de 2007 (TJCE 2007/351890), dispone que:

«*El Tribunal de Justicia ha considerado asimismo que las medidas nacionales que restrinjan el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado únicamente pueden justificarse si reúnen cuatro requisitos: que se apliquen de manera no discriminatoria, que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse las sentencias de 4 de julio de 2000 [TJCE 2000, 150] Haim, C-424/97, Rec. pg. I-5123, apartado 57 y la jurisprudencia citada, así como Comisión/Grecia [TJCE 2006, 316]* [...], *apartado 49)*».

Los supuestos de prohibición de contratar regulados en la LCSP responden en todo caso, de una u otra manera, a la necesidad de satisfacer el interés general, aun cuando en muchos casos no acaba de comprenderse la vinculación entre el motivo de la prohibición y la contratación administrativa, por lo que puede dudarse de su proporcionalidad (piénsese, v. gr., qué tendrá que ver la prohibición de contratar con haber sido sancionado por una infracción tributaria o de medio ambiente). En cualquier caso, si la Directiva ha regulado unos supuestos específicos de prohibiciones de contratar, no parece que los Estados miembros puedan estar autorizados a regu-

lar otros supuestos distintos de prohibiciones de contratar.

De otro lado, la LCSP distingue dos tipos esenciales de prohibiciones de contratar: a) las que se aplican a todas las entidades del sector público, y b) las que sólo se predican de las Administraciones públicas, lo cual ahonda más la dificultad expuesta en el párrafo anterior, puesto que si se considera que una prohibición de contratar puede ser impuesta por motivos de interés general justificados, no acaba de comprenderse por qué esos motivos de interés general no se aplican a la contratación de todas las entidades del sector público.

Por lo demás, se recogen nuevas prohibiciones de contratar no previstas en la LCAP, entre las que destacan las prohibiciones derivadas de infracciones muy graves en materia de aguas, costas, flora y fauna silvestre, entre otras (aunque llama la atención el alcance de algunas de estas prohibiciones de contratar, como la de haber sido sancionado por infracción muy grave en materia de costas, cuando la Ley de Costas (Ley 22/1988, de 28 de julio) no recoge ninguna infracción muy grave), así como el incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución que se hayan establecido en el contrato.

En cuanto al procedimiento para su declaración, la LCSP establece un plazo de caducidad de tres años para el inicio del procedimiento correspondiente, de manera que su incumplimiento determina la imposibilidad de declarar la mencionada prohibición, y demora la eficacia de algunas prohibiciones de contratar a la inscripción de la correspondiente resolución en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (es el caso, a título de ejemplo, de los supuestos en que se cometa falsedad grave en las declaraciones presentadas ante el órgano de contratación, se resuelva el contrato por incumplimiento culpable del contratista, o se retire indebidamente la propuesta por el empresario).

4 · SOLVENCIA DEL EMPRESARIO

La novedad más destacada de la nueva LCSP en materia de solvencia viene determinada por la asunción de la doctrina emanada del TJCE tendente a aceptar la integración de la solvencia del empresario mediante el recurso a los medios de terceros.

El TJCE reconoció, en las sentencias de 14 de abril de 1994 (TJCE 1994\53) Ballast Nedam Groep, conocida como «*Ballast Nedam Groep I*» (C-389/92, Rec. p. I-1289), y de 18 de diciembre de 1997 (TJCE 1997\283), Ballast Nedam Groep, conocida como «*Ballast Nedam Groep II*» (C-5/97, Rec. p. I-7549), que la sociedad matriz de un grupo de sociedades podía recurrir a los medios de otras sociedades filiales a los efectos de integrar su solvencia para contratar con las Administraciones públicas, doctrina que fue consagrada en la LCAP en su artículo 15.1, en la redacción dada por la Ley 24/2001, de 27 de diciembre.

Sin embargo, el TJCE había ido mucho más lejos, puesto que a partir de la sentencia «*Holst Italia*», de 2 de diciembre de 1999 (TJCE 1999\282), había extendido la posibilidad de recurrir a los medios de solvencia de terceros, con independencia de que se tratase de sociedades filiales o no. Así, concluía que:

«La Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, debe interpretarse en el sentido de que permite que, para probar que reúne los requisitos económicos, financieros y técnicos para participar en un procedimiento de licitación con el fin de celebrar un contrato público de servicios, un prestador se refiera a las capacidades de otras entidades, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de sus vínculos con ellas, siempre que pueda probar que puede efectivamente disponer de los medios de esas entidades necesarios para la ejecución del contrato. Corresponde al Juez nacional apreciar si en el asunto principal se aporta tal justificación».

Esta doctrina no fue transpuesta al Derecho español, a pesar de que cuando se modificó el citado artículo 15.1 de la LCAP, ya hacía dos años de la fecha de esta última sentencia.

Pues bien, el artículo 52 de la LCSP ya recoge expresamente esta doctrina, para cada contrato determinado, de manera que siempre podrá recurrirse a la ayuda de terceras empresas, para acreditar la solvencia. En cualquier caso, será necesario que el empresario acredite el compromiso real del tercero por el que éste presta sus medios para la integración del a solvencia requerida.

La solvencia que podrá ser completada por esta vía será no solamente la solvencia técnica o profesional, sino también la económica o financiera.

En la práctica, la llamada al tercero va a suponer una subcontratación del contrato, anunciada antes de la adjudicación, que no requiere de más formalidad que el compromiso de puesta a disposición de los medios necesarios, compromiso real y efectivo, sea cual sea el tipo de vínculo, directo o indirecto, que les una.

En la medida en que esta doctrina comunitaria (que en la Directiva 2004/18/CE se recoge en los artículos 47.2 y 48.3) autoriza, sin limitaciones, al recurso a medios de terceros para integrar la solvencia, y que este recurso se manifestará en la subcontratación, incluso de las prestaciones esenciales del contrato (vide sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 [TJCE 2004\70]), puede darse el caso de que el empresario deba recurrir a la subcontratación de más del 60% del objeto del contrato, y que ello esté prohibido legalmente, conforme al artículo 210.2.*e)* de la LCSP, si el pliego no fija un importe mayor. Tal circunstancia generará, sin dudas, una vulneración flagrante de la doctrina comunitaria expuesta.

5 · CLASIFICACIÓN DE LAS EMPRESAS

La LCSP mantiene la obligación de clasificación para las empresas españolas y para las empresas no comunitarias, siempre que se trate de la contratación con las Administraciones Públicas, de manera que en el caso de la contratación con el resto de entidades del sector público, la exigencia de clasificación dependerá de la decisión potestativa del órgano de contratación.

En el caso de los contratos de obras, se eleva el umbral a partir del cual será necesaria la clasificación del empresario para la contratación con las Administraciones Públicas, ya que se fija la nueva cuantía en 350.000 euros, IVA excluido. En el caso de los contratos de servicios, aun cuando se rebaja la cuantía a 120.000 euros, representa realmente también un incremento del umbral a partir del que se exige la clasificación, dado que en el precio a considerar se debe excluir también el importe del IVA correspondiente.

A los efectos de la obtención de la clasificación, el artículo 56.3 de la LCSP permite la suma de los medios de las empresas que pertenezcan al mismo grupo que la empresa que solicita la clasificación. Tal regla, heredera de la doctrina de las sentencias Ballast Nedam Groep citadas, parece que no se extiende a los demás casos en que la empresa pueda sumar los medios de terceras empresas de que efectivamente disponga, por cualquier vínculo jurídico. De hecho, la posibilidad de sumar los medios de terceros está prevista, incluso en los artículos 47 y 48 de la Directiva 2004/18/CE, sólo «*para un contrato determinado*», y no para casos como el de la clasificación de empresas, en que la acreditación de la solvencia no se hace para un contrato determinado, sino para un período de tiempo.

Esta circunstancia puede encontrar otro motivo de vulneración del Derecho comunitario, puesto que en la medida en que la obligatoriedad de la clasificación impida concurrir a una empresa a un contrato determinado, en el que pudiera recurrir a la subcontratación de terceros, por haberle sido exigida la clasificación, y aquélla no dispusiera (por sí o mediante la colaboración de una empresa de su grupo) de dicha clasificación, se estaría restringiendo indebidamente la libre prestación de servicios del Derecho comunitario.

Asimismo, debe destacarse la importante novedad del carácter indefinido de la clasificación, a diferencia del régimen anterior, en el que los certificados de clasificación tenían una duración de dos años.

A pesar del carácter indefinido de la nueva clasificación, la ley impone a los empresarios la carga de acreditar anualmente el mantenimiento de su solvencia económica y financiera, y cada tres años respecto de su solvencia técnica o profesional.

Por último, en el nuevo régimen se ha suprimido la potestad de suspender las clasificaciones.