

**Informe 6/2013, de 10 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.**

**Asunto: Participación en la licitación de empresas en fase de precurso de acreedores.**

**I. ANTECEDENTES**

La Sra. Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud se dirige, con fecha 26 de febrero de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

*«Desde la Gerencia de Urgencias y Emergencias del 061, se está preparando la licitación de un contrato de Teleoperación y Apoyo Técnico para el Centro de Coordinador de Urgencias.*

*Atendiendo al objeto de la prestación, se tipifica como un contrato de servicios que se va a adjudicar por procedimiento abierto con varios criterios de adjudicación.*

*Debido a la crítica situación económica por la que están atravesando muchas empresas y estando en la fase de preparación la licitación del nuevo contrato, debemos de garantizar al máximo posible que las empresas que participen en la licitación, tienen una solvencia económica sólida, ya que de otro modo se puede ver afectada la prestación del servicio, los trabajadores y la propia organización.*

*El artículo 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, regula las Prohibiciones de contratar y establece que no podrán contratar con el sector público las personas en quienes concurra haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el período de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso.*

*En base a este artículo, nos surgen dudas sobre si una empresa que está en fase de concurso de acreedores, está incurso en prohibición de contratar.*

*De acuerdo a lo anteriormente expuesto, se plantean a esa Junta Consultiva de Contratos las siguientes cuestiones:*

*1º ¿las empresas en fase de concurso de acreedores están incursas en prohibición de contratar en aplicación del artículo 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público?*

*2º De no se así, y a pesar de que la acreditación de la solvencia económica y técnica está tasada en el artículo 75 del TRLCSP, ¿se podrá incluir en el pliego de cláusulas administrativas particulares el siguiente requisito: “no se admitirán las ofertas de aquellas empresas que estén en situación de concurso de acreedores, exigiendo para su comprobación una declaración responsable en la que se manifieste que la empresa no se encuentra en dicha situación”?».*

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 10 de abril de 2013, acuerda informar lo siguiente:

## **II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

### **I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.**

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

La Directora Gerente del Servicio Aragonés de Salud es un órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 d) del mencionado Decreto 81/2006.

## **II. Naturaleza jurídica y carácter tasado de las prohibiciones de contratar del artículo 60 TRLCSP.**

El artículo 54 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), exige como condiciones de aptitud para poder contratar con el sector público, además de contar con plena capacidad de obrar y acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional (y la clasificación cuando proceda), no hallarse incurso en prohibiciones de contratar.

Tal y como señaló esta Junta en su Informe 4/2009, de 15 de abril:

*«Las prohibiciones de contratar no son sino impedimentos, establecidos y previstos en la ley que impiden la participación de determinada persona, física o jurídica, pública o privada, en el procedimiento para la adjudicación de un contrato.»*

*También es cierto que las prohibiciones de contratar, en el ámbito de la contratación pública, han tenido la naturaleza de “disposiciones comunes”, esto es, disposiciones que afectan a todos y cada uno de los contratos públicos y, en ciertos supuestos, a todas y cada una de las entidades del sector público obligadas a respetar los procedimientos de contratación, con independencia de sus tipologías, finalidades o cuantías».*

En cuanto que las prohibiciones de contratar son circunstancias objetivas, que impiden la contratación con el sector público de quién se halle incurso en ellas, deben encontrarse perfectamente tasadas y tipificadas como tales en la Ley. En este sentido el Tribunal Supremo, en Sentencia de 18 de septiembre de 1996, entiende que *«no es dudoso que la capacidad para contratar, y todo lo que sobre ella incide, como son las “prohibiciones para contratar”, constituyen materia reservada en la Ley (...) Establecida la conclusión anterior, que es premisa de nuestro razonamiento, y relacionándola con la cualidad de la norma impugnada, es patente la nulidad de ésta. Pues es clara la improcedencia de introducir prohibiciones de contratar mediante normas que tengan rango inferior a la ley, y mucho más si tienen tan ínfima jerarquía normativa como la que corresponde a la que aquí es examinada: “Pliego de Condiciones Particulares”, aprobado por Orden de la Consejería. (...) Y ello por la elemental consideración*

*de que en materia de prohibiciones contractuales administrativas el monopolio de su establecimiento corresponde a quién pertenece el poder de dictar normas con rango formal de ley. Las autoridades administrativas carecen de facultad para incorporar prohibiciones contractuales a los contratos que celebren, por muy razonables que puedan parecer éstas. (...)*».

### **III. La figura del «preconcurso de acreedores» y su consideración como prohibición de contratar.**

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, recoge en su artículo 45.2 como supuesto que da origen a la exclusión de la participación en el contrato de todo operador económico:

*«2.a) que se encuentre en estado de quiebra, de liquidación, de cese de actividades, de intervención judicial o de concurso de acreedores, o en cualquier situación análoga a resultas de un procedimiento de la misma naturaleza que exista en las normas legales y reglamentarias nacionales;*

*2.b) que sea objeto de un procedimiento de declaración de quiebra, de liquidación, de intervención judicial o de concurso de acreedores, o de cualquier otro procedimiento de la misma naturaleza que exista en las normas legales y reglamentarias nacionales».*

El artículo 60 TRLCSP, que tipifica las circunstancias cuya existencia da origen a una prohibición de contratar, recoge en su apartado 1, entre las que impiden la contratación con el sector público:

*«1.b) Haber solicitado la declaración de concurso voluntario, haber sido declaradas insolventes en cualquier procedimiento, hallarse declaradas en concurso, salvo que en éste haya adquirido la eficacia un convenio, estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados conforme a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, sin que haya concluido el periodo de inhabilitación fijado en la sentencia de calificación del concurso».*

La redacción originaria de este precepto en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (entonces artículo 49.1.b) establecía la prohibición para quién hubiera solicitado la declaración de concurso —fuere voluntario o instado por

terceros legitimados— y para todo aquél que fuera declarado en concurso (sin mención a la existencia de convenio eficaz).

Mediante Real Decreto ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, se modificó el precepto originario, pasando a tener su actual redacción, con el fin, tal y como señala su Preámbulo, de *«facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido la eficacia de un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución de contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos un 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario»*.

Como se ve, la legislación vigente apuesta por la continuidad de las relaciones contractuales en beneficio de la actividad empresarial, por lo que, además de que la situación previa a la solicitud del concurso voluntario no esté expresamente contemplada en el artículo 60.1.b) TRLCSP como prohibición de contratar, es clara la voluntad favorable del legislador a no perjudicar las situaciones de insolvencia transitoria de las empresas, en relación con su actividad contractual.

Esta finalidad de favorecer la continuidad de la actividad empresarial se trasluce nuevamente en la reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, operada mediante Ley 38/2011, de 10 de octubre. Señala su Preámbulo que: *«La reforma profundiza en las alternativas al concurso o los denominados institutos preconcursales, ofreciendo a las empresas una solución más ágil y económica a sus crisis, a través de acuerdos de refinanciación y simplificando el procedimiento concursal»*.

En concreto, esta norma deroga el artículo 5.3, y añade el artículo 5 bis, con el siguiente contenido:

*«Artículo 5 bis. Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso.*

*1. El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta Ley.*

*2. Esta comunicación podrá formularse en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5. Formulada la comunicación antes de ese momento, no será exigible el deber de solicitar la declaración de concurso voluntario.*

*3. (...)*

*4. Transcurridos tres meses de la comunicación al juzgado, el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que no se encontrara en estado de insolvencia».*

De modo que el empresario deudor que ponga en conocimiento del juez que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación dispondrá de un plazo mayor, de hasta cuatro meses más, para instar el concurso; plazo durante el cual no se admitirán solicitudes de concurso realizadas por otros legitimados.

No figura, pues, entre los supuestos de hecho que conllevan una prohibición de contratar la «situación de precurso de acreedores», sin que sea aplicable la prohibición de contratar del artículo 60.1.b) TRLCSP a aquellas empresas que ponen en conocimiento del juzgado haber iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

Ahora bien, si la empresa inicialmente en «situación de precurso de acreedores», insta la declaración de concurso voluntario, o se le declara en esta situación sin adquirir eficacia un convenio, incurre en prohibición de contratar.

Como es bien sabido, el requisito de no incurrir en ninguna causa de prohibición de contratar debe cumplirse en el momento de presentación de las proposiciones, y debe mantenerse hasta el momento de adjudicación y de formalización del contrato. Así, podría suceder que una empresa en «*situación de precurso*» pueda inicialmente presentarse a una licitación, pero que no pueda resultar adjudicataria y/o contratista si en el momento en el que se vaya a producir la adjudicación o la formalización ha solicitado el concurso voluntario, incurriendo de tal forma en una prohibición de contratar.

A tal efecto, los órganos de contratación deberán requerir la correspondiente acreditación documental al licitador que va a ser propuesto como adjudicatario, o con quien se va a formalizar el contrato, con el fin de comprobar que en ese momento no está afectado por prohibición de contratar.

De celebrarse el contrato, cuando concurre una prohibición para contratar, se incurre en causa de nulidad de pleno derecho, según dispone el artículo 32 b) TRLCSP. Nulidad que es absoluta, imprescriptible, insubsanable e indisponible por el particular.

Sin perjuicio de ello, puede suceder que un contratista en «*situación de precurso de acreedores*», incurra en prohibición de contratar, al ser declarado en concurso con posterioridad a la formalización del contrato. En este supuesto, a diferencia de las demás causas de prohibición, cuya aparición sobrevinida en principio no afecta al contrato vigente, el artículo 223.b) TRLCSP, considera que es causa de resolución del contrato. La resolución del contrato será obligatoria si se ha abierto la fase de liquidación (artículo 224.2 TRLCSP) y potestativa para la Administración en tanto no se inicie esta fase de liquidación, pudiendo «*continuar con el contrato si el contratista prestare las garantías suficientes a juicio de aquella para su ejecución*» (artículo 224.5 TRLCSP).

Por lo expuesto, la segunda de las cuestiones planteadas debe informarse en el sentido de que es contraria a derecho la introducción de la cláusula



planteada, pues supondría impedir objetivamente el acceso a la contratación pública a empresas en «*situación de precurso de acreedores*», situación que no está tipificada por la legislación vigente como causa de prohibición de contratar.

#### **IV. Reflexiones sobre la exigencia de solvencia económica y financiera en los contratos públicos y su aplicación a empresas que atraviesan situaciones de insolvencia transitoria.**

Ciertamente esta Junta comparte la preocupación, manifestada por la solicitante del informe, de que se garantice que las empresas que participen en la licitación tengan la suficiente solvencia económica y financiera, con el fin de que no se vea afectada «*la prestación del servicio, la actividad de los trabajadores y la propia organización*».

Por ello, se considera oportuno manifestar que es la solvencia como condición de aptitud lo que debe garantizarse. Es decir, que el hecho de que una empresa en situación de precurso pueda concurrir a una licitación —puesto que no le es de aplicación el artículo 60.1 b) TRLCSP— no significa que no se le deban requerir el resto de condiciones de aptitud que la normativa exige, en condiciones de igualdad con el resto de licitadores; tales como estar al corriente de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, y acreditar la suficiente solvencia económica y financiera para la ejecución del contrato, en los términos de los artículos 62 y siguientes TRLCSP.

En este punto parece conveniente recordar lo que señaló la Junta Consultiva de Contratación del Estado en su Informe 78/09, de 23 de julio de 2010:

*«Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.*

*Siendo esto así, resulta claro que lo que al poder adjudicador interesa es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean necesarios para ejecutar el contrato, (...).*



*Por otra parte debe tenderse a excluir la presentación de declaraciones apropiadas de entidades financieras si estas no versan sobre la situación financiera y patrimonial de los licitadores referida al contrato, ya que la mera referencia a que la empresa cumple con sus obligaciones no indica los elementos necesarios para constatar que dispone de recursos financieros que le permiten cumplir la obligación que asumen si se les adjudica el contrato».*

Es decir, que una empresa en «situación de precurso de acreedores» deberá demostrar, como las demás, que posee suficiente solvencia económica y financiera para ejecutar el contrato de que se trate, quedando excluida de la licitación en caso contrario.

El problema surge cuando la acreditación de la solvencia es obligatoriamente sustituida por la clasificación, porque en este caso el órgano de contratación no puede exigir una solvencia económica y financiera complementaria. Esta circunstancia dificulta la comprobación de la solvencia económica y financiera actual para la ejecución de un determinado contrato, dado que las condiciones que sirvieron de base al otorgamiento de la clasificación se justifican anualmente, con carácter general. No obstante, la clasificación será revisable a petición de los interesados o de oficio por la Administración en cuanto varíen las circunstancias tomadas en consideración para concederla, estando el empresario obligado a poner en conocimiento del órgano competente en materia de clasificación cualquier variación que en este sentido se produzca (artículo 70 TRLCSP), incurriendo en prohibición de contratar si incumple con este deber de comunicación (artículo 60. 1 e) TRLCSP).

En cualquier caso, en el procedimiento concreto de adjudicación, el licitador que acredita su solvencia mediante la clasificación, deberá acompañarla de una declaración responsable (del licitador) en la que manifieste que las circunstancias reflejadas en el correspondiente certificado no han experimentado variación. Esta manifestación debe reiterarse, en caso de resultar adjudicatario, en el documento en que se formalice el contrato, sin perjuicio de que el órgano de contratación pueda, si lo estima conveniente, efectuar una consulta al Registro oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas (artículo 146.3 TRLCSP), resultando prohibición de contratar si se incurre en

falsedad al efectuar la declaración responsable del artículo 146.1.c) o al facilitar cualesquiera otros datos relativos a su capacidad o solvencia.

### III. CONCLUSIONES

I. Las prohibiciones de contratar son circunstancias objetivas que impiden la contratación con el sector público de quién se halle incurso en ellas, y deben encontrarse perfectamente tasadas y tipificadas como tales en la Ley.

II. La «*situación de precurso de acreedores*» no figura entre los supuestos de hecho que conlleva una prohibición de contratar, sin que sea aplicable la previsión del artículo 60.1.b) TRLCSP a aquellas empresas que ponen en conocimiento del juzgado haber iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio.

III. La empresa inicialmente en «*situación de precurso de acreedores*», que insta la declaración de concurso voluntario, o es declarada en concurso sin adquirir eficacia un convenio, incurre en prohibición de contratar.

IV. Cuando un contratista incurra en prohibición de contratar al ser declarado en concurso con posterioridad a la formalización del contrato, a diferencia de las demás causas de prohibición cuya aparición sobrevinida en principio no afecta al contrato vigente, supondrá causa de resolución del contrato (ex artículo art. 223.b) TRLCSP).

V. Una empresa en «*situación de precurso de acreedores*» deberá acreditar, como las demás, que posee suficiente solvencia económica y financiera para ejecutar el contrato de que se trate, quedando excluida de la licitación en caso contrario.

**Informe 6/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 10 de abril de 2013.**