



INFORME 7/2009, DE 28 DICIEMBRE, SOBRE LA APLICACIÓN DE LA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR A EMPRESAS EN LAS QUE SE APRECIEN LAS CIRCUNSTANCIAS PREVISTAS EN EL ARTICULO 49.3 DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

ANTECEDENTES

1.- La Directora Gerente de la Fundación Arpegio solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los términos siguientes:

I.- Que la FUNDACIÓN ARPEGIO, adscrita a la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, en el ejercicio de sus fines ha llevado a cabo un procedimiento abierto de licitación al objeto de contratar las obras de (...).

II.- Que en el plazo conferido al efecto, presentaron ofertas de licitación 52 empresas, y previo el examen de la documentación administrativa presentada se procedió por la Mesa a abrir las ofertas económicas presentadas, en la fecha prevista (se acompaña Cuadro de Apertura de Ofertas como documento número 1).

III.- Que el criterio de adjudicación adoptado por el Órgano de Contratación en el procedimiento reseñado es Único, y referido a "Precio".

IV.- Que analizada la oferta presentada por la empresa "X", la Mesa de Contratación ha considerado que su oferta es la más ventajosa atendiendo al criterio del precio.

V.- Que no obstante lo anterior, la Mesa de Contratación ha tenido conocimiento de que la empresa "X", a través de su único accionista "Y" pertenece a un grupo de empresas denominado "Z" (se acompaña relación de empresas del grupo aportada por el licitador "X" como documento número 2).

VI.- Que, asimismo, la Mesa de Contratación ha tenido conocimiento a través del Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid de que una de las empresas del grupo "Z" relacionada con el licitador, denominada "XX" se encuentra Suspendida con Prohibición de Contratar del artículo 20 a) LCAP hasta la fecha de 4 de octubre de 2010 (se acompaña listado del Registro de Licitadores como documento número 3).

VII.- Que en función de las circunstancias planteadas, la Mesa de Contratación ha acordado solicitar del órgano de Contratación la realización de una consulta con la

finalidad de dilucidar si la prohibición de contratar de “XX” perteneciente al grupo del licitador “X” podría afectarle a ésta, a la luz del artículo 49.3 de la vigente LCSP.

En virtud de lo expuesto,

En su calidad de Órgano de Contratación, eleva Consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid a fin de que por ésta se evacue informe sobre si la prohibición de contratar de la empresa “XX” perteneciente al grupo del licitador “X”, cuya oferta resultó ser la más ventajosa, impediría, por aplicación del artículo 49.3 LCSP, la adjudicación del contrato (...) en Getafe, Madrid, por no ser ajustada a Derecho.

2.- La empresa “XX” fue declarada en situación de prohibición de contratar en el ámbito de las Administraciones Públicas por Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de 4 de octubre de 2007, por haber incurrido en la causa del artículo 20 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (LCAP), normativa en vigor en el momento en que fue declarada en prohibición de contratar, por plazo de tres años que finaliza el 4 de octubre de 2010.

3.- La empresa “XX” figura inscrita en el Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid, con el número 1.432, en suspensión temporal durante 3 años al haber sido declarada incurso en causa de prohibición de contratar, de conformidad con lo previsto en el artículo 82 del Reglamento General de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid.

CONSIDERACIONES

1.- Con carácter previo conviene precisar que es competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa informar sobre las distintas cuestiones que, en materia de contratación, se someten a su consideración, pero sin efectuar un pronunciamiento expreso sobre expedientes concretos de contratación, en los que de ninguna manera puede sustituir los informes de las unidades intervinientes en el procedimiento.

2.- En primer lugar se debe precisar que la Fundación ARPEGIO adscrita a la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Ordenación del Territorio, tiene la consideración de Poder Adjudicador, a efectos del artículo 3.3 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por lo que no podrán contratar con esta Fundación los empresarios que se encuentren en las circunstancias establecidas

en el artículo 49.1 y 3 de la LCSP, no siéndole de aplicación las circunstancias recogidas en el apartado 2 del citado artículo 49 por no tratarse de una Administración Pública.

3.- El escrito de consulta plantea si la prohibición de contratar de “XX” afecta, por aplicación del artículo 49.3 de la LCSP, a la empresa “X”, perteneciente al mismo grupo empresarial.

Para abordar estas cuestiones es necesario analizar e interpretar los preceptos de la LCAP, de aplicación en el momento en que la empresa fue declarada en situación de prohibición de contratar, y del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1.098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en vigor en cuanto no se oponga a lo dispuesto en la LCSP, que regula en el artículo 17 la apreciación de esta causa de prohibición, en el artículo 18 la competencia para declararla y en el artículo 19 el procedimiento para su declaración. Así como la regulación actual en la LCSP y en el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (RD 817/09).

4.- La LCAP en su artículo 20 a) recogía el supuesto de prohibición de contratar con la Administración de las personas en quienes concurra la circunstancia de haber sido condenadas mediante sentencia firme por los delitos que se relacionaban en este apartado y añadía “la prohibición de contratar alcanza a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, vigente su cargo o representación, se encuentren en la situación mencionada por actuaciones realizadas en nombre o a beneficio de dichas personas jurídicas o en las que concurran las condiciones, cualidades o relaciones que requieran la correspondiente figura de delito para ser sujeto activo del mismo”.

En las causas previstas en el apartado a) del artículo 20 de la LCAP, la apreciación y aplicación de la prohibición de contratar se desprende del análisis conjunto de los artículos 21 de la LCAP y 17 del RGLCAP, que distinguen los supuestos en que las sentencias o resoluciones firmes se pronuncian sobre la prohibición de contratar y su duración, en cuyo caso la apreciación y aplicación es automática por los órganos de contratación, de aquellos otros en los que dichas sentencias o resoluciones firmes no contienen pronunciamiento sobre esta circunstancia, en cuyo caso la apreciación por el órgano de contratación es automática pero no así su aplicación, ya que ésta requiere la tramitación de expediente al efecto, mediante el procedimiento establecido en el artículo 19 del RGLCAP. En este caso el artículo 21.3 de la LCAP, disponía al referirse al supuesto de condena mediante sentencia firme que la competencia para declarar la

prohibición corresponde al Ministro de Economía y Hacienda a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

5.- Actualmente la LCSP en el artículo 49.1 a) recoge las circunstancias, del artículo 20 a) de la LCAP, que constituyen causa de prohibición de contratar con el Sector Público por haber sido condenadas las personas mediante sentencia firme por los delitos que relaciona, ampliando los delitos que se citaban en el mencionado artículo de la LCAP. Recoge igualmente, en idénticos términos, lo dispuesto en el artículo 20 a) de la LCAP, sobre el alcance de la prohibición de contratar a las personas jurídicas cuyos administradores o representantes, se encuentren en dicha situación vigente su cargo o representación.

En cuanto a la competencia y procedimiento para su declaración lo regula el artículo 50.1, sin que en el apartado 3 de este artículo, respecto a competencia para su declaración, introduzca variaciones respecto a lo que establecía la LCAP.

Por otra parte el artículo 50.4 de la LCSP, en concordancia con el artículo 12 del RD 817/09, condiciona la eficacia de la declaración de prohibición de contratar prevista en la letra a) del artículo 49, cuando sea necesaria, a su inscripción en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado (ROLECE). Asimismo, el artículo 14 a) del citado Real Decreto, establece que no producirán efectos hasta su constancia en el ROLECE las prohibiciones de contratar a que se refiere el artículo 49.1 a) de la LCSP cuando su duración y alcance se haya determinado por resolución administrativa.

Además, la LCSP añade un nuevo apartado 3 al artículo 49 no previsto en la anterior LCAP en el que dispone que las prohibiciones de contratar afectaran también a las empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas. Con esta nueva extensión del alcance de las prohibiciones de contratar es clara la pretensión del legislador de tratar de evitar el fraude de ley que se produce cuando las personas jurídicas mediante la creación de nuevas empresas, la modificación de las preexistentes o los ceses de administradores o representantes, intentan eludir la aplicación de las prohibiciones de contratar. El citado apartado está en sintonía con la consolidada doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo de las personas jurídicas como rechazo del abuso del derecho y de no tolerancia con el fraude de ley, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 6.4 y 7.2 del Código Civil: “Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se

hubiere tratado de eludir.”; “La ley no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo. Todo acto u omisión que por la intención de su autor, por su objeto o por las circunstancias en que se realice sobrepase manifiestamente los límites normales del ejercicio de un derecho, con daño para tercero, dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.

La LCSP en concordancia y en similares términos a los del mencionado artículo 49.3, relativo a la capacidad, incluye, en relación a la solvencia, el apartado 4 del artículo 56 como criterio aplicable y condición para la clasificación, la denegación de la clasificación de aquellas empresas en las que, a la vista de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras afectadas por una prohibición de contratar.

6.- De los datos que constan en el Registro Mercantil y la documentación que obra en el Registro de Licitadores de la Comunidad de Madrid resulta la siguiente relación entre las empresas: la empresa “Z” era socio único de las empresas “X” y “XX”, en la fecha en que fue declarada en prohibición de contratar “XX”, por lo que se pueden considerar afectadas por la prohibición de contratar de “XX” en aplicación del artículo 49.3 de la LCSP.

7.- Igualmente hay que considerar las siguientes circunstancias:

a) Las personas que las han venido rigiendo en los cargos de Administrador único, Presidente o Consejeros, han coincidido entre ellas según consta en el Registro Mercantil.

b) Resulta significativo que en las fechas próximas a la declaración de prohibición de contratar, posiblemente cuando ya se había dictado Sentencia firme por el delito que da lugar a la prohibición, tiene lugar el cambio de denominación de la empresa “Z” que era socio único de las empresas “XX” y “X” hasta diciembre de 2007, y los ceses en los titulares de los cargos que rigen la empresa y pasan a designarse para ellos a empresas nuevas. Estas actuaciones pueden considerarse indicios de que se intenta evitar que se haga extensiva la prohibición de contratar.

8.- De todo lo anterior puede concluirse que no solamente se aprecian circunstancias que se corresponden con las previstas en el artículo 49.3 de la LCSP, no reguladas en la LCAP, norma vigente en el momento de declarar en situación de prohibición de contratar

a la empresa “XX”, sino que podrían apreciarse también las circunstancias que recogía tanto el anterior artículo 20 a) de la LCAP, como el actual artículo 49.1 a) de la LCSP, si bien es necesario precisar que se desconoce el contenido de la Sentencia y el delito a que responde.

No obstante lo anterior, ni la LCAP y el RGLCAP, ni tampoco la nueva LCSP y el RD 817/09, precisan si la apreciación de la extensión del alcance de la prohibición de contratar tiene un carácter automático ni, en su defecto, regulan la tramitación del procedimiento en estos supuestos, por lo que es dudosa la competencia para apreciar en situación de prohibición de contratar a las empresas cuando se dan las circunstancias tanto del artículo 49.1 a) de la LCSP [anterior artículo 20 a) de la LCAP], como del 49.3 de la LCSP.

CONCLUSIONES

1.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 49.3 de la LCSP, la prohibición de contratar de una empresa no alcanza, automáticamente, a las empresas a ella vinculadas o pertenecientes a su grupo de empresas, pero sí a aquellas empresas que por razón de las personas que las rigen sean continuación de las incursas en prohibición de contratar.

2.- El procedimiento y la competencia para la aplicación de lo previsto en el artículo 49.1 a) de la LCSP [antes 20 a) de la LCAP], así como en los casos previstos en el artículo 49.3 de la LCSP, cuando se pueda apreciar que se producen las circunstancias recogidas en estas normas en los administradores o representantes de las empresas o de las empresas entre sí por transformación, fusión o sucesión, no se encuentra regulado expresamente en la Ley.