



Consulta sobre la aplicación de la prohibición de contratar a una empresa en virtud de la previsión contenida en el artículo 60.3 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por R.D.L. 2/2011, de 14 de noviembre. Informe 05/2012, de 27 de julio.

Tipo de informe: Facultativo

D I C T A M E N

ANTECEDENTES

1. La Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Totana dirige escrito a esta Junta Regional de Contratación Administrativa formulando consulta, con el siguiente contenido literal:

<<El Ayuntamiento de Totana, formalizó un contrato con la mercantil "X", con CIF N°00000000, con domicilio en C/00000000, Macael (Almería), cuyo objeto es la gestión del Servicio Educativo Público de los Centros de Primer Ciclo Educativo Infantil Municipal.

Antes de llevar a cabo la Adjudicación, "X" presenta certificado de estar al corriente con las obligaciones de Seguridad Social y de Agencia Tributaria (se adjunta copia de los certificados y de la escritura de constitución de la sociedad).

En la gestión del Servicio se han producido una serie de incidencias y con objeto de acreditar la realidad de la misma, se ha creado una Comisión de Investigación.

A tenor de ello y a raíz del escrito presentado por varios padres de usuarios del Servicio, se ha puesto de manifiesto que la contratación realizada con "X", podría estar incurso en causa de nulidad, puesto se ha puesto de manifiesto la falta de solvencia económica de otra empresa denominada "Y", de la cual es administrador Don AA y han surgido dudas si sería aplicable el art. 45 del LCSP (hoy 60.3) del TRLCSP, que establece:

"Las prohibiciones para contratar afectarán también a aquellas empresas de las que por razón de las personas que las rijan o de otras circunstancias pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas". >>

2. Junto con el escrito acompaña copia de la escritura de constitución de la sociedad de Responsabilidad Limitada denominada "X" (en adelante segunda empresa), de los certificados acreditativos de encontrarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social presentados por la misma antes de la adjudicación del contrato mencionado anteriormente y de diversos edictos de notificación de providencias de apremio y de requerimiento de bienes a Don AA y a la mercantil "Y" (en adelante primera empresa) de la Tesorería de la Seguridad Social. Asimismo acompaña copias de edictos de notificación a la primera empresa del fallo de dos sentencias del Juzgado de lo Social número 1 y 3 de Huelva publicados en el Boletín Oficial de Huelva y anuncio notificándole a dicha sociedad la resolución de reintegro de



subvención en materia de formación profesional del Servicio Andaluz de Empleo publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. El presente informe se emite con carácter facultativo, al amparo de lo dispuesto en los artículos 2.1 y 13.3 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa y se dictan normas en materia de clasificación de empresas.

Si bien la solicitud de informe la realiza la Alcaldesa del Ayuntamiento de Totana, esta no se cursa a través de la Federación de Municipios de la Región de Murcia, tal como dispone el artículo 13.3 del Decreto antes mencionado, dado el interés que puede suscitar la cuestión planteada, esta Junta entiende conveniente proceder a evacuar el informe solicitado.

2. Por lo que respecta al alcance de los informes emitidos por la Junta Regional de Contratación Administrativa, debemos de reiterar el criterio mantenido por esta Junta, así entre otros en su Informe 02/2008, de 29 de abril, 02/2010, de 29 de abril, 1/2011, de 18 de enero y 4/2011, de 17 de junio, conforme al cual sus informes no pueden resolver expedientes concretos de contratación, ni la función consultiva o de asesoramiento atribuida a la misma en materia de contratación de la Administración Regional puede sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe, atribuidas por la legislación en el ámbito de la contratación a órganos específicos y concretos.

En coherencia con ello y a pesar de que las consultas de carácter general pueden y suelen tener su origen en problemáticas surgidas al hilo de concretos procedimientos administrativos de contratación, esta Junta emite su informe en relación con la cuestión de carácter general planteada por el Ayuntamiento de Totana teniendo en cuenta aspectos puntuales del contrato de "Servicio Educativo Público de los Centros de Primer Ciclo Educativo Infantil Municipal", en base al que se formula la presente consulta.

3. El escrito del Ayuntamiento de Totana plantea la cuestión de si la prohibición de contratar de la primera empresa por la causa prevista en la letra d) del apartado 1 del artículo 49 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (en la actualidad 60.1 d) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por R.D.L. 3/2011, de 14 de noviembre, la de no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social puede afectar o extenderse a la segunda empresa, que resultó adjudicataria del contrato de gestión del Servicio Educativo Público de los Centros de Primer Ciclo Educativo Infantil Municipal, por aplicación de lo dispuesto en el apartado 3 de ese mismo artículo.

4. Esta cuestión debe ser resuelta a la luz de lo dispuesto en texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por R.D.L. 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCAP), que entró en vigor el pasado 16 de diciembre de 2011,



que es la normativa que resulta aplicable por razón de la fecha de adjudicación del contrato que nos ocupa y que tuvo lugar el 12 de enero de 2012, conforme a lo establecido a sensu contrario en el apartado 2 de su disposición transitoria primera, que literalmente dispone al efecto que:

<<Los contratos administrativos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley se registrarán, en cuanto a sus efectos, cumplimiento y extinción, incluida su duración y régimen de prórrogas, por la normativa anterior>>.

Además serán de aplicación las correspondientes normas de desarrollo, el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por R.D. 1.098/2001, de 12 de octubre (en adelante RGLCAP) en la medida que no se oponga al TRLCSP y el R.D. 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 (en adelante RD 817/2009).

5. Los apartados 1 y 2 del artículo 60 del TRLCSP recogen con carácter taxativo una serie de circunstancias que, en caso de que concurran, imposibilitan a las personas incursas en ellas para contratar con el sector público en general y con las Administraciones Públicas en particular respectivamente.

En concreto la letra d) del apartado 1 de dicho artículo recoge como causa de prohibición de contratar con el sector público en general la circunstancia de no hallarse la empresa al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen, causa que debe de ser apreciada directamente por los órganos de contratación, subsistiendo la misma mientras concurran las circunstancias previstas, no quedando condicionada su eficacia, a diferencia de lo que ocurre con otros supuestos de prohibiciones de contratar, a su inscripción o constancia en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas correspondiente, tal como se dispone en los diversos apartados del artículo 61 del TRLCSP.

Como novedad la LCSP introdujo por primera vez en su artículo 49.3 la extensión de los efectos de las prohibiciones de contratar a personas diferentes a aquellas en las que incurrían directamente en las circunstancias que legalmente eran tipificadas como supuestos de prohibición de contratar en los dos apartados anteriores del mismo artículo.

Esta previsión en la actualidad está recogida en el apartado 3 del artículo 60 del TRLCSP, el cual literalmente dispone al efecto que:

<<Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón 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 empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.>>

Pero ni el TRLCSP, ni la norma que lo desarrolla parcialmente, el RD 817/2009, regulan detalladamente la aplicación de la extensión de la prohibición de contratar contenida en el mencionado artículo 60.3, quedando sin concretar el procedimiento para su declaración, el momento y plazos para llevarla a cabo, así como las circunstancias en



función de las cuales puede presumirse la continuación de empresas y el órgano competente para declarar la aplicación del mismo.

La extensión de efectos de las prohibiciones de contratar ha sido objeto de informe de diversos órganos consultivos, así el Informe 25/2009, de 1 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, los Informes 13/2009, de 30 de septiembre y 7/2011 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña e Informe 7/2009, de 28 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid y, si bien están referidos a empresas pertenecientes a un grupo empresarial, salvo el Informe 13/2009, de 30 de septiembre que analiza la extensión de la prohibición de una empresa a una persona física que fué su administrador, las consideraciones contenidas en los mismos pueden servir de ayuda para responder a la cuestión planteada por el Ayuntamiento de Totana, dada la insuficiente regulación normativa antes señalada.

De los mencionados informes se desprende que la extensión de la prohibición de contratar en la que está incurso una empresa a otra no es un proceso automático, sino que debe ser consecuencia del análisis las circunstancias concretas que concurren en cada caso, a la vista de las cuales puede llegar a presumirse que una empresa es continuación o deriva de otra empresa afectada por una prohibición de contratar, sin que sea posible fijar un criterio de aplicación general para cualquier caso.

En el informe 7/2011, de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, recogiendo las señaladas por por los informes de los órganos consultivos antes detallados, se indican como circunstancias que pueden tenerse en cuenta para presumir que una empresa es continuación o deriva de otra declarada en prohibición de contratar, las siguientes:

<<La fecha de constitución (o de incorporación en un grupo de empresas determinado, en su caso) de la empresa que presuntamente es continuación o deriva de otra declarada en prohibición de contratar.

Las personas que rigen las empresas; es decir, los miembros del órgano de administración y de dirección y los accionistas.

La coincidencia o similitud de objetos sociales, así como de medios humanos y materiales, entre la empresa declarada en prohibición de contratar y la empresa que presuntamente es la continuación o deriva.

Otras actuaciones que se lleven a cabo en fechas próximas a la declaración de prohibición de contratar, como cambios de denominación, ceses y nuevos nombramientos de los titulares de los cargos que rigen las empresas y cualesquiera otras que se puedan considerar como indicios de la voluntad de evitar los efectos de la prohibición contratar.>>

Por lo que se refiere a la determinación del órgano competente para dictar la resolución de prohibición de contratar del supuesto del artículo 60.3 del TRLCSP, en el Informe 25/2009, de 1 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se dice literalmente al respecto que *<<en el caso del artículo 49.3 de la Ley de Contratos del Sector Público (actual 60.3 del TRLCSP), procede aclarar que la concurrencia de las circunstancias que conllevan la aplicación de esta disposición*



han de ser apreciadas, en su caso, por el órgano de contratación poniendo la circunstancia en conocimiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por si procediera la tramitación del expediente de declaración de la prohibición de contratar como consecuencia de la extensión de tal prohibición declarada.>>

En definitiva la aplicación de este artículo requiere atenerse a las circunstancias concretas de cada caso, y como se desprende de las consideraciones del mismo Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado anteriormente mencionado, *<<no es posible fijar un criterio general de aplicación, que en todo caso deberá ser restrictivo>>* pues lo contrario *<<supondría una restricción desproporcionada del principio de libre concurrencia que ha de presidir la aplicación e interpretación de las normas de la contratación pública y una interpretación extensiva de una prohibición limitativa de los derechos del administrado.>>*

6. En el caso planteado por el Ayuntamiento de Totana la segunda sociedad acreditó antes de la adjudicación del contrato para la gestión del Servicio Educativo Público de los Centros de Primer Ciclo Educativo Infantil Municipal, encontrarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, presentando las certificaciones positivas que a tal efecto requieren los artículos 13 y 14 del RGLCAP.

Conforme resulta de la documentación que se remite, dicha mercantil fue constituida mediante escritura pública de fecha 1 de diciembre de 2010 por los hermanos Don AA, Don BB y Don CC los cuales participan en el capital social de forma igualitaria, siendo estos dos últimos administradores mancomunados por tiempo indefinido, no Don AA.

Se acompañan al escrito diversos edictos de notificación de providencias de apremio y de requerimiento de bienes a Don AA y a la primera empresa de la Tesorería de la Seguridad Social, edictos de notificación a la misma empresa del fallo de dos sentencias del Juzgado de lo Social número 1 y 3 de Huelva publicados en el Boletín Oficial de Huelva, así como anuncio notificándole a dicha sociedad la resolución de reintegro de subvención en materia de formación profesional del Servicio Andaluz de Empleo publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, en base a los que se considera *<<se ha puesto de manifiesto la falta de solvencia económica de otra empresa denominada "Y">>*. Igualmente se manifiesta en el escrito de consulta que Don AA es administrador único de la primera empresa.

Las circunstancias reseñadas, en opinión de esta Junta, no son suficientes para la aplicación de la extensión de la prohibición de contratar prevista en el artículo 60.3 del TRLCSP a la segunda empresa adjudicataria del contrato por la prohibición de contratar que se presume que incurre la primera empresa, puesto que en todo caso la aplicación de dicho artículo debe de tener carácter restrictivo.

Habría que valorar, una vez acreditada la prohibición de contratar de la primera empresa, en consonancia con lo recogido en los informes de los órganos consultivos a que se ha hecho referencia en la consideración anterior, otra serie de circunstancias tales como la fecha de constitución de la primera sociedad, el objeto social de esta, las personas que la rigen, la coincidencia de los medios materiales y humanos de ambas y cualquiera otra actuación o circunstancia que pueda llevar a la conclusión de que la



segunda empresa es continuación o deriva de la primera, en cuyo caso procedería la aplicación de la presunción del artículo 60.3 del TRLCSP.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, esta Junta Regional de Contratación Administrativa entiende que las circunstancias puestas de manifiesto por el Ayuntamiento de Totana en el supuesto concreto que plantea, no son suficientes por sí solas para declarar la extensión de los efectos de la prohibición de contratar a la empresa adjudicataria del contrato en base a lo dispuesto en el artículo 60.3 del TRLCSP, debiendo valorarse y apreciarse por el propio órgano de contratación del Ayuntamiento otra serie de circunstancias, tales como la fecha de constitución de la primera sociedad, el objeto social de esta, las personas que la rigen, la coincidencia de los medios materiales y humanos de ambas y cualquiera otra actuación o circunstancia que pueda llevar a la conclusión de que la segunda empresa es continuación o deriva de la primera, en cuyo caso procedería la aplicación de la mencionada presunción.