

Momento en el que ha de concurrir y hasta el cual ha de mantenerse el requisito de estar clasificado cuando este es exigible

Francisco Manuel Bastardo Yustos

Asesor Jurídico del Ayuntamiento de Toledo

Funcionario de Administración Local con habilitación de carácter nacional

El Consultor Contratación Administrativa, 19 de Julio de 2022, **Wolters Kluwer**

Contratación Administrativa Práctica, Nº 181, Sección Reflexiones, Septiembre-October 2022, **LA LEY**

LA LEY 6985/2022

Comentarios

I. Informe 27/1997, de 14 de julio de 1997 de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

El Informe 27/1997, de 14 de julio de 1997 (LA LEY 5823/1997), de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado entendió:

1. Regla general

La regla general de la que parte la LCAP es la de que la clasificación, en los supuestos en que este requisito sea exigible, debe concurrir en el momento de la adjudicación del contrato pues así se deduce inequívocamente del artículo 25.1 de la propia Ley (actual artículo 77 de la LCSP (LA LEY 17734/2017)), en cuanto establece y regula el requisito de la clasificación para contratar con las Administraciones Públicas.

2. Fase anterior a la adjudicación

En la fase anterior a la adjudicación del contrato la regla general reseñada debe tenerse en cuenta en la interpretación del artículo 80.2, h) (actual artículo 139 de la LCSP (LA LEY 17734/2017)), pues dado que este artículo y apartado exige que se acompañe a la proposición de los licitadores, en sobre aparte, los documentos que acrediten la clasificación de la empresa, debe rechazarse la posibilidad de adjudicar el contrato, cuando de la documentación reseñada resulte la existencia de clasificación en vigor en el momento de la presentación de la documentación, pero que, sin embargo, ha de vencer con anterioridad a la adjudicación, pues también en este caso, sobre la formalidad de la presentación, ha de primar el requisito básico de que la clasificación debe concurrir en el momento de la adjudicación del contrato.

3. Fase posterior a la adjudicación

En la fase posterior a la adjudicación, la LCAP no se ocupa del requisito de la clasificación, ni siquiera para configurar su pérdida como causa de resolución del contrato, por lo que debe concluirse que, adjudicado el contrato a empresa con clasificación adecuada, su pérdida o disminución de categoría no produce efecto alguno sobre la ejecución.

Entiende la Junta Consultiva que tal conclusión se desprende de la regulación contenida en la LCAP de las causas de resolución en el artículo 112 apartados a) y b) (actual artículo 211 de la LCSP (LA LEY 17734/2017)) en el que ciertos supuestos de pérdida de personalidad o capacidad y de incursión en supuestos de prohibición de contratar (muerte o incapacidad sobrevenida de las personas físicas, extinción de personalidad de las personas jurídicas, declaración de quiebra, de suspensión de pagos, de concurso de acreedores, de insolvente fallido o acuerdo de quita y espera) se configuran como causas de resolución, sin que suceda lo mismo con la pérdida o insuficiencia sobrevenida de la clasificación a la que ninguna mención se hace en el citado artículo 112.

La pérdida de la clasificación no puede encajar en el concepto de incapacidad sobrevenida a que hace referencia el artículo 112, a), de la LCAP, no sólo porque dicha incapacidad se refiere sólo a las personas físicas, con lo que se produciría un trato distinto para éstas y para las personas jurídicas, sino por la consideración fundamental de que la clasificación no es un requisito de capacidad, sino de solvencia.

Por todo lo anterior, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado concluye que el requisito de la clasificación en la LCAP aparece referido al momento de la adjudicación del contrato, por lo que la pérdida posterior de tal clasificación no debe producir efecto en la ejecución del contrato, dado que ni siquiera tal pérdida ha sido configurada como causa de resolución.

II. Diferente regulación del requisito de la clasificación en la LCSP respecto a la LCAP

Partiendo de que a LCAP, en interpretación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, el requisito de la clasificación aparece referido al momento de la adjudicación del contrato, y que su pérdida posterior no produce efecto en la ejecución del contrato, al no configurarse tal pérdida como causa de resolución del contrato, se debe analizar las siguientes cuestiones:

1. Perfección del contrato

El artículo 54 de la LCAP determinaba que los contratos se perfeccionaban mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados, de ahí, que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado concluyera que el requisito de la clasificación en la LCAP apareciese referido hasta al momento de la adjudicación del contrato.

Por el contrario, la LCSP en su artículo 36 (LA LEY 17734/2017), difiere la perfección del contrato al momento de su formalización (1), por lo que ha de reputarse que el requisito de la clasificación debe cumplirse desde el momento de la presentación de las proposiciones —lo aquilatamos después—, hasta el momento de la formalización, en el que nace a la vida jurídica el contrato.

Así lo positiviza el apartado 4 del artículo 140 *Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos*, de la LCSP

(LA LEY 17734/2017) al decir que «Las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar a las que se refieren los apartados anteriores, deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato,» siendo la clasificación un requisito de solvencia.

2. Consecuencias derivadas de la pérdida del requisito de clasificación antes de la formalización del contrato

Tampoco el artículo 211 de la LCSP (LA LEY 17734/2017) recoge como causa de resolución del contrato la pérdida de la clasificación, como hiciera el artículo 112 de la LCAP, pues se limita a incluir en el apartado 1 letra a) «la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 98 relativo a la sucesión del contratista».

Sin embargo, el apartado 2 letra a) del artículo 39 de la LCSP (LA LEY 17734/2017) que regula las causas de nulidad de derecho administrativo, determina que son nulos de pleno derecho los contratos en los que concurra:

«a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando esta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar este incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71».

III. Conclusiones

Cuando con arreglo al artículo 77 de la LCSP (LA LEY 17734/2017) sea exigible el requisito de clasificación (2), su concurrencia deberá tener lugar desde la fecha final de presentación de ofertas y habrá subsistir en el momento de perfección del contrato, que se produce con su formalización.

La formalización careciendo de tal requisito comporta la nulidad de pleno derecho del contrato.

(1) La fijación de la formalización como momento en el que tiene lugar la perfección del contrato, deriva de la Ley 34/2010, de 5 de agosto (LA LEY 16740/2010), de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LA LEY 10868/2007), 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (LA LEY 2689/1998) para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras, cuya finalidad fue reforzar los efectos del recurso permitiendo que los candidatos y licitadores que intervengan en los procedimientos de adjudicación puedan interponer recurso contra las infracciones legales que se produzcan en la tramitación de los procedimientos de selección contando con la posibilidad razonable de conseguir una resolución eficaz.

De dicha norma pasó al posterior 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 (LA LEY 21158/2011), y de ese último a la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LA LEY 4613/2014).

(2) Conforme al Artículo 77 Exigencia y efectos de la clasificación, la clasificación de los empresarios como contratistas de obras o como contratistas de servicios de los poderes adjudicadores será exigible y surtirá efectos para la acreditación de su solvencia para contratar en los siguientes casos y términos:

- a) Para los contratos de obras cuyo valor estimado sea igual o superior a 500.000 euros será requisito indispensable que el empresario se encuentre debidamente clasificado como contratista de obras de los poderes adjudicadores (.../...).
- b) Para los contratos de servicios no será exigible la clasificación del empresario. (.../...).
- c) La clasificación no será exigible para los demás tipos de contratos. (.../...).