



Habilitación empresarial o profesional: ¿exigible al licitador o al contratista?

Comentario a la Resolución 113/2022, del TACRC

La habilitación empresarial o profesional exigible al empresario para ejecutar el contrato se encuentra regulada en el artículo 65.2 de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público -LCSP-, que indica: “2. *Los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato.*” Como puede apreciarse, se trata de una condición que no se exigirá en todos los contratos sino solamente en algunos, de ahí el inciso «en su caso». El precepto se ubica en la Sección 1ª del Capítulo II del Título II del Libro I de la Ley, sección que regula las condiciones de aptitud para contratar con el Sector Público, y específicamente en el primer artículo de dicha sección, el 65, denominado «Condiciones de aptitud», tras enunciarse en su primer apartado las condiciones generales de aptitud para contratar con el sector público -capacidad, solvencia y no incursión en prohibición de contratar-.

Descendiendo a la práctica la casuística es variada: puede tratarse desde exigir, por ejemplo, el título de abogado en ejercicio para la prestación de un servicio de defensa jurídica, hasta la exigencia de inscripción de la empresa en un registro público para la ejecución de una obra en que se vayan a emplear materiales peligrosos sujetos a control administrativo, y así un largo etcétera. La doctrina administrativa ha venido definiendo como sus notas fundamentales, las siguientes:

– Se trata de la concreción, dentro de su genérica capacidad de obrar, de una capacitación específica que permite considerar al empresario o profesional, en determinados casos -en virtud del objeto del contrato-, legalmente capacitado para su ejecución. Es decir, se configuraría como un requisito de legalidad -junto con el de capacidad-, diferente por tanto de la solvencia, que busca asegurar un nivel de aptitud superior al simplemente exigido para poder ejercer legalmente una actividad determinada. A dicha diferenciación se refirió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 1/09: “*el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 -hoy 65.2 LCSP- es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto.*”, y el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales -TACRC-, por ejemplo en su Resolución 116/2015: “*una cosa es la capacidad de obrar, otra la habilitación profesional exigida como parte de aquella y también diferente es la solvencia técnica que deben acreditar los licitadores para ser adjudicatarios*”, o en su más reciente Resolución 1099/2021: “*En relación con la naturaleza jurídica de la habilitación profesional este Tribunal se ha pronunciado en numerosas ocasiones reconociendo su condición de requisito de legalidad y aptitud para contratar, y no de calidad y solvencia técnica, siguiendo el criterio fijado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 1/2009, de 25 de septiembre.*”

– Al tratarse de un requisito de legalidad, no cabe que responda a una decisión discrecional del órgano de contratación. Así lo recuerda por ejemplo la Resolución 14/2018 del TARC de Castilla y León: “*A la vista de que el informe del órgano de contratación no lo asevera, y de acuerdo con*

las resoluciones mencionadas, parece desprenderse que para la ejecución del contrato cuyos pliegos se recurren, cuyo objeto es la verificación de las comprobaciones previstas en el artículo 125 del Reglamento (UE) 1303/2013, no es legalmente necesaria la inscripción en el ROAC, por lo que tal inscripción no podría configurarse como requisito de habilitación profesional.”, o la Resolución 1165/2021 del TACRC: “Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal .../... al amparo del requerimiento de habilitación empresarial o profesional únicamente pueden exigirse aquellos requisitos que resulten imprescindibles para el legal ejercicio de la actividad objeto del contrato.”

– Su exigencia ha de tener carácter restrictivo, como señala la Resolución 85/2019 del TACP de la Comunidad de Madrid: *“El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales ha adoptado la doctrina, unánimemente admitida de que las habilitaciones profesionales al ser consideradas condiciones de aptitud para contratar deberán ser requeridas en función del objeto del contrato y con un carácter restrictivo, pues de lo contrario se vulneraría un principio fundamental de la contratación pública cual es la libre concurrencia.”*

– Como regla general no es posible su acumulación en caso de UTEs -Resolución 1099/2021 TACRC-, salvo que se refiera a una parte del contrato claramente separable, en cuyo caso cabe su exigibilidad únicamente a la empresa que la vaya ejecutar -Resolución 113/2022 TACRC-. De modo análogo, como regla general no cabe su integración por medios externos -Resolución 294/2021 TACRC-, salvo que se pretenda subcontratar la parte del contrato que en su caso motiva la exigencia de la misma -Resolución 1485/2021 TACRC-

Definidas las notas anteriores, parece un hecho incontrovertido que nos encontramos ante una condición de aptitud para contratar (junto con las de capacidad, solvencia y no incursión en prohibiciones de contratar), que supone una concreción de la capacidad de obrar en determinados contratos en los que es legalmente exigible tal habilitación específica para su ejecución. De hecho, el artículo 39.2 a) configura la falta de la misma en el adjudicatario, al igual que la falta de capacidad, solvencia o la incursión en prohibición de contratar, como causa de nulidad de pleno derecho del contrato. Por ello, y en cuanto condición de aptitud, hemos venido considerando de aplicación a la misma lo dispuesto en el artículo 140.4 LCSP: *“4. 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.”* Pues bien, la [Resolución 113/2022 del TACRC](#), considera sin embargo admisible su tratamiento como condición exigible sólo al contratista, lo que excluiría aplicarle el límite temporal del artículo 140.4 LCSP. Es decir, no cabría la exclusión del licitador por falta de dicha habilitación al término del plazo para la presentación de proposiciones, sino que la misma podrá obtenerse en su caso al tiempo de presentar la documentación previa a la adjudicación, en el trámite del artículo 150.2 LCSP.

Se trata en este caso de un servicio de notificación certificada a terceros, y la habilitación exigible, estar incluido en las listas de confianza como prestador cualificado de servicios de confianza reguladas en el Reglamento (UE) Nº 910/2014. El Pliego no incluía dicha habilitación como requisito previo a reunir por los licitadores, sino que únicamente se deduce de los pliegos la necesidad de contar con la misma. El TACRC se remite para resolver el recurso a sus Resoluciones 833 y 1310 ambas de 2020, reproduciendo primero parte de esta última: *“Textualmente se indica que la exigencia de habilitación se dirige al adjudicatario, no al licitador, circunstancia que unida a que en ninguna parte del pliego se exige a los licitadores la previa acreditación de esta circunstancia obliga a concluir que es una obligación que únicamente será exigible durante la prestación del servicio»* Razona a continuación que el artículo 140.4 no se

refiere específicamente a la habilitación empresarial o profesional, por lo que no le es de aplicación el precepto: *«esta norma -en referencia al artículo 140.4- no es aplicable a todos los requisitos de capacidad legalmente exigibles, sino únicamente a los expresamente mencionados en los tres primeros epígrafes de dicho artículo 140. Y puesto que dichos tres primeros apartados no se refieren a las habilitaciones empresariales o profesionales ni el órgano de contratación ha requerido su expresa acreditación al amparo de lo previsto en el artículo 140.2 LCSP debe concluirse que la inscripción en el Registro Nacional de Control Metrológico es una obligación a cumplir durante la ejecución del contrato y no al tiempo de presentar las ofertas.»* En similar sentido la Resolución 833/2020, que adicionalmente resalta la diferenciación que la ley efectúa entre licitador y contratista: *“Como indica el recurrente es de plena aplicación el artículo 65.2 de la LCSP, pero dicho precepto se refiere específicamente a los contratistas a la hora de exigir la habilitación profesional y no a los licitadores. Por su parte, el artículo 140.4 de la LCSP (que cita la Resolución que se transcribe) no se refiere a la habilitación profesional sino a las circunstancias relativas a la capacidad y solvencia .../...»* En definitiva, concluye en la Resolución 113/2022, objeto del comentario: *«Por todo ello, el primer motivo esgrimido por el recurrente no puede prosperar, al entender que en este procedimiento los licitadores no deben tener la habilitación profesional de prestador de servicios de confianza cualificado al momento de presentar su oferta sino basta con haberla obtenido antes del inicio de la ejecución del contrato.»*

Señalar que este mismo tribunal concluyó justamente lo contrario en su Resolución 98/2020, entendiendo plenamente aplicable a la habilitación empresarial o profesional el límite temporal del artículo 140.4: *“siendo las habilitaciones un aspecto relativo a la capacidad de los empresarios, y estableciendo el artículo 140.4 de la LCSP que las circunstancias relativas a la capacidad deben concurrir en la fecha final de presentación de ofertas, y subsistir en el momento de perfección del contrato, la verificación de si la empresa adjudicataria cuenta o no con la preceptiva habilitación del Ministerio del Interior (exigida por el Real Decreto 2364/1994 que aprueba el Reglamento de Seguridad Privada), es una cuestión que debe verificarse antes de la adjudicación del contrato, y no en fase de ejecución.../...Así pues, procede estimar parcialmente el recurso, anulando la resolución de adjudicación y retrotrayendo el procedimiento al momento anterior a su dictado, para conceder a la empresa .../... la posibilidad de acreditar que a la fecha final del plazo de presentación de ofertas contaba con la preceptiva autorización del Ministerio del Interior para llevar a cabo la prestación exigida en los pliegos de conexión a central receptora de alarmas.»*. También el TACP de la Comunidad de Madrid, que en su Resolución 281/2019, comentada [aquí](#), concluía: *“Por todo lo cual se considera que la UTE adjudicataria no poseía las condiciones de aptitud necesarias para licitar a este contrato al término del plazo de presentación de ofertas, debido a la falta de habilitación profesional de la subcontratista indicada en la oferta para integrar con medios externos la capacidad exigida en el apartado 23 del cuadro resumen de condiciones particulares.”*

José María Agüeras Angulo

Interventor-tesorero superior de Administración local