



Informe 6/3023, de 25 de mayo de 2023, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado

Materia: Acreditación de las condiciones de aptitud para contratar por empresas extranjeras no comunitarias.

ANTECEDENTES

La Confederación Nacional de la Construcción ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La 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, en adelante LCSP, tiene establecido, en su artículo 65, que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que:

- 1) tengan plena capacidad de obrar,*
- 2) no estén incursas en alguna prohibición de contratar, y*
- 3) acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional.*

Para acreditar el primero de los requisitos, la capacidad de obrar, el artículo 84.3 de la LCSP establece que las empresas extranjeras no comunitarias deben de acreditar su capacidad de obrar con informe de la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa.

La cuestión sometida a consulta es si el mencionado informe de la Misión Diplomática Permanente de España, además de acreditar la capacidad de obrar de la empresa, también sirve para acreditar que ésta no está incursa en prohibición de contratar y para acreditar su solvencia económica y financiera y técnica o profesional al margen de los medios de acreditación exigidos en los artículos 86 a 88, o si por el contrario la acreditación de estas dos últimas circunstancias se debe hacer por otras vías y cuáles deben ser esas”.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. La Confederación Nacional de la Construcción ha solicitado informe de esta Junta Consultiva acerca de los efectos y extensión del informe que, conforme al artículo 84 de la 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 (LCSP), ha de emitir la Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa extranjera que quiera licitar un contrato público en España.

2. La cuestión planteada debe analizarse partiendo del contenido de nuestra legislación sobre contratos públicos. Como es conocido, la aptitud para contratar con el sector público se regula en el capítulo II del Título II del Libro primero de la LCSP. Los tres requisitos que la norma legal exige en este punto son la capacidad de obrar, la tenencia de la solvencia suficiente para ejecutar el contrato y la inexistencia de una prohibición de contratar. Cada una de estas condiciones tiene carácter independiente y se regula de modo separado en la LCSP.

3. La acreditación de la aptitud de quien pretenda contratar con el sector público está sujeta, entre otras, a las que la LCSP denomina “*normas generales y normas especiales sobre capacidad*”¹, dentro de las cuales se incluye una regla específica sobre empresas no comunitarias, donde se indica que si se trata de una persona jurídica de un Estado no perteneciente a la Unión Europea o a Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, será necesario aportar, conforme señala el artículo 68 de la LCSP, un informe en el que se justifique que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con los entes del sector público en forma sustancialmente análoga. Este informe, que trata de garantizar la igualdad de oportunidades de las empresas españolas en el mercado de origen del licitador extranjero, es clásico en nuestro derecho y ya se recogía, por ejemplo, en el artículo 55 del RD-ley 3/2011, en el artículo 44 de la Ley 30/2007 y en los artículos 15.2 y 23 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000.

Continúa señalando el precepto antes citado que “*dicho informe será elaborado por la correspondiente Oficina Económica y Comercial de España en el exterior y se acompañará a la documentación que se presente. En los contratos sujetos a regulación armonizada se prescindirá del informe sobre reciprocidad en relación con las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio*”.

El artículo 84.3 de la LCSP, precepto por el que se nos consulta, refiriéndose a los empresarios no comunitarios ni pertenecientes a países signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio señala que “*los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad de obrar con informe de la*

¹ Que se incluyen en el CAPÍTULO II, sobre capacidad y solvencia del empresario, en su Sección 1.ª, sobre aptitud para contratar con el sector público, y, a su vez, en su Subsección 1.ª, relativa a las normas generales y normas especiales sobre capacidad.



Misión Diplomática Permanente de España en el Estado correspondiente o de la Oficina Consular en cuyo ámbito territorial radique el domicilio de la empresa.”

En desarrollo del anterior precepto legal, el artículo 10 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) trata la cuestión de la acreditación de la capacidad de obrar en el caso de este tipo de empresas. Señala este precepto que la capacidad de obrar de las empresas extranjeras no comprendidas en el artículo anterior (que alude a las empresas no españolas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo) se acreditará mediante un informe expedido por la Misión Diplomática Permanente u Oficina Consular de España del lugar del domicilio de la empresa en el que se haga constar, previa acreditación por la empresa, que figuran inscritas en el Registro local profesional, comercial o análogo o, en su defecto, que actúan con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato.

4. El análisis conjunto de ambos preceptos deja claro que la normativa vigente, al tratar de la aptitud de las empresas extranjeras no españolas y que no sean de Estados miembros de la Comunidad Europea o de países signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, alude a dos cuestiones diferentes:

- Por un lado, a la acreditación del trato recíproco y equivalente a las empresas españolas en el país de la empresa que quiere contratar en España.
- Por otro, a la acreditación de la capacidad de obrar de la empresa extranjera que se llevará a cabo mediante la prueba de su inscripción en un registro profesional o mediante una declaración de habitualidad en el tráfico comercial en la materia objeto del contrato.

Por supuesto, no se trata de la misma cuestión. Es evidente que un informe favorable sobre admisión de las empresas españolas en el mercado propio de la empresa extranjera no tiene por qué suponer automáticamente la prueba de que la empresa extranjera cuenta con capacidad para operar normalmente en el tráfico comercial. La reciprocidad es un requisito distinto, anterior a la prueba de la capacidad de obrar. Por tanto, el artículo 68 de la LCSP está aludiendo a un informe con un contenido distinto del que tratan el artículo 84.3 de la LCSP y 10 del RGLCAP. Esta conclusión viene adverada por el propio RGLCAP cuando señala en el segundo párrafo de su artículo 10 que *“En estos supuestos, además, deberá acompañarse informe de la Misión Diplomática Permanente de España o de la Secretaría General de Comercio Exterior del Ministerio de Economía sobre la condición de Estado signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, siempre que se trate de contratos de cuantía igual o superior a la prevista en los artículos 135.1, 177.2 y 203.2 de la Ley o, en caso contrario, el informe de reciprocidad a que se refiere el artículo 23.1*

de la Ley”. De este precepto se deduce que, si la empresa no es comunitaria ni de un país signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, además del informe sobre capacidad de obrar, habrá de aportarse el informe de reciprocidad al que alude la LCSP. Esta conclusión es congruente con el hecho de que el propio artículo 68 de la LCSP exija que el informe sobre reciprocidad se acompañe a la restante documentación que se presente, en este caso, al informe que acredita la capacidad de obrar de la empresa².

Es obvio que ambas normas son perfectamente compatibles. Por tanto, nuestra primera conclusión es que, además del informe sobre reciprocidad a que alude el artículo 68 de la LCSP, la normativa vigente exige la aportación de un informe sobre la existencia de capacidad de obrar en los términos establecidos en el artículo 84 de la LCSP y en el artículo 10 del RGLCAP. Por razones de economía, nada se opone a que ambos extremos consten en el mismo documento.

5. Una vez alcanzada la anterior conclusión, que nos sirve a su vez como premisa para responder la cuestión que se nos plantea, es necesario delimitar si alguno de los dos informes que hemos citado en las consideraciones jurídicas anteriores tienen el efecto de acreditar la concurrencia de los otros dos requisitos de aptitud para contratar, la solvencia y la inexistencia de prohibición de contratar.

Por lo que atañe al informe sobre reciprocidad la respuesta ha de ser negativa pues resulta obvio que, si atendemos al contenido que le es propio, nada de lo que se pueda contener en un informe cuya finalidad está limitada a acreditar el trato equivalente de las empresas españolas en el país de la empresa extranjera puede servir para acreditar que no está sujeto a prohibición para contratar o que tiene solvencia para ejecutar un contrato en concreto.

En cuanto al informe sobre capacidad de obrar, lo cierto es que la capacidad es una condición genérica, que autoriza para participar en cualquier licitación pública, mientras que la solvencia es un requisito que depende de las condiciones específicas de cada contrato. Por razón de esta diferencia es claro que disponer de capacidad de obrar no supone en modo alguno que también se disponga de solvencia para ejecutar el contrato.

² Esta conclusión es congruente con nuestra legislación anterior. En la LCAP de 1995 es especialmente perceptible la separación de ambos informes. En efecto, el artículo 15.2 señalaba expresamente que *“Los demás empresarios extranjeros deberán acreditar su capacidad de obrar con certificación expedida por la Embajada de España en el Estado correspondiente.”* En el artículo 23 la misma norma señala que *“Las personas físicas o jurídicas de Estados no pertenecientes a la Comunidad Europea, además de acreditar su plena capacidad para contratar y obligarse conforme a la legislación de su Estado y su solvencia económica y financiera, técnica o profesional, deberán justificar mediante informe de la respectiva representación diplomática española, que se acompañará a la documentación que se presente, que el Estado de procedencia de la empresa extranjera admite a su vez la participación de empresas españolas en la contratación con la Administración, en forma sustancialmente análoga”.*



En esta línea, el artículo 74 de la LCSP indica claramente que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, esto es, las que se indiquen individualizadamente para ese contrato en concreto. Por tanto, un informe que demuestre que la empresa alcanza la capacidad de obrar no sirve, sin embargo, para acreditar la solvencia. Tal extremo debe acreditarse mediante la aportación de la documentación que, en cada caso, acredite la solvencia exigida en el contrato de que se trate, documentación que, conforme al artículo 74 de la LCSP han de concretarse por el órgano de contratación en el anuncio de la licitación y en el pliego del contrato.

Tampoco parece que el informe sobre capacidad de obrar a que alude el artículo 84 de la LCSP pueda acreditar que la empresa extranjera no está sujeta a una prohibición de contratar, conclusión que se alcanza con independencia de cuál sea el sistema de exclusiones que exista en el país de origen del licitador.

En efecto, cabe recordar que es posible que en otros países no exista un sistema de prohibiciones de contratar institucionalizado y equivalente al que existe en España de modo que el acceso a las licitaciones no dependa de una inscripción pública en un registro, como en el caso de España, sino de la concurrencia de una serie de condiciones que excluyen la posibilidad de participar en licitaciones públicas. Tales condiciones habrán de ser valoradas casuística e individualizadamente para cada contrato.

La actuación habitual en el tráfico comercial del país de origen de la empresa en cuestión puede existir y declararse ante el órgano de contratación español mediante el informe sobre capacidad de obrar. Sin embargo, aunque en su país de origen la empresa actúe con normalidad en el tráfico jurídico, ello no excusa que haya de declarar ante el órgano de contratación español que no está sujeta a ninguna prohibición de contratar en España o que no está afectada por alguna causa de inhabilidad para contratar en su país de origen. Es patente que, ante la falta de información sobre este licitador en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, tal información sólo puede proceder del propio licitador, normalmente mediante el empleo del sistema que utiliza la LCSP para estos casos: la declaración responsable.

Esta es la misma conclusión que alcanza el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su resolución 1470/2021, de 29 de octubre de 2021, respecto de la acreditación de ciertos aspectos como el cumplimiento de obligaciones tributarias o con la seguridad social por parte de empresas extranjeras no comunitarias que no tienen sede en España. Señala el Tribunal que tal acreditación ha de practicarse mediante una declaración responsable del licitador. En el caso de las prohibiciones de contratar, siendo la misma la razón que justifica la inexistencia de datos en España sobre esa empresa, la respuesta ha de ser la misma.



En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

- En el caso de licitadores extranjeros que no pertenecen a la Unión Europea ni a un país signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, el informe al que alude el artículo 84 de la LCSP tiene un contenido específico y diferente del informe de reciprocidad a que se refiere el artículo 68 de la misma norma.
- Tal contenido se contrae a la declaración de la capacidad de obrar de la entidad extranjera licitadora que no pertenece a la Unión Europea ni a un país signatario del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, sin que pueda acreditar la concurrencia de la solvencia necesaria para ejecutar el contrato y sin que acredite la inexistencia de prohibiciones de contratar.
- En estos casos, la solvencia deberá acreditarse mediante la aportación de los documentos que la acrediten conforme al anuncio de licitación y el pliego del contrato.
- También en estos casos la ausencia de prohibición de contratar deberá acreditarse mediante la presentación de la correspondiente declaración responsable del licitador.