

Informe 55/11, de 1 de marzo de 2012. Acreditación en los expedientes de clasificación de empresas de la solvencia económica y financiera en supuestos de ampliación de capital por proceder la entidad de patrimonio neto insuficiente para obtener la clasificación.”

Clasificación de los contratos. 7. Capacidad y solvencia de las empresas.

ANTECEDENTES

El presidente de la organización empresarial SEOPAN, Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional, dirige escrito a esta Junta Consultiva con el siguiente tenor literal.

“Don David Taguas Coejo, mayor de edad, actuando en nombre y representación, en su condición de Presidente, de la organización empresarial SEOPAN, Asociación de Empresas Constructoras de Ámbito Nacional, con domicilio social en Madrid, calle Serrano, 174, comparece y, como mejor proceda en Derecho, expone:

Que, al amparo de lo dispuesto en el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que establece la legitimación de los Presidentes de las organizaciones empresariales más representativas de los sectores afectados por la contratación pública para elevar consultas a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicita informe sobre la cuestión que, más adelante, se especifica, por considerarla de interés general para el sector de la construcción de obras públicas y servicios.

Cuestión sometida a informe:

Antecedentes:

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, en su artículo 59, apartado 2, establece que para la conservación de la clasificación deberá justificarse anualmente el mantenimiento de la solvencia económica y financiera y, cada tres años, el de la solvencia técnica y profesional, a cuyo efecto el empresario aportará la correspondiente documentación actualizada en los términos que se establezcan reglamentariamente.

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, en su artículo 2, sobre justificación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera de las empresas clasificadas, determina que de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 59 de la Ley de contratos del sector público y a los efectos de acreditar el mantenimiento de la solvencia económica y financiera, los empresarios personas jurídicas deberán presentar, con carácter anual, una declaración responsable, según el modelo que, a tal efecto, apruebe la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y en la que constarán, al menos, los datos que cita.

En su apartado 4, indica que la declaración se formulará ante el órgano competente para la tramitación de los expedientes de clasificación, la Subdirección General de Clasificación de Contratistas y Registros de Contratos, antes del día 1 de septiembre de cada año, cuando el ejercicio contable coincida con el año natural, o antes del inicio del noveno mes posterior a la fecha de cierre del ejercicio, en el caso de que el mismo no coincida con el año natural, la cual verificará la exactitud y veracidad de los datos aportados, pudiendo requerir a la empresa la aportación de las cuentas anuales o documentos originales completos, o recabarlos de los correspondientes registros públicos, lo que debe interpretarse en el sentido de que, como se señala, deberá ser cumplimentado por las empresas que hayan obtenido clasificación antes del día 1 de septiembre de cada año, y el apartado 5, reseña que cumplimentada la declaración a que se refiere el apartado 4 y verificada la exactitud y veracidad de los datos declarados, los empresarios que acrediten el mantenimiento de la solvencia económica y financiera requerida para la obtención de clasificación en los subgrupos y con las categorías ostentadas mantendrán dichas clasificaciones en los términos en que fueron acordadas.

La Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en ejercicio de sus competencias, viene aprobando anualmente el modelo de declaración responsable para la acreditación del mantenimiento de la solvencia económica y financiera. Según este modelo, los datos que debe declarar el empresario se refieren, exclusivamente, a las cuentas anuales, al cierre del ejercicio precedente:

**“DECLARACION RESPONSABLE DE CUENTAS ANUALES
DATOS A CIERRE DEL EJERCICIO SOCIAL**

EJERCICIO:
NIF:
NOMBRE/DENOMINACION SOCIAL:
SIGNO PATRIMONIO NETO:
SIGNO RESULTADO DEL EJERCICIO:
INSCRITA EN EL REGISTRO:
FECHA DE CIERRE DEL EJERCICIO SOCIAL:
FECHA DE APROBACION DE CUENTAS:
FECHA DE PRESENTACION DE CUENTAS EN REGISTRO:
CAPITAL SOCIAL A CIERRE DE EJERCICIO:
PATRIMONIO NETO A CIERRE DE EJERCICIO:
RESULTADO DEL EJERCICIO:
TOTAL ACTIVO A CIERRE DE EJERCICIO:
INFORME DE AUDITORIA:
NOMBRE DEL AUDITOR:
CUENTAS FORMULADAS EN MODELO:"

Sin embargo, puede darse el caso de que la empresa, al cierre del último ejercicio (momento al que se refieren los datos que deben ser tenidos en cuenta al cumplimentar la declaración responsable, según el modelo reglamentario) presente un balance con fondos propios negativos y, no obstante, en el momento de acreditar la solvencia, dichos fondos hayan pasados a ser positivos, en virtud de un saneamiento posterior, y estar la empresa, por tanto, en posesión de la suficiente solvencia económica y financiera para mantener la clasificación.

En estos casos, parece obvio que la empresa debe mantener la clasificación ya que, en el momento de presentar la declaración responsable, goza de la suficiente solvencia. En especial, si se tiene en cuenta que la Ley 30/2007, en su artículo 64, referido a la solvencia económica y financiera, establece, en su apartado 1, que "La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes: a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales, b) Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados, y b) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios." Y, en su apartado 2, que "Si, por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación."

Consulta:

Ante el supuesto referido, se solicita informe de la Junta Consultiva sobre las siguientes cuestiones:

1. En los supuestos en que la empresa clasificada cierre el ejercicio precedente con fondos propios negativos y, posteriormente, proceda al saneamiento de la sociedad, ¿qué documentos sería necesario acompañar a la declaración responsable para acreditar la solvencia de la empresa clasificada?

2. ¿Sería suficiente para ello la presentación, en su caso, de la escritura de aumento de capital y certificación bancaria acreditativa del ingreso de los fondos en la sociedad y un balance cerrado a la fecha de presentación de la declaración responsable, auditado por una empresa auditora de reconocido prestigio, que certifique que, a dicha fecha, los fondos propios de la sociedad son positivos?

En virtud de lo expuesto,

SOLICITA: Se emita informe sobre la cuestión planteada, notificándolo en forma a la Asociación que representa".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como se expresa por el presidente de la organización empresarial SEOPAN, la consulta y solicitud de expresión de la opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se refiere a la forma de acreditación documental de la solvencia económica y financiera cuando se han aprobado las cuentas anuales del ejercicio y en las mismas el patrimonio neto no alcanza el importe que se especifica en el artículo 1 del Real Decreto 817/2009, de 8 mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

La situación que promueve esta consulta se origina cuando las empresas, al apreciar tal situación, proceden a la ampliación de capital, previo el cumplimiento de la normativa mercantil, y no obtienen la pretendida clasificación por apreciar las Comisiones de Clasificaciones de empresas respectivas, a propuesta de la Subdirección General de Clasificación de Contratistas y Registros de Contratos, que la mera ampliación de capital no permite conocer si es suficiente para cubrir el importe exigible que a la fecha de ser valorado ante la eventualidad de que la situación apreciada haya incrementado, implicando una insuficiencia del aumento producido para compensar la deuda generada con posterioridad al momento en que se adopta, exigiendo la aprobación de nuevas cuentas anuales lo que requiere que las sociedades modifiquen sus estatutos para fijar una nueva duración del ejercicio económico, que coincida con el momento en que se formulan, sometiéndose a un trámite cuya complejidad retrasa la posible obtención de la nueva clasificación con el efecto de que aunque haya podido ser suficiente el aumento de capital, se demora en el tiempo la obtención de clasificación sin poder concurrir hasta entonces a la adjudicación de contratos en los que se exige el requisito de ostentar la referida clasificación.

2. Para resolver la cuestión hemos de acudir al examen del artículo 63.1 y del artículo 64 de la Ley, en la consideración de que las normas de carácter reglamentario se han de adaptar a lo establecido en los mismos. Ambos artículos se refieren a la solvencia económica y financiera.

El artículo 63.1 dispone:

“La solvencia económica y financiera y técnica o profesional se acreditará mediante la aportación de los documentos que se determinen por el órgano de contratación de entre los previstos en los artículos 64 a 68”.

El artículo 64 indica,

“1. La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales.

b) Las cuentas anuales presentadas en el Registro Mercantil o en el Registro oficial que corresponda. Los empresarios no obligados a presentar las cuentas en Registros oficiales podrán aportar, como medio alternativo de acreditación, los libros de contabilidad debidamente legalizados.

c) Declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato, referido como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del empresario, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

2. Si, por una razón justificada, el empresario no está en condiciones de presentar las referencias solicitadas, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que se considere apropiado por el órgano de contratación”.

Ambos artículos especifican, respecto de las entidades integradas en las Administraciones Públicas, por una parte que la solvencia económica y financiera se acreditará mediante la aportación de los documentos que se citan, que son elegidos por el órgano de contratación y, por otra, que tales documentos, en los términos que refiere el artículo 64.2, podrán ser sustituidos por otros que se consideren apropiados.

3. Corresponde analizar el sistema de acreditación documental aludido y señalar qué documentos pueden ser sustituidos en base a la función que cumplen según se enumeran en apartado 1 del artículo 64.

En la letra a) se citan dos documentos de diferente proyección temporal y referencia a la solvencia que acreditan. Se cita las declaraciones apropiadas de entidades financieras, que evidentemente justifican una situación contemporánea al momento en que se expide, y el seguro sobre riesgos profesionales que tiene como misión diferir en el tiempo la solvencia exigida, respecto de las cuales está Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha expresado diferentes consideraciones en el informe 78/09, de 23 de julio de 2010, en el que se indica:

“Adviértase que el seguro de riesgos profesionales constituye un medio de mantener la solvencia de la empresa diferida en el tiempo de su vigencia, ya que permite que por medio del seguro se cubran los riesgos que dimanen de posibles crisis producidas una vez que el contrato ha sido recibido de conformidad momento en que, de no exigirse, haría compleja la restitución del daño causado. De ahí que deba distinguirse entre medios de acreditación de solvencia económica y financiera de carácter directo al momento de ejecutarse el contrato, como sucede con las cuentas anuales, y medios diferidos a momentos posteriores a la ejecución del contrato, como es el seguro de riesgos profesionales, en la consideración de que únicamente ha de formalizarlo el licitador que resulte adjudicatario.

Por otra parte debe tenderse a excluir la presentación de declaraciones apropiadas de entidades financieras si estas no versan sobre la situación financiera y patrimonial de los licitadores referida al contrato, ya que la mera referencia a que la empresa cumple con sus obligaciones no indica los elementos necesarios para constatar que dispone de recursos financieros que le permiten cumplir la obligación que asumen si se les adjudica el contrato”.

La valoración que se atribuye a la posible sustitución de ambos medios ha de ser negativa respecto de su aportación de alguno que les sustituya, toda vez que tanto la declaración de entidades financieras como el seguro de riesgos profesionales han de existir al tiempo de concluir el plazo de presentación de proposiciones, por lo que de ser exigidas se han de presentar.

Lo mismo sucederá sobre la acreditación del volumen de negocios, ya sea global o singular, pues su justificación se realizará, respecto de aquellos que quedaron cumplidos, por la constancia del mismo en las correspondientes declaraciones anuales de operaciones con terceros, compras y ventas, documento único.

Sin embargo, como señala el presidente de SEOPAN, se aprecia la concurrencia de situaciones en las que pudiendo confirmar la disponibilidad de medios acreditativos de la solvencia económica y financiera, la formulación de nuevas cuentas anuales, antes de que el ejercicio económico concluya, contrasta con la normativa mercantil reguladora, con la complejidad de su formulación y tramitación, además del desfavorable efecto que genera sobre aquellas empresas que una vez aprobado el aumento de capital justifican alcanzar los importes del patrimonio neto requeridos en cada caso o para cada categoría de las establecidas para la clasificación de empresas.

El presidente de SEOPAN propone que, en función de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 64, se sustituya la presentación de las cuentas anuales, cuando el ejercicio económico no haya concluido, por la escritura de aumento de capital y certificación bancaria acreditativa del ingreso de los fondos en la sociedad y un balance cerrado a la fecha de presentación de la declaración responsable, auditado por una empresa auditora de reconocido prestigio, que certifique que, a dicha fecha, los fondos propios de la sociedad son positivos.

Esta Junta Consultiva valora positivamente la propuesta por cuanto permite a la empresa justificar el cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1 del Real Decreto 817/2009 respecto del importe de su patrimonio neto, en la consideración de que se ha de justificar que el aumento de capital social formalizado y su efecto sobre la situación contable de la entidad ha de verificarse en un balance a aportar que, integrado en la correspondiente cuenta, debe haber recibido el informe favorable de un auditor externo, produciéndose de tal forma la sustitución de las cuentas anuales por un conjunto de documentos de igual contenido y formulación que permite apreciar si cumple o no los requisitos de solvencia económica y financiera exigidos, de la misma forma que en aquellas, recordando que el control de la citada solvencia

permanece existiendo, ya que la empresa con frecuencia anual ha de presentar las citadas cuentas que han tenido que ser aprobadas al final del ejercicio, acción que, sin alterar la situación, permite una notable simplificación.

Así sucederá al aprobar la cuenta que contiene los mismos documentos que la cuenta anual, que en su sentido formal no requiere su inscripción en el Registro correspondiente, y ello en lugar de presentar un balance a que se refiere el consultante. Es decir, ha de presentar todos y cada uno de los documentos que integran las cuentas como el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias, estado de cambios en el patrimonio neto, estado de flujos de efectivo, la memoria, acompañado de un informe de auditoría como instrumento garantista en el que el auditor que realice tal valoración que ha de ser precisamente el que haya auditado las cuentas anuales, evidentemente cuando la sociedad esté obligada a tal control, en aras de evitar que los informes puedan ser emitidos por auditores de conveniencia. Tales cuentas, que podríamos denominar intermedias, por situarse en el tiempo entre la aprobación de dos cuentas anuales, habrán de ser aprobadas, y así constará, por el órgano que estatutariamente se encuentre facultado para la aprobación de las cuentas anuales.

Por otra parte, la cuenta que denominamos intermedia debe recoger la totalidad de las operaciones devengadas a la fecha de su formulación, pues el nuevo Patrimonio Neto (a fecha intermedia) no resulta de la simple suma del Patrimonio Neto del año anterior y la ampliación de capital social realizada. Por ello el auditor debería expresar en su informe la cifra de Patrimonio Neto a la fecha intermedia de formulación del balance, y certificar que se encuentran registrados la totalidad de los ingresos y gastos devengados a esa fecha.

En la misma línea debe indicarse que el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, establece la información semestral y periódica que deben suministrar las sociedades que cotizan en Bolsa. En dicha información los estados financieros intermedios están formulados incluyendo a efectos comparativos, las cifras del ejercicio precedente. En dicha información intermedia se incluye, además de estados financieros formulados a fecha intermedia al cierre del ejercicio, un informe de gestión intermedio que indica la evolución de la sociedad y la previsible evolución futura de la cifra de negocios y posibles contingencias (impacto de la morosidad, contingencias fiscales, pleitos, expedientes sancionadores en curso, etc.). Por analogía, sería deseable que además de las cuentas se incluyera un informe de gestión intermedio de forma que pueda deducirse si las operaciones de ampliación de capital realizadas resultarán suficientes para restablecer el Patrimonio Neto de la empresa al cierre del ejercicio en curso, una vez que se registren la totalidad de las operaciones del año.

Por último, dado que las cuentas intermedias a considerar no van a ser objeto de publicidad registral, al objeto de minimizar el riesgo de que se trate de unas cuentas “ad-hoc” que no representen la realidad económica y financiera de la empresa, ha de exigirse que, como hemos citado y ahora reiteramos, su aprobación formal se realice por el mismo órgano competente para aprobar las cuentas anuales de la sociedad (de acuerdo con la normativa aplicable y sus estatutos) con aportación de certificación de dicha aprobación en términos análogos a los usados para la presentación de cuentas al Registro Mercantil), como por ejemplo, usando una dicción análoga a la de la ORDEN/JUS/206/2009, se podría exigir la aportación de:

“Certificación de la aprobación de las cuentas intermedias presentadas”

Dicha aprobación debería ser recogida en el mismo (o equivalente) modelo usado para la presentación de cuentas al Registro Mercantil para su depósito, y con las mismas firmas, lo que por otra parte facilitaría su cumplimiento por la sociedad.

CONCLUSIÓN:

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa considera que en los supuestos en que las empresas constituidas como entes sociales realicen ampliaciones de capital como consecuencia de no alcanzar los importes de patrimonio neto requeridos en el artículo 1 del Real Decreto 817/2009, de 8 mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, puede sustituirse la presentación de cuentas anuales para la justificación de su solvencia económica y financiera con la presentación de los siguientes documentos siempre que el ejercicio económico no haya concluido:

1. Documentos

a) La escritura de aumento de capital social inscrita en el Registro Mercantil.

b) Certificación de la correspondiente entidad bancaria, expedida por persona apoderada, acreditativa del ingreso de los fondos que integran el aumento de capital en la cuenta de la sociedad.

c) Conjunto de documentos que integran las cuentas anuales de la sociedad, elaboradas de acuerdo con lo establecido en el Plan General de Contabilidad y según el modelo de cuentas que resulte de aplicación a la sociedad, cerradas a fecha inmediata anterior a su aportación a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

- balance,

- cuenta de pérdidas y ganancias referidas al periodo comprendido entre el cierre de las últimas cuentas anuales hasta la fecha de cierre de las cuentas que se presentan,

- memoria,

- estado de cambios en el patrimonio neto,

- estado de flujos de efectivo,

- informe de auditoría, si procede, en la que se integre una certificación del auditor que indique o certifique expresamente el importe a que asciende el patrimonio neto de la entidad a la fecha de cierre de cuentas. El informe y la certificación han de ser expedidos por el mismo auditor que audita las cuentas anuales cuando la sociedad esté obligada a tal trámite.

- certificación de la aprobación de las cuentas intermedias presentadas, que constará utilizándose el modelo empleado para la presentación de cuentas en el Registro mercantil.

2. Contenido del balance.

En el balance, a efectos de fijar el importe del patrimonio neto a la fecha en que se formula la cuenta, deben recogerse la totalidad de las operaciones devengadas, certificándose que se encuentran registrados todos los ingresos y los gastos devengados a tal fecha.