



Recurso nº 1431/2022 C. Valenciana 334/2022

Resolución nº 1499/2022

Sección 2ª

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 24 de noviembre de 2022.

VISTO el recurso interpuesto por D. E. L. R., en representación de EDICIONES CASTELLÓN PLAZA 2018, S.L.U., contra el acuerdo del Vicerrector de Infraestructuras y Sostenibilidad de 3 de octubre de 2022 por el que se acuerda tener por retirada su proposición y la adjudicación en el procedimiento *“Acuerdo Marco a celebrar para la contratación de espacios publicitarios, con el objetivo de realizar las campañas de publicidad en medios de comunicación y soportes publicitarios para la difusión de la oferta académica y las actividades institucionales”*, con expediente SE/18/22, convocado por la Universidad Jaume I, este Tribunal, en sesión del día de la fecha, ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Mediante resolución de fecha 2 de mayo de 2022, el Rectorado de la Universidad Jaume I aprobó el expediente con referencia SE/18/22 del *“Acuerdo Marco a celebrar para la contratación de espacios publicitarios, con el objetivo de realizar las campañas de publicidad en medios de comunicación y soportes publicitarios para la difusión de la oferta académica y las actividades institucionales”*, y el inicio del procedimiento de adjudicación, por procedimiento abierto y tramitación ordinaria, con división de su objeto en seis lotes.

El acuerdo marco, sujeto a regulación armonizada, tiene un valor estimado de 706.115,71 €.

Las prestaciones objeto de contratación se clasifican en el CPV: 79341000 - Servicios de publicidad.



Segundo. En fechas 4 y 6 de mayo de 2022, se publicaron respectivamente en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) (el anuncio fue remitido el 2 de mayo de 2022), el anuncio correspondiente a la licitación de referencia, así como el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (PCAP) y el Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT).

Tercero. La licitación se desarrolla de conformidad con los trámites previstos en 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 Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) y su normativa de desarrollo en todo aquello que no se oponga a la LCSP, en particular el 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), y el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007.

Cuarto. En el apartado C del Cuadro resumen incorporado al PCAP se señala que:

“El objeto del presente acuerdo marco es la homologación de empresas para la contratación de espacios publicitarios, con el objetivo de realizar las campañas de publicidad en medios de comunicación y soportes publicitarios para la difusión de la oferta académica y las actividades institucionales. Esta contratación se realizará tanto directamente con las empresas propietarias de los medios de comunicación como con agencias especializadas en la compra de espacios publicitarios en los diferentes medios y soportes de comunicación. Estas inserciones publicitarias se corresponderán a las diferentes campañas que proponga el Servicio de Comunicación y Publicaciones, y su personal responsable se encargará de coordinarlas y de asegurar que los mensajes publicitarios lleguen a la audiencia adecuada en el lugar y momento oportunos para la universidad y al menor coste posible, realizando asimismo un informe de seguimiento de las mismas y adecuando la estrategia a los resultados obtenidos”.

En relación con la solvencia económica y financiera, se añade en el apartado F de dicho Cuadro resumen que:



“Los licitadores deberán acreditar un patrimonio neto positivo, o bien ratio entre activos y pasivos exigibles superior a la unidad. Además, en el supuesto de sociedades, el patrimonio neto deberá superar el mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución. Todo ello al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de las cuentas anuales. La acreditación se efectuará mediante la aportación de las últimas cuentas anuales que legalmente deban estar aprobadas. No obstante lo anterior, también se admitirá copia firmada por persona con poder suficiente de la última declaración del impuesto sobre sociedades, siempre que ésta corresponda al mismo ejercicio de las últimas cuentas anuales que legalmente deban estar aprobadas. Los empresarios individuales no inscritos deberán presentar su libro de inventarios y cuentas anuales legalizado por el Registro Mercantil. Se exigirá únicamente al adjudicatario”.

Quinto. Del expediente de contratación cabe relacionar los siguientes antecedentes fácticos de interés:

Tras la tramitación oportuna, en fecha 12 de julio de 2022, la mesa de contratación, conforme a la evaluación realizada por los servicios técnicos de las ofertas presentadas por los licitadores, acuerda las empresas que formarán parte del acuerdo marco por cumplir los requisitos exigidos y los precios máximos establecidos, proponiéndose como adjudicataria para los lotes 2 y 3, entre otras, a la entidad EDICIONES CASTELLÓN PLAZA 2018, S.L.U.

Con fecha 20 de julio de 2022, el órgano de contratación requiere al aludido licitador, en su condición de propuesto para la adjudicación en los lotes 2 y 3, la documentación necesaria con arreglo a lo prescrito en el artículo 150.2 de la LCSP. En concreto, se solicita la escritura de constitución y poderes, el DNI de la persona apoderada, la correspondiente a la “Solvencia económica y financiera según apartado F del cuadro resumen del PCAP” y a la “Solvencia técnica y profesional Según apartado F del cuadro resumen del PCAP”, así como la de constitución de la garantía por el importe indicado de 161,36 euros (lote 2: 70,84 euros y lote 3: 90,52 euros), el alta del Impuesto sobre Actividades Económicas referida al ejercicio corriente, o último recibo o acreditación de no estar obligado al pago y declaración responsable de no haberse dado de baja en la matrícula de dicho impuesto y certificaciones



positivas acreditativas de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias con la Comunidad Autónoma Valenciana.

En fecha 3 de octubre de 2022, el órgano de contratación acuerda, por cuanto aquí interesa, la adjudicación de los lotes 2 y 3 a las empresas que se relacionan en dicho acuerdo y tener por retirada la oferta, en los aludidos lotes, entre otras, de la empresa EDICIONES CASTELLÓN PLAZA 2018, S.L.U., por no acreditar la solvencia económica exigida en el apartado F del cuadro resumen del PCAP. Asimismo, en este acto se acuerda la exclusión de este licitador del lote 6 por no presentar oferta económica, según la cláusula 8.1 del PCAP.

Dicho acuerdo de adjudicación es objeto de publicación a través de la PLACSP en fecha 4 de octubre de 2022.

Sexto. En fecha 20 de octubre de 2022, la entidad EDICIONES CASTELLÓN PLAZA 2018, S.L.U., presenta en el registro general de la Universidad Jaume I escrito de recurso especial en materia de contratación frente a su exclusión acordada en el acto de adjudicación de referencia, instando su anulación con base en considerar debidamente acreditado, en tiempo y forma, el cumplimiento por su parte del requisito de solvencia económica y financiera exigido en los pliegos.

Séptimo. Previo requerimiento y traslado del recurso de la Secretaría de este Tribunal al órgano de contratación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 56.2 de la LCSP, se recibió el expediente administrativo y el correspondiente informe de aquel, de fecha 25 de octubre de 2022, en el que se interesa la desestimación del recurso interpuesto con base en el informe emitido por el Servicio de información contable que figura como Anexo I y en el que se indica lo siguiente:

“Con fecha 23 de septiembre de 2022, se solicitó a este Servicio informe sobre la solvencia económica de dicha empresa, para la licitación del expediente SE/18/22.

A la solicitud se acompañó el Balance correspondiente al ejercicio 2021, que presentaba un patrimonio neto de -74.279,63 €, lo que supone, según el art. 363.e) del Real Decreto



Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, causa de disolución.

En dicho Balance figura en el punto II.3 del Pasivo no corriente, "Otras deudas a largo plazo" por importe de 150.000,00 €.

La empresa presentó una "Declaración responsable" firmada por el Administrador. En este escrito se indicaba literalmente "...la sociedad posee la solvencia económica y financiera, tomando su consejo las medidas oportunas para que así sea". No se indica a qué medidas se refiere, contrariamente a lo que se indica en el escrito del recurso.

El escrito que se acompaña al recurso, "Cálculo de Fondos Propios a 31 de diciembre de 2021", fechado el 20 de octubre de 2022 no se había presentado en esta Universidad a fecha de realizar el informe de solvencia, por lo que se desconocía su contenido.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, se informó negativamente sobre la solvencia económica de esta empresa, en fecha 27 de septiembre de 2022".

Octavo. En fecha 2 de noviembre de 2022, la Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso interpuesto a los restantes licitadores, otorgándoles un plazo de cinco días hábiles para que, si lo estimaran oportuno, formularan alegaciones. En fecha 8 de noviembre de 2022, la entidad UNIPREX, S.A.U., presenta escrito en el que interesa la desestimación del presente recurso, alegando que la recurrente no ha acreditado la solvencia económica necesaria de acuerdo con los pliegos.

Noveno. Interpuesto el recurso, la Secretaria General del Tribunal, por delegación de este, dictó resolución de 10 de noviembre de 2022, acordando de oficio, previo trámite de audiencia del órgano de contratación, que ha manifestado su conformidad, la medida cautelar de suspensión del procedimiento de contratación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 56.3 de la LCSP, de forma que según lo establecido en el artículo 57.3 de este texto legal, será la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. La tramitación del presente recurso se ha regido por lo prescrito en la vigente LCSP y en el Real Decreto 814/2015, de 11 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos especiales de revisión en materia contractual y de organización del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, RPERMC).

Segundo. La competencia para el conocimiento y resolución del recurso corresponde a este Tribunal, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 46.2 de la LCSP y en el Convenio entre el Ministerio de Hacienda y la Generalitat Valenciana, sobre atribución de competencias en materia de recursos contractuales, de fecha 25 de mayo de 2021 (BOE 2/06/2021).

Tercero. Constituye el objeto de este recurso el acto de exclusión de la recurrente, actuación susceptible de impugnación por estar incluida en el apartado b) del artículo 44.2 de la LCSP, a cuyo tenor son recurribles (destacado añadido):

“b) Los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que estos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. En todo caso se considerará que concurren las circunstancias anteriores en los actos de la mesa o del órgano de contratación por los que se acuerde la admisión o inadmisión de candidatos o licitadores, o la admisión o exclusión de ofertas, incluidas las ofertas que sean excluidas por resultar anormalmente bajas como consecuencia de la aplicación del artículo 149”.

Tratándose de un acuerdo marco que tiene por objeto la celebración de contratos de servicios con valor estimado superior a cien mil euros, resulta susceptible de recurso especial en materia de contratación, de acuerdo con los apartados a) y b) del artículo 44.1 de la LCSP.

En este punto, debe aclararse que, aunque en el escrito de recurso no se indica expresamente que esta impugnación se refiere únicamente al acuerdo de tener por retirada



la oferta del recurrente la exclusión en los lotes 2 y 3, sin alcanzar a la que se acuerda en relación con el lote 6, de una lectura de aquel se desprende así en cuanto que la motivación para esta impugnación se articula en exclusiva sobre el cumplimiento por parte de la recurrente del requisito de la solvencia económica y financiera en sus ofertas para estos lotes.

Cuarto. Corresponde el examen de la legitimación activa de la recurrente. De conformidad con lo establecido en el párrafo primero del artículo 48 de la LCSP:

“Podrá interponer el recurso especial en materia de contratación cualquier persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos, individuales o colectivos, se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados, de manera directa o indirecta, por las decisiones objeto del recurso”.

En este caso la recurrente es una entidad licitadora que cuestiona la decisión del órgano de contratación teniendo por retirada su oferta. Este acuerdo afecta a la esfera jurídica de sus derechos e intereses legítimos, en cuanto se trata de una entidad que ha participado en la licitación presentando en plazo sus ofertas y que, de prosperar su recurso, podría en su caso resultar adjudicataria de los lotes 2 y 3.

En atención a este motivo, se aprecia la legitimación de la recurrente para la interposición de este recurso.

Quinto. Se han cumplido las prescripciones que en relación con el plazo, forma y lugar de interposición de este recurso se establecen en los artículos 50 y 51 de la LCSP y 17 a 21 del RPERMC.

Por lo que respecta a la interposición del recurso en plazo, cuestión que se halla íntimamente ligada a la consideración del acto impugnado y de la misma legitimación activa para la impugnación, debe tomarse en consideración que esta impugnación se plantea frente al acto de exclusión, por lo que debe partirse de lo establecido en el artículo 50.1 letra c) de la LCSP en relación con el artículo 19.3 del RPERMC, a cuyo tenor:



“Cuando el acto de exclusión de algún licitador del procedimiento de adjudicación se notifique previamente al acto de adjudicación, el recurso contra la exclusión deberá interponerse dentro del plazo de quince días hábiles a contar desde el siguiente a aquél en que se hubiera recibido por el licitador la notificación del acto de exclusión”.

En el supuesto examinado el acto de exclusión de la recurrente no ha sido objeto de notificación previamente al acto de adjudicación, sino al mismo tiempo que este último y de cuyo contenido aquel forma parte, no habiendo transcurrido los quince días hábiles del plazo para la interposición entre la fecha de notificación del acto impugnado (4 de octubre de 2022) y la de presentación del recurso (20 de octubre de 2022).

Sexto. Tras el examen de los requisitos de admisibilidad del presente recurso, procede entrar en el fondo del asunto.

La recurrente se alza contra la exclusión de sus ofertas en los lotes 2 y 3 con base en un único motivo de impugnación consistente en considerar debidamente acreditado por su parte el cumplimiento del requisito de la solvencia económica y financiera exigido en los pliegos en la medida en que, según sus cuentas anuales correspondientes al ejercicio 2021, tiene un préstamo participativo por importe de 150.000,00 €, que determina un patrimonio neto positivo de 75.720,37 €.

En esta línea, se afirma que:

“Ediciones Castellón Plaza 2018, S.L., presentó sus cuentas anuales del ejercicio 2021 y esta fueron las cuentas presentadas ante ustedes. Estas cuentas mostraban un patrimonio negativo, pero a la vez tenía en su balance un préstamo participativo de 150.000€ que Ediciones Plaza realizó a Ediciones Castellón Plaza 2018, S.L., para poder cumplir con sus obligaciones y seguir poseyendo la solvencia económica financiera necesaria para su actividad. Esto ya se reflejó en la declaración responsable (...) donde el administrador de Ediciones Castellón Plaza 2018, S.L., certificaba que se tomarían las medidas oportunas para acreditar esta solvencia y ya en esa fecha se tomaron las medidas oportunas mediante este préstamo.



Este préstamo estaba contabilizado en el balance de la sociedad en su pasivo, dentro del apartado deudas a largo plazo y por un importe de 150.000€”.

Como documentos números uno y tres, se acompañan al escrito de recurso, un Certificado de fecha 20 de octubre de 2022, firmado por el administrador único de la recurrente, que es también el de la entidad prestamista EDICIONES PLAZA, S.A., sobre los datos fácticos expuestos, así como la copia de la declaración del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2021 de la sociedad recurrente.

Séptimo. Dentro de las condiciones que componen la aptitud y capacidad para contratar con las entidades del sector público, se incluyen tres ámbitos diferentes, el de la plena capacidad de obrar, el de la exigencia de solvencia y, en su caso, clasificación del contratista recogidas en los PCAP y, por último, el de la comprobación de la ausencia de concurrencia de prohibición para contratar recogida en la LCSP. Estos requisitos determinan si un licitador se encuentra en condiciones de contratar con una entidad del sector público de acuerdo con lo previsto en los pliegos, siendo causa de nulidad de pleno derecho de los contratos, conforme al artículo 39.2.a) de la LCSP, la celebración de los mismos con falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o con 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 de la LCSP.

Siendo preciso destacar que el citado artículo 39.2.a) de la LCSP incluye dentro de las causas de nulidad radical de los contratos, la celebración de estos con falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional del adjudicatario.

En este caso, los pliegos exigen como requisito de solvencia económica y financiera que los licitadores acrediten un patrimonio neto positivo, o bien ratio entre activos y pasivos exigibles superior a la unidad. Además, tratándose de sociedades, el patrimonio neto debe superar el mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución. Todo ello al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de las cuentas anuales. Su acreditación, de acuerdo con lo establecido en el apartado F del cuadro de características del PCAP “(...) *se efectuará mediante la*



aportación de las últimas cuentas anuales que legalmente deban estar aprobadas. No obstante lo anterior, también se admitirá copia firmada por persona con poder suficiente de la última declaración del impuesto sobre sociedades, siempre que ésta corresponda al mismo ejercicio de las últimas cuentas anuales que legalmente deban estar aprobadas. Los empresarios individuales no inscritos deberán presentar su libro de inventarios y cuentas anuales legalizado por el Registro Mercantil. Se exigirá únicamente al adjudicatario”.

Según se desprende del expediente administrativo, en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, junto a la restante documentación requerida, la recurrente aportó para acreditar el cumplimiento de este requisito, en tiempo y forma, un escrito denominado “*Declaración responsable*” firmado por el administrador en el que se indica que “...*la sociedad posee la solvencia económica y financiera, tomando su consejo las medidas oportunas para que así sea*”, y un balance de situación correspondientes al ejercicio 2021, en el que figuraba un patrimonio neto negativo de -74.279,63 € y contabilizado en el punto II.3 del Pasivo no corriente, “*Otras deudas a largo plazo*” un importe de 150.000,00 €.

En el artículo 87.1.c.) de la LCSP se establece que la solvencia económica y financiera del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios que se describen en el citado artículo, a elección del órgano de contratación, habiéndose decantado la Universidad Jaume I por el contemplado en la letra c): “*Patrimonio neto, o bien ratio entre activos y pasivos, al cierre del último ejercicio económico para el que esté vencida la obligación de aprobación de cuentas anuales por importe igual o superior al exigido en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y en los pliegos del contrato o, en su defecto, al establecido reglamentariamente. La ratio entre activo y pasivo podrá tenerse en cuenta si el poder adjudicador especifica en los pliegos de la contratación los métodos y criterios que se utilizarán para valorar este dato. Estos métodos y criterios deberán ser transparentes, objetivos y no discriminatorios*”.

La definición del patrimonio neto se contempla en el artículo 36.1.c) del Código de Comercio, que establece que “(...) *constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de su constitución o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no*



tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten". Esta definición se reitera en el apartado 4º de la Primera Parte del Plan General de Contabilidad (aprobado por Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad). Por su parte, el artículo 3 de la Resolución de 5 de marzo de 2019, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, por la que se desarrollan los criterios de presentación de los instrumentos financieros y otros aspectos contables relacionados con la regulación mercantil de las sociedades de capital amplía la definición en los siguientes términos (el subrayado es nuestro),

(...) constituye la parte residual de los activos de la empresa, una vez deducidos todos sus pasivos. Incluye las aportaciones realizadas, ya sea en el momento de la constitución de la sociedad o en otros posteriores, por sus socios o propietarios, que no tengan la consideración de pasivos, así como los resultados acumulados u otras variaciones que le afecten. Se entiende por resultados acumulados u otras variaciones que le afecten, los ingresos y gastos del ejercicio y de los ejercicios anteriores que no se hayan distribuido.

(...)

Los préstamos participativos se presentan en el pasivo del balance si cumplen la definición de pasivo incluida en el apartado 3 de este artículo, pero se considerarán patrimonio neto a los efectos de determinar si concurren las causas de reducción obligatoria de capital social o de disolución obligatoria por pérdidas reguladas en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

La definición últimamente citada recoge la previsión contenida en el artículo 20. uno. g) del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica que determina que "*los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil*".

Las definiciones presentadas y, especialmente, la última de ellas, atribuyen a los préstamos participativos la condición de patrimonio neto únicamente en supuestos muy determinados, por lo corresponde considerar si tal limitación tiene efectos absolutos o, por el contrario,



permite su aplicación analógica a otros supuestos y, más específicamente, al que nos ocupa.

El patrimonio neto cumple una función de garantía de los acreedores sociales. Aunque tal condición se ha predicado, tradicionalmente, del capital social, la legislación mercantil se ha ocupado de que la cifra del capital social, una categoría jurídica convencional recogida en los estatutos de la sociedad, se vea respaldada por la oportuna cobertura patrimonial, estableciendo mecanismos de corrección para cuando la reducción del patrimonio neto convierta de facto la garantía de los acreedores que representa la cifra del capital social en una ficción.

Esta función de garantía se vincula estrechamente con la idea de solvencia, entendida como la capacidad de la empresa de hacer frente a sus obligaciones financieras. Tal es, por otro lado, la finalidad de la solvencia económica y financiera en el ámbito de la contratación pública, y así lo establece el artículo 58.3 de la Directiva 2014/24 cuando establece que *“con respecto a la solvencia económica y financiera, los poderes adjudicadores podrán imponer requisitos que garanticen que los operadores económicos poseen la capacidad económica y financiera necesaria para ejecutar el contrato (...)”*.

Así las cosas, será posible integrar los préstamos participativos en el patrimonio neto en tanto cumplan la función de garantía que fundamenta la exigencia de solvencia económica y financiera en la contratación pública. Como señala la STS de 24 de noviembre de 2016 (Roj STS 5228/2016) –el subrayado es nuestro–,

“De acuerdo con esta normativa, para poder determinar si una sociedad se encuentra sujeta a la causa de disolución prevista antes en el art. 104.1.e) LSRL y en la actualidad en el art. 363.1.c) LSC, hemos de atender a su patrimonio neto, y en concreto a si es inferior a la mitad del capital social. A estos efectos, tanto los préstamos participativos de los socios, siempre que cumplan con las exigencias legales, como las aportaciones de los socios se incluirán en el patrimonio neto. Pero conviene puntualizar que estas aportaciones de los socios son aportaciones a fondo perdido o, de forma más específica, para compensación de pérdidas, sin que los socios tengan un derecho de crédito para su



devolución. Como se desprende del reseñado art. 36.1.c) CCom, es preciso que no formen parte del pasivo.

De otro modo, se trataría de préstamos de los socios, que tendrían derecho a ser restituidos, razón por la cual, salvo que tengan la consideración de préstamos participativos, forman parte del pasivo exigible. Al respecto, resulta irrelevante que el préstamo fuera a corto o a largo plazo, pues mientras tenga esta consideración de préstamo, supone que la sociedad está obligada a su devolución, y por ello es pasivo exigible.

Corresponde a la sociedad acreditar que las aportaciones de los socios lo fueron al patrimonio neto, esto es para compensar pérdidas o, en general, a fondo perdido, ya sea desde el principio, ya sea por voluntad posterior de los aportantes”.

La Sentencia transcrita, cuyos argumentos reitera la STS de 1 de junio de 2020 (Roj: STS 1503/2020) nos permite afirmar la posibilidad de incorporar los préstamos participativos en el patrimonio neto a efectos de acreditar la solvencia económica y financiera del licitador (y siempre, lógicamente, que el PCAP haya previsto esta forma de acreditación).

Si, como hemos dicho, los préstamos participativos pueden integrar el patrimonio neto a efectos de acreditar la solvencia del licitador, corresponde a este acreditar que cumplen las condiciones establecidas por el artículo 20 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica para ser reputados tales.

En el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, el recurrente aportó un balance de situación del ejercicio 2021 y una declaración responsable en la que manifiesta que “(...) *la sociedad posee la solvencia económica y financiera, tomando su consejo las medidas oportunas para que así sea*”. A la vista de la documentación aportada, no cabe sino concluir que esta resultaba claramente insuficiente para acreditar la solvencia económica y financiera del recurrente:

-Ante todo porque el PCAP exigía la aportación de las últimas cuentas anuales que legalmente debieran estar aprobadas o copia firmada por persona con poder suficiente de

la última declaración del impuesto sobre sociedades correspondiente al mismo ejercicio de las referidas cuentas anuales. El recurrente se limitó aportar ante el órgano de contratación un documento, el balance de situación, absolutamente insuficiente a estos efectos. Bien es verdad que ha aportado ante este Tribunal la declaración del impuesto sobre sociedades correspondiente al ejercicio 2021, pero lo cierto es que no es en este momento procedimental en que tal documentación debe ser aportada y, por lo tanto, no puede surtir los efectos pretendidos por el recurrente.

-Por otro lado, la documentación aportada no acredita que el importe de 150.000 euros consignado en el epígrafe “otras deudas” sea un préstamo participativo. La mera declaración del recurrente, cualesquiera que sean los términos en que se formule, no le exonera de acreditar documentalmente las características del préstamo que hacen que tenga la condición legal de préstamo participativo y pueda ser incorporado, a efectos de determinar la solvencia económica y financiera, al patrimonio neto.

Admitiendo como cierto que la documentación aportada por la recurrente no acreditaba suficientemente su solvencia económica y financiera con la exigencia que demandan los pliegos, en particular la realidad del préstamo participativo, como confirma la circunstancia misma de que sea en esta vía de recurso cuando por primera vez se aporta la declaración del impuesto sobre sociedades del ejercicio 2021, ocurre también que la recurrente no recibió requerimiento de subsanación por el órgano de contratación.

La argumentación anterior determina la necesidad de analizar también si tal omisión o defectuosa acreditación es susceptible de subsanación mediante su aportación de conformidad con los artículos 81.2 y 83.6 del RGLCAP, por cuanto que dicha omisión se refiere a la acreditación de requisitos existentes, no a la existencia misma de los requisitos y no afecta a la formulación de las ofertas.

Y lo acontecido es que el órgano de contratación, apreciados los defectos y la insuficiencia de la documentación aportada por la recurrente en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, acordó la exclusión automática por esta causa, sin proceder a requerir subsanación o aclaración.

Los mencionados artículos 81.2 y 83.6 del RGLCAP disponen que:



“Art. 81.2. Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados. Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación”.

Art. 83.6. Antes de la apertura de la primera proposición se invitará a los licitadores interesados a que manifiesten las dudas que se les ofrezcan o pidan las explicaciones que estimen necesarias, procediéndose por la mesa a las aclaraciones y contestaciones pertinentes, pero sin que en este momento pueda aquélla hacerse cargo de documentos que no hubiesen sido entregados durante el plazo de admisión de ofertas, o el de corrección o subsanación de defectos u omisiones a que se refiere el artículo 81.2 de este Reglamento”.

Hemos de reiterar la doctrina sentada por este Tribunal en relación con la distinción entre defectos subsanables e insubsanables. Así, entre otras, la Resolución nº 675/2019, que se remite a su vez a la Resolución nº 297/2012, de 21 de diciembre, señala que:

“En este sentido, como expresábamos en nuestra resolución 193/2012, dictada en expediente 158/2012, la cuestión del carácter subsanable o no, de los defectos de las ofertas apreciados por la Mesa, y su aplicación en supuestos particulares planteados en la práctica administrativa, ha sido ampliamente tratada por la jurisprudencia (SSTS de 23/09/11, de 16/12/2004, entre otras) pudiendo sistematizarse las principales conclusiones de la doctrina jurisprudencial y administrativa de la siguiente manera: i) Ante todo se ha de partir de la regla contenida en el artículo 81.2 del RGLCAP, conforme al cual: Si la mesa observase defectos u omisiones subsanables en la documentación presentada, lo comunicará verbalmente a los interesados Sin perjuicio de lo anterior, las circunstancias reseñadas deberán hacerse públicas a través de anuncios del órgano de contratación o, en su caso, del que se fije en el pliego, concediéndose un plazo no superior a tres días hábiles para que los licitadores los corrijan o subsanen ante la propia mesa de contratación. ii) En orden a determinar qué defectos u omisiones tienen la consideración de subsanables y cuáles, por el contrario, serían insubsanables, con base en el artículo reglamentario



citado, como criterio general orientativo –y teniendo en cuenta la imposibilidad de realizar una lista apriorística exhaustiva de defectos subsanables e insubsanables- se viene admitiendo que son insubsanables los defectos consistentes en la falta cumplimiento de los requisitos exigidos en el momento de cierre del plazo de presentación de proposiciones, y subsanables aquéllos que hacen referencia a la simple falta de acreditación de los mismos (en este sentido cabe citar el Informe 48/2002, de 28 de febrero de 2003, de la JCCA). Debe tenerse en cuenta, en este punto, que el precepto reglamentario refiere los defectos u omisiones subsanables a la documentación presentada, con lo que estaría aludiendo a omisiones o defectos en los documentos propiamente dichos, no los referentes a los requisitos sustantivos para concurrir al proceso, respecto de la que no se admite subsanación, debiendo cumplirse necesariamente en el momento de presentación de la documentación. iii) Una interpretación literalista de las condiciones exigidas para tomar parte en los procedimientos administrativos de contratación, y un excesivo formalismo que conduzca a la no admisión de proposiciones por simples defectos formales, fácilmente subsanables, es contrario a los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 del TRLCSP, la libertad de concurrencia y la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, siempre que los candidatos cumplan los requisitos establecidos (en este sentido, Resolución de este Tribunal núm. 64/2012).

En el presente caso la falta de documentación relativa a la solvencia económica, y a la solvencia técnica de la recurrente es un defecto formal, que afecta a la acreditación de un requisito existente, siendo por tanto susceptible de subsanación”.

Por su parte, la Resolución nº 1069/2019 contiene un resumen de esta doctrina:

“En cuanto a los primeros, la regla ha sido la de la absoluta subsanabilidad aun guardando la debida separación entre las fases del procedimiento (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, 2 de julio de 2004 –Roj STS 4703/2004-), en tanto que, para los segundos, la solución ha sido mucho más restrictiva. Es elocuente, en este sentido, que el artículo 81.2 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre; en adelante, RGLCAP)



sólo se refiera a la subsanación de defectos en la documentación administrativa, y si es verdad que dicho precepto no puede ser interpretado “sensu contrario” vedando toda posibilidad de conceder ocasión de salvar los que se presenten en las ofertas, sí que debe servir como criterio interpretativo de exigencia de mayor rigor en la determinación y concreción de las mismas (cfr.: Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de marzo de 2014 –Roj SAN 1684/2014-).

Por ello, el Tribunal Supremo se ha mostrado cauto a la hora de pronunciarse sobre la subsanación de errores u omisiones en la oferta. La ha admitido cuando se trataba de errores puramente formales y de fácil remedio, como la firma de la proposición económica (cfr.: Sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, de 6 de julio de 2004 –Roj STS 4839/2004y 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004-), la representación del que suscribió la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-) e incluso cuando se trataba de la acreditación documental de un elemento que el Pliego consideraba como criterio de adjudicación y que se había invocado expresamente en la proposición aunque no justificado de manera suficiente (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo; Sala III, de 25 de mayo de 2015 –Roj STS 2415/2015-). A estos efectos, el Alto Tribunal ha enfatizado que la preclusión de aportaciones documentales tiene por objeto evitar sorpresas o “estratagemas poco limpias”, rechazando por ello posturas formalistas que conduzcan a la exclusión de licitadores por defectos fácilmente subsanables, por entender que ello contravendría el principio de libre concurrencia (cfr.: Sentencias ya citadas de 21 de septiembre de 2004 –Roj STS 5838/2004- y 9 de julio de 2002 –Roj STS 5093/2002-).

Sin embargo, el mismo Alto Tribunal ha rehusado extender tales consideraciones al cumplimiento de otras formalidades exigidas en los pliegos, como la inclusión de un anexo resumen de las características de la oferta (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 12 de abril de 2012 –Roj STS 2341/2012-, que resalta la necesidad de respetar la igualdad entre los empresarios concurrentes) o la firma de ingeniero en la propuesta técnica, por entender en este caso que afecta al contenido material de la misma (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 21 de julio de 2011 –Roj STS 5023/2011-), respecto del cual entiende que no cabe subsanación (cfr.: Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 10 de noviembre de 2006 –Roj STS 7295/2006-).



Esa doble tendencia se halla presente en la jurisprudencia comunitaria. Así, por un lado, ésta se muestra proclive a admitir la subsanación de errores en la fase de admisión a la licitación, permitiendo al órgano de contratación reclamar documentos sobre la capacidad o situación personal del empresario que no fueron aportados por éstos pese a exigirse en el pliego, y siempre que en él se hubiera previsto en tales casos la sanción de exclusión (cfr.: Sentencias TJUE, Sala Décima, de 10 de octubre de 2013 -asunto C-336/12- y 6 de noviembre de 2014 –asunto C-42/13-). Sin embargo, se muestra mucho más cauta cuando los defectos afectan a las ofertas, pues, en ellas sólo considera ajustadas las meras aclaraciones o correcciones de errores materiales manifiestos, y además con el límite de que no suponga una nueva oferta (cfr.: Sentencia TJUE, Sala Cuarta, 29 de marzo de 2012 -asunto C-599/10-) así como en los casos en los que la ambigüedad de las ofertas pueda explicarse de modo simple y disiparse fácilmente (cfr.: STGUE, Sala Quinta, 10 de diciembre de 2009 –asunto T-195/08”).

En el supuesto que se analiza constituye el motivo de la exclusión automática, objeto de impugnación, la falta de acreditación documental de un elemento que el órgano de contratación considera, con razón, según hemos visto anteriormente, que no se ha justificado de manera suficiente con la documentación aportada por la empresa licitadora (“tomando su consejo las medidas oportunas para que así sea”).

Lo cierto es que, como ha quedado reflejado en los antecedentes, el recurrente aportó un balance de situación correspondiente al ejercicio 2021 – insuficiente, en cuanto hemos indicado anteriormente que lo procedente era, según el PCAP, la aportación de las cuentas anuales, pero que el órgano de contratación admitió- en el que figura, en el epígrafe “otras deudas a largo plazo” del pasivo, un importe de 150.000,00 euros. Adicionalmente, el recurrente presentó una declaración en la que manifestaba que reunía las condiciones de solvencia económica y financiera requeridas. Figurando el préstamo participativo (en caso de que, finalmente, resulte serlo) en el balance, nos encontramos ante un defecto subsanable.

Por ello,-debió darse trámite de subsanación a fin de procurar y garantizar una actuación del órgano de contratación más respetuosa con los principios que deben regir la contratación pública enunciados en el artículo 1 de la LCSP, la libertad de concurrencia y



la eficiente utilización de los fondos públicos, que exigen que en los procedimientos de adjudicación de los contratos deba tenderse a lograr la mayor concurrencia posible, así como más conforme con la obligación de dispensar un tratamiento igualitario y no discriminatorio a candidatos y licitadores y con los principios de transparencia y proporcionalidad recogidos en el artículo 132.1 de la LCSP.

Por lo señalado, procede anular el acto recurrido, y ordenar la retroacción del procedimiento al momento anterior a aquel, a fin de que se conceda al recurrente trámite de subsanación de su solvencia económica y financiera en los términos contemplados en el presente Fundamento de Derecho.

En atención a las razones expuestas,

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Estimar el recurso interpuesto por D. E. L. R., en representación de EDICIONES CASTELLÓN PLAZA 2018, S.L.U., contra el acuerdo del Vicerrector de Infraestructuras y Sostenibilidad de 3 de octubre de 2022 por el que se acuerda tener por retirada su proposición y la adjudicación en el procedimiento *“Acuerdo Marco a celebrar para la contratación de espacios publicitarios, con el objetivo de realizar las campañas de publicidad en medios de comunicación y soportes publicitarios para la difusión de la oferta académica y las actividades institucionales”*, con expediente SE/18/22, convocado por la Universidad Jaume I y anularlo, ordenando la retroacción del procedimiento al momento anterior a su adopción, a fin de que el órgano de contratación requiera al recurrente la subsanación de la documentación presentada a efectos de acreditar su solvencia económica y financiera en los términos establecidos en el Fundamento de Derecho Séptimo de esta Resolución.

Segundo. Levantar la suspensión del procedimiento de contratación, de conformidad con lo establecido en el artículo 57.3 de la LCSP.



Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1 letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.