

Informe 46/97, de 10 de noviembre de 1997. "Régimen de aplicación de las causas que determinan la prohibición de contratar establecidas en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea".

8. Otros informes. 9. Capacidad para contratar e incompatibilidades.

ANTECEDENTES.

Por el Secretario General de Política Exterior y para la Unión Europea del Ministerio de Asuntos Exteriores se dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el que se formula la siguiente consulta:

"La Ley 13/1995 de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, establece en su artículo 117, para los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, en relación con los requisitos de capacidad y solvencia de las empresas, la regla siguiente:

"b) Sin perjuicio de los requisitos de capacidad que puedan exigir las leyes del Estado en que se celebre el contrato, para determinar las condiciones de capacidad y solvencia de las empresas españolas y de las pertenecientes al resto de Estados miembros de la Comunidad europea se estará a lo dispuesto en esta Ley".

Este apartado remite al Título II, capítulo I de la misma Ley, en cuyo artículo 20 se establecen las prohibiciones de contratar en las letras a) a k).

En relación con lo establecido, se pregunta si todas las prohibiciones de contratar establecidas en el artículo 20, son de aplicación a los empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad europea, y en particular si

"La circunstancia de (no) hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de seguridad social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine". (Art. 20.f),

ha de ser acreditada por las mencionadas empresas no españolas, y cual sería, en su caso, la forma de apreciar dicha circunstancia, teniendo en cuenta que:

- 1. las prohibiciones de contratar limitan la libre concurrencia de las empresas,*
- 2. estas empresas en la mayoría de los casos no tienen obligaciones tributarias o de seguridad social en España y*
- 3. estos "contratos podrán adjudicarse por procedimiento negociado, debiendo conseguirse, siempre que sea posible, tres ofertas al menos de empresas capaces de cumplir los mismos". (Art. 117.d)."*

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. Para poder resolver la cuestión suscitada en el escrito de consulta se hace necesario partir de la circunstancia de que la misma se refiere a contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, a empresarios no españoles de Estados miembros de la Comunidad Europea y a las prohibiciones de contratar recogidas en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, singularmente a la del apartado f) consistente en "no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determine", lo que deja fuera del ámbito del presente informe los contratos que no reúnan el doble requisito de celebrarse y ejecutarse en el extranjero, a los empresarios españoles y a los extranjeros no comunitarios y a las circunstancias de capacidad y solvencia que no se traduzcan estrictamente en prohibiciones de contratar.

2. El artículo 117 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas regula, pese al defectuoso título del mismo, los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, estableciendo un régimen más flexible que el general para los contratos administrativos típicos establecido en la propia Ley y que se manifiesta en extremos concretos relativos al pliego, procedimiento de adjudicación, formalización, garantías, pago del precio, modificaciones y fórmulas de arbitraje.

En materia de capacidad y solvencia no existe ninguna especialidad para las empresas extranjeras no comunitarias y, respecto a las españolas y las comunitarias no españolas, extremo este último consultado, el artículo 117.1.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas viene a establecer un "plus" de capacidad pues aparte de señalar que para determinar la capacidad y solvencia de estas empresas se estará a lo dispuesto en la Ley, ello se entiende sin perjuicio de los requisitos de capacidad que puedan exigir las leyes del Estado en que se celebre el contrato, exigencia lógica dado el supuesto de hecho de que parte de contratos celebrados en el extranjero.

Como entre las condiciones de capacidad y solvencia reguladas en el Capítulo I, Título II, Libro I de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas figuran expresamente incluidas las prohibiciones de contratar en el artículo 20, la remisión del artículo 117.1.b) a las disposiciones de la Ley hay que entenderla hecha al citado artículo 20 y concluir que para los contratos que se celebren y ejecuten en el extranjero, las empresas no españolas de Estados miembros de la Comunidad Europea no podrán estar incursas en las causas de prohibición de contratar enumeradas en el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

La conclusión sentada se predica de todas las causas comprendidas en el citado artículo 20, sin perjuicio del examen más particularizado que se va a realizar del apartado f) referente a las obligaciones tributarias y de Seguridad Social, debiendo finalizar este apartado con la doble consideración de que las circunstancias que se señalan al final del escrito de consulta de que las prohibiciones de contratar limitan la libre concurrencia y la posible utilización del procedimiento negociado para nada se oponen, mas bien presuponen, la aplicación de la normativa sobre capacidad y solvencia y la de que en cuanto al modo de acreditar la inexistencia de causas de prohibición de contratar está previsto en el artículo 21.5 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, citando expresamente la declaración responsable ante autoridad judicial cuando se trate de Estados miembros de la Comunidad Europea, y esta posibilidad esté prevista en la legislación del Estado respectivo, declaración responsable, ya no ante autoridad judicial, igualmente prevista en el artículo 80.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como documentación que, referente a las prohibiciones de contratar, se ha de acompañar a las proposiciones de los licitadores.

3. Entrando en el examen de la prohibición de contratar incorporada al artículo 20.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas -incumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social- debe mantenerse idéntica conclusión que la mantenida en el apartado anterior sobre la base del argumento interpretativo que proporcionan las Directivas 93/37/CEE, sobre contratos de obras, 93/36/CEE, sobre contratos de suministro y 92/50/CEE sobre contratos de servicios, las dos primeras de fecha 14 de junio de 1993 y la última de fecha 18 de junio de 1992.

Los apartados e) y f) de los artículos 24 de la Directiva 93/37/CEE, 20 de la Directiva 93/36/CEE y 29 de la Directiva 92/50/CEE establecen que podrá ser excluido de la participación todo contratista que no esté al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la Seguridad Social o de sus impuestos y tributos según las disposiciones legales del país en que esté establecido o las del país del poder adjudicador, referencia esta última que es la única que se menciona en el apartado f) de la Directiva 92/50/CEE para las obligaciones fiscales.

El apartado f) del artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es el que incorpora los reseñados preceptos de las Directivas comunitarias y aunque en el mismo no se establece diferencia alguna entre país en que el empresario esté establecido y país del órgano de contratación o poder adjudicador es lógico interpretar que, cuando se trata de contratos celebrados y ejecutados en el extranjero y a los mismos concurren empresas comunitarias no españolas, a las mismas se les debe exigir acreditar el cumplimiento de sus obligaciones fiscales y de Seguridad Social en el país en que estén establecidas, pues así se concilia la aplicación del artículo 20.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a estas empresas, obligada por la remisión efectuada por el artículo 117.2.b) de la misma Ley, con el contenido concreto de las Directivas comunitarias sobre contratos de obras, suministro y servicios y con la circunstancia concreta de que estas empresas no suelen estar sujetas a cotizaciones de la Seguridad Social y obligaciones tributarias en territorio español.

En este punto conviene reiterar, dado que en realidad son en relación con estas obligaciones donde se formulan objeciones en el escrito de consulta, que las circunstancias de que las prohibiciones de contratar limiten la concurrencia y la utilización del procedimiento negociado presuponen la aplicación de la normativa de la Ley sobre capacidad y solvencia por la remisión efectuada por el artículo 117.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por último debe hacerse la consideración obvia de que al no tratarse de obligaciones tributarias y de Seguridad Social impuestas por la legislación española resultará imposible acudir al sistema de acreditación previsto en los artículos 7 a 10 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia será necesario utilizar, como para las restantes prohibiciones de contratar, los elementos de prueba del artículo 21.5 y del artículo 80.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSION.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que tratándose de contratos celebrados y ejecutados en el extranjero y de empresas comunitarias no españolas es de aplicación el artículo 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por la remisión al mismo comprendida en la general a la Ley que utiliza el artículo 117.2.b) de la propia Ley.
2. Que, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social la interpretación conjunta del artículo 20.f) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de las Directivas comunitarias obliga, para los mismos contratos y empresas, a exigir acreditar su cumplimiento en el país en que estén establecidos, debiendo llevarse a cabo la acreditación de conformidad con los artículos 21.5 y 80.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin que resulten de aplicación los artículos 7 a 10 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.