

MEDIOS DE ACREDITACIÓN DE LA SOLVENCIA: DIFERENCIAS (8) ENTRE LA REGULACIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/24/UE Y LA DEL TRLCSP

Los recientes pronunciamientos (marzo 2016) de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado y de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, dieron por hecho que la mayor parte de los preceptos de la Directiva 2014/24/UE relativos a la solvencia y, en especial, los referidos a los diversos medios para su acreditación, habían sido ya incorporados al ordenamiento español con anterioridad al 18 de abril del 2016, fecha en la que finalizó el plazo para la transposición de aquélla. Un análisis comparativo de las normativas europea y española, evidencian que a pesar de los cambios legales y reglamentarios introducidos en la normativa española, aún existen significativas diferencias entre ambas, y que varios de los preceptos comunitarios deben producir efecto directo.

En materia de solvencia, tanto económica como financiera [en lo sucesivo SEF], como técnica o profesional [en lo sucesivo STP], la *Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado a los órganos de contratación en relación con la aplicación de las nuevas directivas de contratación pública*, de 15 de marzo de 2016, se limita a señalar: “*En el caso de España, no ha resultado posible la completa transposición de las mismas en el plazo previsto (...) Sin perjuicio de ello, sí ha sido posible incorporar puntualmente a través de distintas Leyes determinados preceptos de las Directivas citadas en el vigente Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Se trata de la regulación de la acreditación por el empresario de su solvencia económica y financiera (incorporada a través del Real Decreto-ley 10/2015, (...))*”

Por su parte, el documento, *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público*, elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, sí anota ciertas diferencias, que se concretan en la regulación que lleva a cabo la Directiva sobre la integración de la solvencia con medios externos, frente a la que recoge el *Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público* [en lo sucesivo *TRLCSP*]. Pero en cuanto a los medios de prueba señala: “*Artículo 58: Criterios de selección. Tiene efecto directo. Su contenido es coherente con la actual regulación (artículos 54.2, 62, 74, 75 y 76 y siguientes del TRLCSP, especialmente).*” “*Artículo 60: Medios de prueba. Tiene efecto directo, si bien su contenido está mayoritariamente incorporado en la actual normativa sobre acreditación de la capacidad y solvencia del TRLCSP (artículos 72 y siguientes). Véase también el Anexo XII (Medios de prueba de los criterios de selección). El apartado 2 está incorporado en el artículo 73 TRLCSP.*”

Ahora bien, un análisis comparativo del contenido de la Directiva 2014/24/UE y del TRLCSP, pone de relieve la existencia de significativas diferencias entre ambas normas, y lleva a concluir que varios preceptos comunitarios producen ya, desde el 18 de abril, efecto directo. A pesar del documento publicado en marzo por los Tribunales Administrativos, paulatinamente, posteriores resoluciones singulares de recursos especiales, han venido constatando tales divergencias.

Siendo diversas las normas que, posteriores a la publicación [28/03/2014] de las nuevas directivas de contratación, modificaron en España la regulación relativa a la solvencia, y en particular la relativa a los medios para su acreditación, resulta extraño que no se hubiera acomodado la normativa nacional a la normativa europea, aunque ciertamente más extraño aún resulta, que gran parte de esta nueva regulación comunitaria tampoco se encuentre recogida en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público [en lo sucesivo *el Anteproyecto*], ni que tales divergencias hayan sido puestas de relieve por el Consejo de Estado en su [Dictamen](#) al mismo.

Apuntemos esas diferencias, agrupándolas dependiendo de que la norma comunitaria deba producir hoy en día efecto directo [1) a 3)] o no [5) a 8)].

1) SEF. Volumen de negocio exigible. La Directiva [Considerando 83 y Art.58.3, -2º pfo-], señala que, excepto en casos debidamente justificados, el volumen de negocios mínimo anual exigible a los operadores económicos no excederá del doble del valor estimado del contrato. Esta posibilidad no es recogida en el TRLCSP, ni en el RGLCAP.

No cabe duda del efecto directo del precepto, que en su caso habrá de hacerse valer por el interesado vía impugnación de pliegos.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales [en lo sucesivo TACRC] en varias resoluciones [véase por ejemplo la número [465/2016](#)], afirma que dicho límite debe ser respetado en el modo que señala la Directiva.

El Anteproyecto si recoge este límite.

2) SEF. Admisión de otros medios de acreditar la solvencia económica y financiera en circunstancias excepcionales. Realmente llama la atención el devenir regulatorio de este asunto en la normativa española. En el año 2007, la *Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público* [Art. 64.2], reproduciendo casi literalmente lo establecido en la *Directiva 2004/18/CE* [Art.47.5], reconocía la posibilidad de que el licitador o candidato, “*por una razón justificada*” acreditase su SEF por medios distintos a los relacionados en la norma. En la práctica, mayoritariamente solía aplicarse este precepto en relación a aquellas empresas que, por ser de reciente creación, no les resultaba posible acreditar su SEF a través de la presentación de cuentas anuales y/o declaración el volumen de negocio exigido.

Pues bien, este apartado 2º del artículo 64, se incorporó a la primera versión del TRLCSP [Art.75.2], y en el permaneció hasta que, sin que se diese

explicación alguna, [ni en la tramitación parlamentaria o en el preámbulo de la Ley 25/2013, ni en pronunciamientos de organismos con competencia en materia de contratación], el mismo fue suprimido por la modificación que introdujo en el texto refundido la Ley 25/2013. Ahora bien, esta modificación/supresión del año 2013, no se haría efectiva hasta el 5 de noviembre de 2015, por mor de la modificación introducida en la disposición transitoria cuarta del TRLCSP por la Ley 25/2013, y posterior aprobación del Real Decreto 773/2015, que modificó el reglamento de contratación y activo aquella modificación de la Ley.

Frente a esta supresión, la Directiva 2014/24/UE reproduce en su artículo 60.3, con mínimas diferencias, el texto de la Directiva 2004/18/CE y, en consecuencia, el que originariamente reflejaba el TRLCSP, estableciendo:

“Cuando, por una razón válida, el operador económico no esté en condiciones de presentar las referencias solicitadas por el poder adjudicador, se le autorizará a acreditar su solvencia económica y financiera por medio de cualquier otro documento que el poder adjudicador considere apropiado.” [Art.60.3.2º pfo. D.2014/24/UE].

No cabe duda de que la normativa española actual rechaza toda posibilidad de acreditar la SEF por otros medios que no sean los señalados en el artículo 75 [“La SEF del empresario deberá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes...” -Artículo 75 TRLCSP].

Por lo tanto y en resumen, un importante precepto, plasmado en dos directivas y dos leyes, *desaparece* sin explicación alguna en el año 2013 mediante una modificación que entra en vigor a partir del 5 de noviembre de 2015. Ahora bien, en la práctica, tal supresión en ningún caso pudo ser [o debió de ser] efectiva. Desde el 5 de noviembre de 2015 al 18 de abril de 2016 por el efecto directo del artículo 47.5 de la Directiva 2004/18/CE y, desde el 18 de abril de este año por el efecto directo del artículo 60.3 de la Directiva 2014/24/UE.

La reclamación de este derecho por parte del licitador o candidato, cabe realizarla a través de la impugnación de los pliegos [ver resolución del TACRC que se cita más abajo]. A mi entender, también es posible hacerlo valer, sin necesidad de impugnar los pliegos, en el caso que el medio de acreditación exigido sea el volumen de negocio, y el operador económico hubiera cubierto el cuadro 3) del apartado B, de la parte IV), del *Documento Europeo Único de Contracción [DEUC en lo sucesivo]* [“Si no se dispone de la información sobre el volumen de negocios (general o específico) en relación con todo el periodo considerado, indíquese la fecha de creación de la empresa o de inicio de las actividades del operador económico”].

Recientemente [15/07/16], la resolución del TACRC [586/2016](#), confirmo el efecto directo del artículo 60.3 de la Directiva vigente.

Anotar por último, que el Anteproyecto de la LCSP, sigue lo [no] establecido en el TRLCSP, ignorando como éste el contenido de la Directiva.

3) STP. Acreditación de la experiencia en los contratos que no son de obras. Tratándose de contratos de obras, tanto el TRLCSP [Art.76.1.a)], como las directivas –la actual y la anterior-, coinciden en señalar que la experiencia podrá acreditarse mediante la presentación de una relación de trabajos ejecutados, acompañada de certificados de buena ejecución para las obras más importantes.

Para los contratos de suministros [Art.77.1.a)], y servicios [Art.78.1.a)], y por extensión [Art. 79] todos los que no sean de obras, el TRLCSP –al igual que la anterior Directiva-[Art.48.2.a.2.]-, establece la particularidad de que en los mismos se puede sustituir el certificado por la declaración del propio licitador cuando se trate de un cliente privado, y sea imposible o en extremo difícil (véase sentencia del TJUE en el [Asunto C-46/15](#)), que el cliente haga llegar al licitador el certificado de buena ejecución.

Pues bien, para estos dos tipos de contratos, la Directiva 2014/24/UE, introduce una redacción significativamente diferenciada de la contenida en la anterior, que en ningún caso exige la presentación de certificados públicos o privados. Véase a continuación el diferente alcance de los puntos i) y ii) del Anexo III. Parte III. de la Directiva 2014/24/UE:

ji) la lista de las obras ejecutadas como máximo en los cinco últimos años, avalada por certificados de buena ejecución y resultado para las obras más importantes; (...)

ii) una relación de los principales suministros o de los principales servicios efectuados durante, como máximo, los tres últimos años, en la que se indique el importe, la fecha y el destinatario, público o privado; cuando sea necesario para garantizar un nivel adecuado de competencia, los poderes adjudicadores podrán indicar que se tendrán en cuenta las pruebas de los suministros o los servicios pertinentes efectuados más de tres años antes

A mayor abundamiento sobre esta cuestión, es significativo que el DEUC señale respecto al contrato de obras [Parte IV, apartado C, subapartado 1a)], que: “*Si la documentación pertinente relativa a la ejecución y conclusión satisfactoria de las obras más importantes está disponible en formato electrónico sirva indicar: dirección de la página web, autoridad.... etc.*” Por el contrario, respecto a los contratos de suministros y servicios no se hace tal advertencia, existiendo sólo espacio [Parte IV, apartado C, subapartado 1b) del DEUC], para incluir la relación de trabajos ejecutados.

Por lo expuesto, cabe entender que el operador económico, ante la exigencia de presentación de certificados de buena ejecución en los contratos que no sean de obra, podrá impugnar los pliegos. Cuestión distinta es que, llegado el caso, la mesa o el órgano de contratación puedan [Art.82 y 146.4 TRLCSP; Art. 22 RGLCAP], requerir [en este supuesto o en cualquier otro], la presentación de documentación complementaria acreditativa del cumplimiento de las condiciones de solvencia [en este caso la experiencia], documentación que en todo caso no tendría que concretarse necesariamente en la presentación de

certificados de buena ejecución [cabría así presentar contratos, documentos fiscales de operaciones con clientes, etc.].

Del Anteproyecto de la LCSP [Art.88.1.a); Art.89.1.a); Art.90.1.a)], cabe destacar como novedad, que deja en manos de la entidad contratante el exigir o no que se presenten los certificados -o en su caso la declaración- para todo tipo de contratos, incluidos los de obra. Ahora bien, de exigirse, el Anteproyecto, al igual que el TRLCSP, establece para el contrato de suministro la presentación de certificados respecto a la acreditación de contratos públicos y, certificados de clientes o declaraciones del propio licitador en su defecto, si se trata de acreditar contratos privados. Más sorprende resulta la regulación del Anteproyecto respecto al contrato de servicios, pues lo equipara al de obra, exigiendo siempre certificados de buena ejecución, alejándose aún más de la regulación comunitaria, sin que ni siquiera, -como sí ocurre ahora-, sea suficiente la presentación de declaración del propio empresario cuando los clientes sean privados.

La regulación en la Directiva 2014/24/UE de otros medios de prueba, a los que a continuación haremos referencia-, presenta, al igual que los hasta aquí analizados, diferencias respecto a la actual TRLCSP. Tales preceptos son claros, precisos e incondicionados, por lo que en principio deberían poder ser aplicados directamente. Ahora bien, la elección de los medios de acreditación de la solvencia [SEF y STP] para un contrato determinado, que se ha de plasmar en el PCAP, no es un derecho que corresponda invocar al operador económico, sino que se trata de una competencia del órgano de contratación. La cuestión que se plantea entonces, es si el órgano de contratación puede establecer como medio de acreditación de la solvencia uno de los que prevé la Directiva 2014/24/UE, pero que no recoge el TRLCSP. Si nos atenemos a la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no estaríamos aquí ante un supuesto de efecto directo vertical ascendente y, en consecuencia, sólo cabría la aplicación de la normativa europea por el órgano de contratación, una vez la misma haya sido transpuesta al ordenamiento jurídico español.

4) SEF. Declaraciones de entidades financieras. La posibilidad de acreditar la SEF a través de una certificación bancaria se encontraba contemplada ya en la Ley de Contratos del Estado y su normativa de desarrollo y, desde entonces, se mantuvo en la normativa de contratación vigente en cada momento, hasta su supresión por la Ley 25/2013, si bien, como ya antes apuntamos, tal supresión no se haría efectiva hasta el 5 de noviembre de 2015.

Dejando a un lado la conveniencia de tal supresión, -existiendo práctica unanimidad en la doctrina en considerar tales declaraciones como un medio ineficaz de acreditación de la SEF-, lo cierto es que tal eliminación supuso, hasta el 18 de abril del presente año, una contravención a lo dispuesto en la Directiva 2014/18/CE, que contemplaba la *declaración apropiada de los bancos* [Art.47.1.a)], como uno de los medios de acreditar la SEF. A partir del 18 de abril de 2016, tal ausencia resulta contraria a la Directiva 2014/24/UE, que en

su anexo XII, parte I, punto a)], continua considerando la *certificación bancaria* como uno de los medios de acreditar la SEF.

El Anteproyecto mantiene la supresión del TRLCSP.

5) STP. Instalaciones técnicas. Tanto la normativa nacional [Art.77.1c) y Art.78.1.c) TRLCSP] como la anterior Directiva, contemplaban este medio de acreditación en relación a los contratos de suministros y servicios, pero no al de obra. La nueva Directiva no establece tal restricción. La comparación de los textos de las directivas pone de relieve la diferencia existente entre ambas:

“Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el proveedor o el prestador de servicios para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de su empresa;” [Directiva 2004/18/CE Art.48.2.c)].

“Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el operador económico para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de su empresa.” [Directiva 2014/24/UE. Anexo XII. Parte II. c)]

[**Nota:** La Directiva 2014/24/UE emplea el término *operador económico* para referirse al licitador o candidato de cualquier tipo de contrato; el término *contratista* cuando el operador económico lo es de una obra; el término *prestador de servicios* cuando lo es de un servicio y; el término *proveedor* cuando lo es respecto a un contrato de suministros].

El Anteproyecto no adapta su texto a la nueva Directiva, limitando al igual que el TRLCSP este medio de acreditación a los contratos de suministros y servicios [Art.89.1.c) y Art.90.1.c)].

6) STP. Medidas de gestión medioambiental. De modo similar al supuesto anterior, las medidas de gestión medioambiental pueden, en la nueva Directiva, ser requeridas como medio de acreditación de la STP en los contratos de obras, suministros o servicios. Por el contrario, en la Directiva anterior y en el TRLCSP, tal posibilidad no se prevé para el contrato de suministro:

“f) para los contratos públicos de obras y de servicios indicando, únicamente en los casos adecuados, las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato.” [Directiva 2004/18/CE Art.48.2.f)].

“g) indicación de las medidas de gestión medioambiental que el operador económico podrá aplicar al ejecutar el contrato;” [Directiva 2014/24/UE. Anexo XII. Parte II. g)]

El Anteproyecto no se adapta a la nueva Directiva, manteniendo las mismas divergencias que el TRLCSP.

7) STP. Subcontratación. En la nueva Directiva 2014/24/UE [Anexo XII, parte II, punto j)], la posibilidad de empleo de la subcontratación como medio de acreditación de la STP se extiende a todo tipo de contratos, no limitándose

como en la anterior Directiva [Art.48.2.i)], y en el TRLCSP [Art.78.1.i)] a los contratos de servicios:

“i) indicación de la parte del contrato que el prestador de servicios tiene eventualmente el propósito de subcontratar;” [Directiva 2004/18/CE Art.48.2.i)].

“j) indicación de la parte del contrato que el operador económico tiene eventualmente el propósito de subcontratar;” [Directiva 2014/24/UE. Anexo XII. Parte II. j)]

De igual modo que el TRLCSP, el Anteproyecto limita [Art.90.1.i)], este medio de acreditación de la STP a los contratos de servicios.

8) STP. Sistema de gestión de la cadena de suministro. Medio de acreditación Introducido por la nueva Directiva [Anexo XII, parte II. d)], y no recogido en el TRLCSP, sí en el Anteproyecto [Art.89.1.g)].