

Estar al corriente de obligaciones fiscales y con la Seguridad Social como condición de admisibilidad para contratar con el sector público: acreditación en el momento de la licitación.

Susana Rodríguez Escanciano

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de León.

Resumen: *La obligación de encontrarse al corriente del pago en las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe de acreditarse, por aquel operador jurídico interesado en participar en un proceso de contratación con el sector público, en el momento de la licitación o de presentación de la oferta, sin que pueda ser objeto de subsanación con ocasión de la formalización del contrato, pues se trata de garantizar la fiabilidad y seriedad del adjudicatario.*

Palabras clave: *Contratación del sector público, prohibiciones para contratar, licitación, adjudicación, obligaciones tributarias, deudas con la Seguridad Social.*

Abstract: *The obligation to be up to date with the payment of tax obligations and with Social Security must be accredited by the legal operator, interested in participating in a contracting process with the public sector, at the time of the bidding or presentation of the offer without it being subject to remedy at the time of formalization of the contract, because it carries a guarantee to the reliability and seriousness of the winner of the public contract.*

Keywords: *Public sector contracting, prohibitions to contract, bidding, adjudication, tax obligations, debts with Social Security.*

I. Introducción

Cuando la Administración comitente y la empresa adjudicataria celebran un contrato administrativo, su ejecución supone disponer del entramado de medios materiales y humanos de la segunda al servicio de la primera por razón de ese encargo, de modo que el objeto del contrato celebrado entre ambos sujetos conlleva la puesta en funcionamiento de la organización productiva del mencionado empleador como parte accidental del ciclo de actuación de la Entidad pública. No puede extrañar, por tanto, que el candidato a contratar con un Ente administrativo deba poseer más requisitos de capacidad y solvencia que los exigidos al particular que quiere convenir un vínculo contractual con otro sujeto privado, hasta el punto de que la capacidad de quien quiere optar al *status* de futuro contratista o concesionario público se encuentra absolutamente determinada. Bajo tal premisa, la legislación de contratos del sector público recoge varias limitaciones dirigidas a asegurar que los contratistas y concesionarios están sujetos a la ley y al derecho, evitando la licitación de aquellos operadores que infringen o incumplen el ordenamiento jurídico.

Así, no sólo se exigen unas especiales condiciones en la aptitud del adjudicatario a efectos de evitar, en la medida de lo posible, el riesgo de una ejecución defectuosa o tardía de la prestación encomendada, sino que se trata de apartar del tráfico jurídico a quienes incurran en una serie de prohibiciones para contratar, entre las que el apartado d) del art. 71 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), al igual que su precedente, el art. 60 d) 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 (TRLCSPP), hace referencia a la circunstancia de: “no hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de seguridad social impuestas por las disposiciones vigentes”.

Siendo claro el tenor legal transcrito, en el presente supuesto aquí comentado se dilucida si el cumplimiento de la mencionada obligación de encontrarse al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe venir referido a la fecha de licitación (momento de presentar las ofertas) o a la de adjudicación (una vez valoradas las propuestas presentadas).

II. Identificación de la resolución judicial comentada

Tipo de resolución judicial: Sentencia.

Órgano judicial: Tribunal Supremo (Sala Contencioso-Administrativo).

Número de resolución judicial y fecha: sentencia núm. 1210/2020, de 28 de septiembre.

Tipo y número recurso: Recurso de casación contencioso-administrativo núm. 8006/2018.

ECLI:ES:TS:2020:2970.

Fuente: CENDOJ.

Ponente: Excma. Sr. Dña. Celsa Pico Lorenzo.

Votos Particulares: carece.

III. Problema suscitado. Hechos y antecedentes

El presente pronunciamiento judicial resuelve un recurso de casación contra la Sentencia 246/2018, de 24 de julio de 2018, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, con sede en Santa Cruz de Tenerife, que, a su vez, estimó el recurso de apelación núm. 80/2018 interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 2 de Santa Cruz de Tenerife de 28 de marzo de 2018.

El iter procesal tiene como punto de partida el Acuerdo del Cabildo de 10 de marzo de 2017, en el que se excluía del procedimiento de licitación C-817 la oferta presentada por la Compañía de Eficiencia y Servicios Integrales S.L (EFFICO) por no haber acreditado en plazo que se hallaba al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social. La citada empresa recurre dicho acto administrativo ante el Juzgado de lo Contencioso, que estima dicho recurso, anulando el citado acto y acordando retrotraer las actuaciones, para que, conforme los trámites oportunos, el Cabildo dicte nuevo Acuerdo por el que, considerando admitida la oferta de EFFICO, se le adjudique el contrato.

Frente a este reconocimiento en la primera instancia, el Cabildo interpone recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia, que se pronuncia estimando íntegramente el recurso, revocando la sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo y confirmando el acto de fecha 10 de marzo de 2017, no en vano fue adoptado conforme a lo dispuesto por la mesa de contratación en su acta número 5 donde se recoge que requerido por la Administración insular certificado de estar al corriente de sus obligaciones tributarias, el mismo fue negativo, habiendo aportado la

empresa el día 7 de diciembre de 2016 el certificado positivo al que acompañaba carta de pago con recargo de fecha 29 de noviembre de 2016, pago que fue efectuado cinco días después de la notificación efectuada por la Administración a fin de presentar la documentación requerida para continuar la tramitación del expediente. Dicha aportación se considera por la Administración extemporánea, habiendo incurrido la compañía en un defecto insubsanable por estar incurso en prohibición para contratar en el momento de la licitación.

Esta sentencia del Tribunal Superior de Justicia es recurrida en casación, entendiéndose el Tribunal Supremo que efectivamente existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, centrado en determinar si el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social exigido a quien vaya a ser contratista o concesionario en un vínculo con un Ente del sector público debe venir referido a la fecha de licitación o a la fecha posterior de adjudicación.

IV. Posición de las partes

La mercantil EFFICO argumenta que la obligación de hallarse al corriente de pago de las obligaciones tributarias y frente a la Seguridad Social para beneficiarse de un contrato público debe de ir referida al momento de la adjudicación del contrato, pues el art. 72.1 LCSP en su inciso final establece que las causas de prohibición por impago de deudas “subsistirán mientras concurren las circunstancias que en cada caso las determinen”, tenor que hay que completar con lo indicado en el art. 57.2 Directiva 2014/24, de 26 de febrero, sobre contratación pública, en virtud del cual la exclusión de un operador económico por impago de deudas “deja de aplicarse cuando el operador haya cumplido sus obligaciones de pago”.

En todo caso, aunque, a juicio de la empresa, la fecha a la que debe venir referido el cumplimiento por parte del operador económico de su obligación de hallarse al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social ha de ser la de la adjudicación del contrato, lo cierto es que de forma subsidiaria también argumenta que en el caso de considerar que dicha data debiera concretarse en el momento de la licitación, deberían interpretarse las normas jurídicas que regulan las causas de prohibición para contratar por impago de deudas [arts. 71.1 d) y 72.1 LCSP (anteriores arts. 60.1 d) y 61.1 TRLCSP)] en el sentido de entender, a la luz del art. 57.2 Directiva 2014/24, que dejan de aplicarse si el operador regulariza su situación antes del momento de la adjudicación, tal y como sucede en el presente supuesto.

La mercantil EFFICO solicita, pues, la confirmación de la sentencia de primera instancia que anuló el Acuerdo de exclusión, ordenando al Cabildo que retrotraiga las actuaciones al momento anterior a su adopción para alcanzar un nuevo Acuerdo por el que se admita la oferta de la empresa y se le adjudique el contrato.

Por su parte, el Cabildo de Tenerife entiende ajustado a Derecho el Acuerdo de exclusión de EFFICO por no acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias en el momento de la licitación. Entiende que se trata de un requisito que, junto con el resto de condiciones de aptitud para contratar, no sólo debe concurrir en el momento mencionado sino subsistir en la formalización del contrato, tal y como se deduce de lo previsto en el art. 140.4 LCSP. Constituye una condición de admisibilidad que exige, además, una permanencia ininterrumpida de la situación empresarial de estar al corriente de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social entre la presentación de la oferta y la atribución del contrato. Considera, a la postre, que no resulta de aplicación la Directiva 2014/24 porque ésta limita su alcance a los contratos sujetos a regulación armonizada y, en el presente caso, el contrato en el que fue excluida la parte recurrente no lo es, al no alcanzar el umbral cuantitativo establecido en el art. 4 de la norma comunitaria. Al tiempo, argumenta que la tesis defendida a su instancia no supone atentado a los principios generales de contratación que derivan del Derecho Comunitario: transparencia y publicidad, igualdad y no discriminación entre los licitadores y libertades de concurrencia y de establecimiento.

En suma, el Cabildo sostiene que el requisito de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe cumplirse desde el momento de presentar las proposiciones y mantenerse hasta el momento de la perfección del contrato, no siendo suficiente cumplir esta exigencia en la fase de formalización del nexo contractual.

V. Normativa aplicable al caso

Varios preceptos concurren en el supuesto de hecho enjuiciado:

En primer lugar, el art. 71.1 d) LCSP, en virtud del cual no podrán contratar con las entidades del sector público las personas que se encuentren en alguna de estas circunstancias: “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 determinen”. El tenor de este precepto coincide con el anterior art. 60.1 d) TRLCSP.

En segundo término, art. 72.1 LCSP, conforme al cual la citada prohibición para contratar se apreciará “directamente por los órganos de contratación, subsistiendo mientras concurren las circunstancias”. Este redactado es idéntico al previsto en el anterior art. 61.1 TRLCSP.

En tercer lugar, el art. 140.4 LCSP, que aclara que “las circunstancias relativas a la capacidad, solvencia y ausencia de prohibiciones de contratar ... deberán concurrir en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de perfección del contrato”.

En cuarto término, el art. 146.1 c) TRLCSP, que regula la presentación por el licitador de los documentos acreditativos del cumplimiento de los requisitos previos, exigiendo “una declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar. Esta declaración incluirá la manifestación de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deba presentarse, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta”. En parecidos términos, se pronuncia el art. 140.1.3 LCSP, que exige igualmente la presentación de una declaración responsable por la sociedad licitadora manifestando “no estar incurso en prohibición de contratar”.

En quinto lugar, el art. 57.2 Directiva 2014/24, cuyo contenido recoge los siguientes términos: “Un operador económico quedará excluido de la participación en un procedimiento de contratación en caso de que el poder adjudicador tenga conocimiento de que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social y que ello haya quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido el operador económico o las del Estado miembro del poder adjudicador. Asimismo, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación, por sí mismos o por requerimiento de los Estados miembros, cuando el poder adjudicador pueda demostrar por cualquier medio adecuado que el operador económico ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social. El presente apartado dejará de aplicarse una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de los impuestos o las cotizaciones a la seguridad social que adeude, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas”.

Este literal debe ser completado con el párrafo 3 del art. 57 Directiva 2014/24 conforme al cual “los Estados miembros podrán también establecer una excepción a la exclusión obligatoria prevista en el apartado 2 cuando tal exclusión resulte claramente desproporcionada, en particular cuando las cantidades adeudadas en concepto de impuestos o cotizaciones a la seguridad social sean reducidas o cuando el operador económico haya sido informado del importe exacto adeudado como consecuencia del

incumplimiento de sus obligaciones de pago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social en un momento tal que no le dejara posibilidad de tomar medidas como las previstas en el apartado 2, párrafo tercero, antes del vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación o, en el caso de los procedimientos abiertos, del plazo fijado para presentar su oferta”.

VI. Doctrina básica

El Tribunal Supremo entiende que las prohibiciones para contratar están diseñadas para dar satisfacción a objetivos de interés general tendentes a garantizar la fiabilidad, diligencia y seriedad de quien quiere contratar con el sector público. Considera además que la Directiva 2014/24 no resulta de aplicación al caso por razón de la cuantía del contrato, razón por la cual procedería únicamente dilucidar si ha habido o no conculcación de los principios de contratación que derivan directamente del Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea, esto es, los de publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores, y libertades de concurrencia y establecimiento.

Ahora bien, el Alto Tribunal admite que, como señala la parte recurrida, tales principios no han sido invocados como infringidos en el presente supuesto. Es más, da un paso adelante para señalar que, aunque se hubieran alegado, en la realidad no han sufrido vulneración alguna, calificando como correcto el condicionante de la normativa interna española de exigir el cumplimiento de la obligación de estar al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social en la fecha de licitación del contrato o presentación de la oferta, no en vano, si se permitiera la subsanación en el instante de formalización del contrato, una vez adjudicado, se haría de mejor condición a los licitadores deudores que podrían no satisfacer sus deudas hasta un momento posterior coincidente con la formalización del contrato. Tal acreditación tardía no garantizaría la probidad del titular de un contrato con el sector público.

VII. Parte dispositiva

El Tribunal Supremo llega a la conclusión de que ha sido correcta la interpretación del Tribunal Superior de Justicia de Canarias en Sentencia 246/2018, de 24 de julio de 2018, al entender que la obligación de estar al corriente de pago de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social por quien pretende ser adjudicatario de un contrato público queda referida al momento de la licitación o presentación de ofertas. No ha lugar, por tanto, al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Compañía de Eficiencia y Servicios Integrales S.L., debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

VIII. Pasajes decisivos

El Tribunal Supremo realiza un razonamiento jurídico secuenciado en los siguientes hitos:

Entiende, en primer lugar, en el fundamento jurídico quinto, que el presente proceso de contratación queda extramuros de la Directiva 2014/24, pues el valor del objeto contractual aparece por debajo de los umbrales establecidos en la misma. Tal interpretación viene avalada en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de julio de 2014, asunto C-358/2012, *Consorzio Stabile*, donde se afirma (en relación con la Directiva anterior 2004/18, actualmente derogada) que “la aplicación de la citada Directiva a un contrato público está supeditada al requisito de que el valor estimado de éste alcance el umbral pertinente fijado” en la propia norma comunitaria.

En segundo término, afirma, siguiendo la argumentación de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 19 de diciembre de 2012, asunto 159/11, *Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce*, que al no cumplirse el requisito cuantitativo anterior, resultan de aplicación las normas fundamentales y los principios generales del Tratado: los tantas veces mencionados de publicidad y transparencia, igualdad y no discriminación entre los licitadores, y libertades de concurrencia y

establecimiento. Esta tesis ha sido también apuntada por otras Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pudiendo mencionar las de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, de 27 de febrero de 2003, asunto C-327/00 o de 21 de julio de 2005, asunto C-264/03. También ha compartido esta postura el Tribunal Constitucional español en la sentencia 84/2015, de 30 de abril, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884/2013, que al desgranar los contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, ya afirmaba de forma clara que “ello no elimina la sujeción a los principios de contratación pública..., (no en vano) la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente”.

Así, uniendo los razonamientos de los dos párrafos anteriores, el Tribunal Supremo tiene en cuenta que, tal y como ha señalado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencias de 8 de mayo de 2003, asunto C-14/02, *Atrai*, y de 13 de enero de 2004, asunto C-453/00, *Kühne*, todas las autoridades de los Estados miembros están sujetas a la obligación de abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por una Directiva, tanto durante el plazo de adaptación del Derecho interno como una vez promulgada la norma nacional de transposición. De este modo, no cabe duda que respeta esta exigencia entender que la norma europea en cuestión no resulta ser aplicable por razón de la cuantía del contrato, siendo únicamente vinculantes los principios generales de contratación (publicidad y transparencia, no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores), que no han sido vulnerados en el presente caso, pues lo que se pretende es salvaguardar el interés general de garantizar la seriedad y fiabilidad de quien quiere conseguir un contrato con el sector público.

Entrando en detalle, el Tribunal Supremo enjuicia si una disposición nacional como la aquí analizada puede impedir la participación de ciertos licitadores en un contrato público, implicando una restricción a las libertades de concurrencia, de establecimiento y de libre prestación de servicios. Siguiendo la doctrina vertida en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de diciembre de 2009, asunto C-376/08, *Serrantoni y Consorzio Stabile Edili*, entiende que una restricción de esta clase puede estar justificada si persigue un objetivo legítimo de interés general (evitar la falta de fiabilidad, la diligencia y la seriedad del licitador) y siempre que cumpla el principio de proporcionalidad, es decir, que garantice la realización de ese fin último y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo, tal y como aquí sucede.

En tercer lugar, el Alto Tribunal entra a valorar la posible vulneración del principio de “interpretación conforme” que obliga al juez nacional a interpretar la norma interna (en este caso la norma interna sobre contratación pública) según las exigencias del Derecho Comunitario (*in casu*, Directiva 2014/24), lo cual impide que la norma jurídica nacional pueda interpretarse de forma menos favorable que los preceptos de la Directiva, tal y como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 d febrero de 1988, asunto C-157/1988, *Murphy y otros*. En relación con este extremo, el Tribunal Supremo apunta que aun cuando la aplicación de esta regla, en una primera aproximación, pudiera llevar a pensar que la fecha a la que debe venir referido el cumplimiento, por parte de un operador económico, de su obligación de hallarse al corriente de pago de sus obligaciones tributarias y de Seguridad Social, debería ser la fecha de la adjudicación del contrato o, al menos, que siendo la fecha de licitación, las prohibiciones de contratación dejarían de aplicarse si el operador regularizara su situación antes del momento de la adjudicación, lo cierto es una reflexión más detenida lleva a considerar que en el sistema jurídico patrio los motivos de exclusión que regula como tales la Directiva se denominan prohibiciones para contratar, de manera que la previsión contenida en el art. 57.2, último párrafo de la Directiva 2014/24, relativa a que el motivo de exclusión “dejará de aplicarse una vez el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago”, se recoge también en la Ley nacional aplicable al contrato objeto del litigio como seguidamente se verá.

En efecto, no hay que olvidar que las disposiciones contenidas en la Directiva han sido ya incorporadas al sistema español en virtud de la disposición final 9ª Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que dio nueva redacción a los arts. 60 y 61 TRLCSP, e introdujo un nuevo art. 61 bis, siendo recogidas posteriormente en la Ley 9/2017. Esta última disposición legal regula la prohibición de contratar aquí debatida estableciendo al efecto, como ya consta, “que no podrán contratar con las Administraciones quienes no se hallen al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, en los términos que reglamentariamente se determinen, añadiendo que en relación con el cumplimiento de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el mismo cuando las deudas estén aplazadas, fraccionadas o se hubiera acordado sus suspensión con ocasión de la impugnación de tales deudas”. Esta última fase es precisamente la que incorpora lo previsto en el art. 57.2 Directiva 2014/24.

En cuarto término, la sentencia comentada toma en consideración lo dispuesto en el considerando 100 de la Directiva 2014/24, en virtud del cual “no deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo. El impago de impuestos o cotizaciones a la seguridad social también debe ser sancionado con la exclusión obligatoria a nivel de la Unión. No obstante, los Estados miembros deben poder establecer excepciones a dichas exclusiones obligatorias en circunstancias excepcionales, cuando necesidades imperativas de interés general hagan indispensable la adjudicación de un contrato. Ello podría ocurrir, por ejemplo, cuando vacunas o equipos de emergencia que se requieran urgentemente solo puedan adquirirse a un operador económico al que se aplique alguna de las razones obligatorias de exclusión”. Esta previsión se concreta en el art. 57 de la Directiva 2014/24, que abandona el redactado más flexible de su predecesora (“podrá ser excluido de la participación en un contrato el prestador de servicios que no haya cumplido sus obligaciones en lo referente al pago de la cotización a la Seguridad Social o las obligaciones fiscales, según las disposiciones legales del país de la entidad adjudicadora”) para adoptar un tenor mucho más taxativo (“quedará excluido”), eliminando la posibilidad de moderación por los Estados miembros. Es más, tal y como señala la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 9 de febrero de 2006, asuntos C-226/2004 y 228/2004, los principios de transparencia y de igualdad de trabajo que rigen todos los procedimientos de licitación exigen que se definan de forma clara y por anticipado todos los requisitos de fondo y de forma relativos a la participación en la licitación a fin de que los interesados puedan conocer exactamente los imperativos del procedimiento y tener la seguridad de que los mismos se aplican a todos los participantes, de manera que no pueden bastar la mera prueba de la intención de pago ni tan siquiera la prueba de la capacidad económica de regularización, so pena de violación del principio de igualdad de trato entre los candidatos.

Es necesario, por ende, que la acreditación de estar al corriente de las obligaciones fiscales y con la Seguridad Social se lleve a cabo antes del vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación o del plazo fijado para presentar su oferta, sin que sea posible permitir la subsanación en el momento de formalización del contrato. Esta conclusión queda avalada por lo dispuesto en el art. 140.4 LCSP, conforme al cual la ausencia de prohibiciones para contratar deberán concurrir “en la fecha final de presentación de ofertas y subsistir en el momento de la perfección del contrato”, esto es, parafraseando la sentencia comentada, “deben mantenerse ininterrumpidamente entre el momento de finalización del plazo de presentación de las proposiciones y la formalización del contrato, no siendo suficiente cumplir este requisito en el momento de la adjudicación”.

IX. Comentario

La exclusión de las empresas de la contratación pública constituye una de las medidas más graves que pueden adoptar los órganos de contratación, no en vano implica una consecuencia negativa que puede poner en riesgo la viabilidad de la corporación afectada al tiempo que, objetivamente, puede implicar una reducción de la concurrencia efectiva (AYMERICH CANO, C.: “Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, Revista Aragonesa de Administración Pública, núm. 53, 2019, pág. 307). Ahora bien, tampoco cabe olvidar como ha señalado la jurisprudencia que la finalidad de estas medidas prohibitivas es la de “evitar, en aras de la debida tutela de los intereses públicos, la relación con la Administración de quienes hayan demostrado poca seriedad en su actividad empresarial; y conduce a concluir que tal prevención está justificada ante cualquier práctica empresarial defectuosa o reprochable, bien haya sido intencional, bien negligente” (STS, Cont-Admivo, 18 marzo 2015). Pueden ser consideradas, por ende, como una “reacción del ordenamiento jurídico a determinadas conductas que se estiman atentatorias a la buena fe y confianza que deben presidir las relaciones entre la Administración y quienes contratan con ella” (STS, Cont-Admtivo, 7 noviembre 2006). Con ellas se pretende preservar la moralidad, la rectitud y la honestidad de los candidatos, así como la imparcialidad en la selección del contratista, todo ello en interés de los ciudadanos destinatarios de los servicios públicos.

Al constituir las prohibiciones de contratar una barrera impeditiva muy importante en el acceso a los contratos del sector público, y habida cuenta de los principios de publicidad, transparencia y, sobre todo, igualdad o no discriminación vigentes en el sistema de contratación pública, deben tipificarse perfectamente, cuantitativa y cualitativamente, o, dicho de otro modo, han de encontrarse descritas con detalle en las leyes, sin perjuicio de su eventual reiteración en los anuncios del contrato o en los pliegos del clausulado contractual (BERMEJO VERA, J.: “Las prohibiciones de contratar en la Ley de Contratos del Sector Público”, Revista Aragonesa de Administración Pública, número extra 2008, pág. 112). La tipificación de los impedimentos para acceder a un contrato público es un condicionante insoslayable.

Bajo tal perspectiva, las irregularidades en la relación con la Hacienda Pública y la Seguridad Social se consideran suficientemente graves como para impedir la contratación con cualquier ente del sector público. Así, uno de los vetos protectores de la Administración, con los que la ley pretende evitar la celebración de contratos que tienen altas probabilidades de ser incumplidos a la vista de la conducta anterior de la empresa radica en el “incumplimiento de obligaciones tributarias o de Seguridad Social” [art. 71.1 LCSP]. Se trata de una prohibición de apreciación directa por el órgano de contratación cuya función, a la vista de los documentos acreditativos aportados por los interesados, es de mera comprobación de la autenticidad y vigencia de dichos documentos (Resolución del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón 21/2017).

A la vista de esta ordenación, parece claro, tal y como señala el Tribunal Supremo en la sentencia objeto de comentario, que es en el momento de la licitación en el que debe exigirse la concurrencia de la obligación de estar al corriente en el pago de las obligaciones fiscales y con la Seguridad Social. Esta cuestión, resuelta ahora en casación, había concertado la atención del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resoluciones 33/2010, 799/2015 o 1051/2016, con base en los Informes 39/01 y 28/02, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, sentando una exigente doctrina, al requerir, tal y como ahora recoge el art. 140.4 LCSP, la permanencia ininterrumpida de la situación empresarial de estar al corriente de obligaciones tributarias y con la Seguridad Social entre la licitación y la adjudicación del contrato.

Esta interpretación estricta sufrió, sin embargo, una modulación en las Resoluciones más próximas en el tiempo (1116/2017 o 193/2019), donde se realiza una interpretación más flexible del art. 140.4, entendiendo que, bajo la premisa de favorecer la concurrencia en la licitación, se exige que *estas circunstancias de*

capacidad “concurran” en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas y que “subsistan” en el momento de la perfección del contrato, pero no está requiriendo necesariamente que hayan concurrido también en todo el período intermedio, pudiendo por tanto existir deudas en este interludio siempre que la capacidad exista en los dos momentos que literalmente cita la LCSP: licitación y adjudicación.

Sea como fuere, tanto la tesis más flexible como la más laxa avalan la conclusión a la que llega el Tribunal Supremo en el presente recurso de casación: el cumplimiento del requisito de estar al corriente en el pago de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social debe concurrir en el momento de presentar la oferta.

X. Apunte final

Entre las causas de prohibición para contratar con el sector público se encuentra la de no encontrarse al corriente del pago de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social [art. 71.1 d) LCSP]. Se trata de una barrera impeditiva que encuentra su justificación en reprobación un comportamiento empresarial que se aleja de la probidad que debe acompañar a cualquier adjudicatario de un contrato del sector público. Constituye, pues, una condición de aptitud que pretende salvaguardar un interés general tendente a garantizar la fiabilidad y la seriedad de quien quiere contratar con la Administración, razón por la cual se configura como un requisito que debe concurrir, tal y como señala el Tribunal Supremo, en el momento de la licitación. Es más, al calor del art. 140.4 LCSP, también debe subsistir a la hora de la formalización del contrato.