

Integración de solvencia con medios externos. ¿Es admisible si no se anunció en el DEUC? ¿Son medios externos las empresas del mismo grupo empresarial? La doctrina de las “*ventajas compensatorias*” asumida por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.

Fernando Luque Regueiro
Ltrado de la Comunidad de Madrid¹

El artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) regula la integración de la solvencia con medios externos, de modo que, para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, se permite que el empresario licitador pueda basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. Deberá acreditarse que durante toda la duración de la ejecución del contrato dispondrá efectivamente de esa solvencia y medios, y que la entidad a la que recurra no está incurso en una prohibición de contratar.

Deben distinguirse a efectos acreditativos de la integración de solvencia dos momentos procedimentales distintos.

El primero se ubica temporalmente en la fase de presentación de proposiciones, en la que el licitador deberá manifestar que integra su solvencia con medios externos, si éste va a ser el caso. Dicha manifestación deberá realizarse a través de una declaración responsable que se ajustará al formulario de documento europeo único de contratación (DEUC). Asimismo, y de conformidad con el artículo 140.1.c) de la LCSP, las terceras empresas de las que pretende servirse el licitador para coadyuvar su solvencia deberán presentar en ese mismo momento procedimental una declaración responsable, también ajustada al DEUC, en la que figurará la información necesaria para su identificación y características que permitan conocer la solvencia que se aporta, así como que no están incursas en prohibición de contratar.

En un segundo momento procedimental ulterior, ya en la fase de adjudicación, en concreto, una vez aceptada la propuesta de adjudicación, el licitador que hubiera presentado la mejor oferta, previo requerimiento cumplimentado de conformidad con el artículo 150.2 de la LCSP, deberá presentar el compromiso por escrito con las empresas

¹ Actualmente ocupa el puesto de Letrado-Jefe de la Subdirección General de Asistencia Jurídica Convencional, Asuntos Constitucionales y Estudios.

que hubieran integrado su solvencia (artículo 75.2 de la LCSP), a fin de que el órgano de contratación pueda comprobar que efectivamente la manifestación realizada en el DEUC se corresponde con la realidad, y que de dicho compromiso se deduce la disposición de solvencia. Ello sería así salvo que el órgano de contratación o la mesa de contratación hubieran pedido ese compromiso con anterioridad, al amparo de la facultad que les otorga el artículo 140.3 de la LCSP².

De no cumplimentarse adecuadamente el señalado requerimiento en plazo se entenderá que el licitador ha retirado su oferta. Ha de advertirse que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha sido flexible en cuanto a las exigencias del referido compromiso, en la medida de que puede responder a cualquier relación jurídica entre el licitador y esas empresas, siempre que ésta permita deducir el auxilio efectivo de esa solvencia; y en cuanto a los medios probatorios que pueden aportarse para demostrar la existencia de esa relación jurídica. Así nos lo recuerda la Resolución 1411/2023, de 27 de octubre, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC)³.

² “El órgano o la mesa de contratación podrán pedir a los candidatos o licitadores que presenten la totalidad o una parte de los documentos justificativos, cuando consideren que existen dudas razonables sobre la vigencia o fiabilidad de la declaración, cuando resulte necesario para el buen desarrollo del procedimiento y, en todo caso, antes de adjudicar el contrato.

No obstante lo anterior, cuando el empresario esté inscrito en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público o figure en una base de datos nacional de un Estado miembro de la Unión Europea, como un expediente virtual de la empresa, un sistema de almacenamiento electrónico de documentos o un sistema de precalificación, y estos sean accesibles de modo gratuito para los citados órganos, no estará obligado a presentar los documentos justificativos u otra prueba documental de los datos inscritos en los referidos lugares”.

³ «“El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha admitido la posibilidad de recurrir a las capacidades de otras entidades con gran amplitud, independientemente de la naturaleza de los vínculos en virtud de los que pueda disponer de ellas, (STJUE de 2 de diciembre de 1999 —C176/98 “Holst Italia”— de 18 de marzo de 2004 —C-314/01 “Siemens y ARGE Telekom”—, y de 10 de octubre de 2013 —C 94/12 “Swm Costruzioni y Mannocchi Luigino”— entre otras) y siempre que demuestren a la entidad adjudicadora que tal disposición será efectiva y no meramente formal (STJUE de 7 de abril de 2016 —C324/14, “Apelski Dariusz”—). En relación con esta última cuestión, el TJUE entiende que “el licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios para la ejecución de un contrato determinado es libre de escoger, por un lado, qué tipo de relación jurídica va a establecer con ellos, y, por otro, qué medio de prueba va a aportar para demostrar la existencia de esa relación jurídica” (STJUE de 14 de enero de 2016 —C234/14 “Ostas celtnieks”—) y, por lo tanto, “el poder adjudicador no puede, en principio, imponer condiciones expresas que puedan obstaculizar el ejercicio del derecho de cualquier operador económico a basarse en las capacidades de otras entidades, en particular, señalando por adelantado las modalidades concretas conforme a las cuales pueden ser invocadas las capacidades de esas otras entidades. Esta apreciación es tanto más pertinente cuanto que, en la práctica, como señala acertadamente la Comisión Europea, parece difícil, incluso imposible, que el operador económico pueda prever, a priori, todos los escenarios de utilización de las capacidades de otras entidades que pueden producirse” (STJUE de 7 de abril de 2016 —C-324/14- “Apelski Dariusz”—). En esa última Sentencia, sin embargo, el Tribunal no excluye que el poder adjudicador pueda, a efectos de la correcta ejecución del contrato de que se trate, indicar expresamente, en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, reglas precisas que permitan a un operador económico basarse en las capacidades de otras entidades, aunque en estos casos

Centrado el marco legal en el que nos movemos, nuestra atención se va a focalizar en la integración de la solvencia del licitador con empresas del mismo grupo, para discernir si ha de calificarse como un supuesto de integración de solvencia con medios externos, siéndole de aplicación, en consecuencia, el régimen dimanante del precitado artículo 75 de la LCSP o por el contrario, si es dable considerarlo como una integración de solvencia con medios propios.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, trataremos la posibilidad de aceptar la integración de solvencia si tal circunstancia no se manifestó en el DEUC, o lo que es lo mismo, si el DEUC puede ser subsanado con posterioridad en el momento de presentación del compromiso al que antes aludíamos.

El TACRC ha ofrecido en los últimos años un tratamiento jurídico diverso a estas interrogantes, de modo que inicialmente consideró que en el caso de las empresas de un mismo grupo no cabía hablar, en puridad, de integración de solvencia con medios externos. Más recientemente ha superado su posición, en los términos que después explicaremos.

Efectivamente, la Resolución 167/2019, de 22 de febrero, fue terminante en estas cuestiones. Se ventiló un caso en el que se había acordado la exclusión del licitador recurrente porque éste había declarado en el DEUC que no acudía a la solvencia de ninguna entidad externa para luego, en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, en el ánimo de acreditar su solvencia, se apeló a los medios de otra sociedad que le pertenecía al 100%. El órgano de contratación lo apreció como contradictorio con el DEUC y por ello inadmisibile, considerando que no podía entenderse acreditado el cumplimiento de los requisitos de solvencia.

Frente a ello, la recurrente excluida defendía que la sociedad en la que basaba su solvencia no era un medio externo, al ser propietario del 100% de su capital, argumentando que esa fue la razón por la que manifestó en el DEUC que no acudía a medios externos. Subsidiariamente alegó que el órgano de contratación debió, en todo caso, conceder plazo para subsanar el DEUC en ese punto.

“le corresponderá garantizar que las reglas que fije estén relacionadas con el objeto y la finalidad del citado contrato y sean proporcionadas a éstos”».

Ante dicho conflicto el TACRC asume los planteamientos de la recurrente, y argumenta que *“si bien la otra mercantil con la que completa su solvencia es efectivamente una persona jurídica distinta, no cabe desconocer que el hecho de que la recurrente sea titular del 100% de su capital determina la existencia de un control total sobre la misma y, en consecuencia, una única voluntad social”*, y bajo tal premisa señala que *“esto constituye fundamento para la tesis de que los medios de la filial no son realmente medios externos a la licitadora, sino verdaderamente propios de la misma; o al menos para considerar acreditada la disponibilidad de dichos medios”*.

Se adicionan otros dos argumentos. Por un lado, se atiende al paralelismo con los encargos a medios propios, aludiendo a uno de los requisitos para ser medio propio –que el poder adjudicador ejerza sobre aquélla un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios–, entendiendo que, *mutatis mutandis*, esto mismo sucedería en el caso enjuiciado. Se invoca también la regulación de la clasificación del artículo 79 de la LCSP, cuando establece un régimen específico para las entidades pertenecientes a un grupo empresarial, el cual permite, a efectos de apreciar la solvencia de una de ellas, tener en cuenta a las sociedades pertenecientes al grupo, siempre que se acredite que tiene efectivamente a su disposición los medios de aquéllas para la ejecución de los contratos durante los plazos de vigencia de dicha clasificación. No obstante, la propia Resolución reconoce que ese régimen específico de los grupos de empresas no se contempla en el artículo 75 en sede de integración de solvencia.

Apostilla y concluye la glosada Resolución 167/2019 que, con fundamento en lo precedente, *“debe considerarse que los medios de la filial participada al 100% no son verdaderamente externos de la entidad licitadora sino propios de la misma. Desde esta perspectiva, no habría error en el DEUC y la recurrente no lo estaría modificando en el trámite del art. 150.2 LCSP”*.

A mayor abundamiento, se sigue argumentando –a efectos puramente dialécticos– que incluso si se considerase que hay error en el DEUC –en la hipótesis de considerarlos como medios externos del artículo 75 de la LCSP–, debiera calificarse como un error subsanable, procediendo –se dice– el trámite de subsanación para que se acreditara la solvencia por los medios de la sociedad filial⁴.

⁴ La Resolución 167/2019 en este punto se expresa según el siguiente tenor literal: *“ante cualquier duda a este respecto lo procedente era otorgar trámite de subsanación, como pretende el recurrente. En efecto, es*

La Resolución 826/2024, de 27 de junio, del TACRC, contradice la tesis que acabamos de exponer. En este caso, el órgano de contratación defendía su acto recurrido al amparo de la anterior doctrina, en el entendido de que, como se estaba en presencia de un compromiso de medios con una empresa perteneciente al mismo grupo que la adjudicataria, no podía considerarse una integración de solvencia con medios externos. Por esta razón no se estimó aplicable el artículo 75 de la LCSP. La Resolución 826/2024, empero, no comparte el alegato, y opone como principal argumento la evolución jurisprudencial del tratamiento de los grupos empresariales y de las relaciones entre las sociedades que lo integran, tomando como referencia la conocida Sentencia 695/2015, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, de 11 de diciembre (rec. 2141/2013), pionera en la doctrina de las “*ventajas compensatorias*”, como señala MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA⁵.

La novedosa doctrina de las “*ventajas compensatorias*” subvierte la idea de la “*única voluntad social*” de las sociedades de un mismo grupo empresarial, que había servido de basamento, como hemos visto, a la Resolución 167/2019. Las “*ventajas compensatorias*” tienen como corolario la posibilidad de que tanto la sociedad dominante como sus administradores puedan incurrir en responsabilidad por los perjuicios que ciertas instrucciones impartidas desde la sociedad matriz puedan causar a la sociedad dependiente, sobre la base de que el interés de la sociedad filial es autónomo aunque

pacífico que se puede subsanar tanto el DEUC (art. 81.2 RGLCAP, 27.1 del RD 817/2009, de Desarrollo Parcial de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, o la Recomendación de la JCCA de 26 de noviembre de 2013 citada por el recurrente), como el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, de acuerdo con varias resoluciones de este Tribunal como las 439/2018, 582/2018 o 747/2018, alegadas por el recurrente. Por tanto, si el órgano de contratación consideraba que no se acreditaba suficientemente la solvencia, debió conceder dicho trámite, sin que a ello quepa oponer el principio de inmodificabilidad de la oferta porque, en sentido estricto, el DEUC no es propiamente parte de la oferta, sino un medio de simplificar la tramitación, aunque sí forma parte de la proposición ya que sólo tendrá que acreditar la solvencia (y demás requisitos de aptitud) el licitador propuesto como adjudicatario. Así pues, aun en el caso de que se considerase que efectivamente hubo error en el DEUC, debió concederse trámite de subsanación y permitirse acreditar la solvencia por los medios de la filial”. Como apoyo de su posicionamiento, cita y transcribe parcialmente la sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª) de 10 octubre de 2012.

⁵ “Sin duda el valor jurídico de la resolución judicial que comentamos reside en la profundización en la doctrina de las «*ventajas compensatorias*», desconocida en el Derecho societario español hasta que se redactó el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 30 de mayo de 2014”. Pablo Martínez-Gijón Machuca. La responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades: reflexiones en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015. LA LEY mercantil, Nº 26, Sección Empresa y empresario, Junio 2016. LA LEY 4281/2016

matizado por el “*interés del grupo*”. Como señala MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, “*el interés de la filial no se diluye en el «interés del grupo», ya que el administrador de la filial siempre ha de contar con su propio ámbito de autonomía de decisión y no tiene una «obediencia debida» a las instrucciones que parten de la sociedad matriz*”. En palabras de la referida Sentencia 695/2015 (F.D. 3): “*la integración de la sociedad en un grupo societario, incluso aunque lo sea en concepto de sociedad filial o dominada, no supone la pérdida de su identidad y autonomía. La sociedad filial no solo conserva su propia personalidad jurídica, sino también sus concretos objetivos y su propio y específico interés social, matizado por el interés del grupo, y coordinado con el mismo, pero no diluido en él hasta el punto de desaparecer y justificar cualquier actuación dañosa para la sociedad por el mero hecho de que favorezca al grupo en que está integrado*”.

La Resolución 826/2024 traslada la filosofía subyacente en esa doctrina al ámbito de la integración de solvencia entre las sociedades de un mismo grupo empresarial. En la medida que no hay una identificación total de intereses, se niega la voluntad única de todas las sociedades del grupo, y, por tanto, debe rechazarse “*que la integración de solvencia entre sociedades de un grupo pueda llevarse a cabo de forma automática y ajena a las reglas de integración de solvencia*”. Será de aplicación, en consecuencia, el régimen del artículo 75 de la LCSP y preceptos concordantes.

Matiza también que la regla especial prevista para los grupos empresariales en el artículo 79 de la LCSP (en sede de clasificación) no es trasladable para la integración de la solvencia del artículo 75, porque aquel “*no resulta de aplicación a los efectos de acreditar la clasificación requerida en un contrato concreto, sino que se inserta en el procedimiento para obtener una determinada clasificación*”.

Esta doctrina se ha consolidado en la posterior Resolución 992/2024, de 31 de julio, del TACRC. Se trataba de un supuesto en el que el licitador propuesto como adjudicatario aportaba, en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, el DEUC de las empresas de su mismo grupo de las que se servía para completar su solvencia (sin haberlo advertido previamente en el momento de presentación de proposiciones). En particular, se exigía en el Pliego estar en posesión de una determinada certificación, que sólo poseía una de las empresas del grupo.

La Resolución nos recuerda, en primer término, la doctrina sobre la naturaleza del DEUC y su subsanabilidad, condensando lo que al respecto se había dispuesto en la

Resolución 115/2024, de 1 de febrero⁶, del TACRC, y concluye que la subsanación se reduce a los supuestos en que se haya producido un error manifestado en el incumplimiento de las condiciones de aptitud, *“puesto que no puede pensarse que un licitador va a concurrir a un procedimiento de licitación, con el coste que ello supone, cuando no reúne los requisitos para contratar que le sean requeridos”*. No es admisible, sin embargo, la subsanación, *“en los supuestos en los que la declaración del licitador vulnera el principio de libre competencia, otorgándole, incluso hipotéticamente, una ventaja ilegítima”*, produciéndose ésta cuando se acude *“a las capacidades de terceros en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP cuando en el DEUC no se ha manifestado este extremo”* y ello porque, de ser así, se estaría permitiendo *“completar los requisitos de aptitud que se le requieren con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de proposiciones”*, a diferencia del resto de licitadores, que tuvieron que contar con ese auxilio de solvencia antes de la finalización de dicho plazo, situándose así en situación de desventaja.

Por otro lado, la Resolución 992/2024 reconoce expresamente que *«en el pasado hemos considerado que la insubsanabilidad de declaraciones que involucran a terceros en la integración de la aptitud para contratar de un licitador cedía en los supuestos de grupos de empresas, precisamente porque existiría en estos casos una suerte de “voluntad social única” que convertiría a la sociedad participada, de alguna manera, en un medio propio de la licitadora dominante»*, pero, en línea con la posición fijada en la Resolución 826/2024 antes vista, se apunta definitivamente que *“esta solución debe ser superada, en una recta comprensión de la consideración legal de las relaciones que se entablan en el seno de un grupo de sociedades, que en modo alguno presuponen (más bien todo lo contrario) la existencia de una voluntad societaria única”*.

⁶ *“a) El DEUC debe considerarse un requisito formal que sustituye, en la fase inicial del procedimiento de licitación, la acreditación por los licitadores de su aptitud para contratar, y que ha venido a sustituir las declaraciones responsables (Resolución 1278/2019, de 11 de noviembre). No forma parte de la oferta, sino de la proposición. b) Como regla general, el DEUC es subsanable, al tratarse, como hemos dicho, de un simple medio de constatación provisional de las condiciones de los licitadores para participar en la adjudicación y, porque, como dijimos en la Resolución 3/2024, de 11 de enero, no tiene mucho sentido que quien pretende participar en un procedimiento declare que no cumple con las condiciones de aptitud para contratar exigidos en los pliegos. Solo cuando los errores en la cumplimentación del DEUC comprometen el principio de competencia, otorgando al licitador que incurre en esta circunstancia (o que falsea la realidad con su declaración) una ventaja ilegítima, hemos considerado que no es procedente la subsanación de la declaración original. Así lo hemos afirmado, específicamente, cuando en el DEUC no se especifica que el licitador va a recurrir a las capacidades de terceros para integrar su solvencia y de las circunstancias de aquel no se puede considerar que, al realizar tal afirmación, el recurrente haya incurrido en un error”*.

Finalmente, cobra especial taxatividad la conclusión de la Resolución 992/2024, de suerte que *“la pertenencia a un grupo de sociedades no constituye una excepción a la regla general (...) que sanciona con la exclusión la pretensión de completar las condiciones de aptitud exigidas en los pliegos con ocasión de la aportación documental prevista en el trámite del artículo 150.2 de la LCSP, cuando en el DEUC se ha consignado la voluntad del licitador de no integrar su aptitud para contratar recurriendo al concurso de terceros”*.