

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 19 de diciembre de 2018.

VISTA la Reclamación interpuesta por Doña. M.S.P.P. en nombre y representación de la mercantil Endesa Energía S.A.U., contra su exclusión del procedimiento del contrato de “Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión a varios puntos de suministro de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.”, expte: 018/118/2, convocado por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A., este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- El anuncio de licitación enviado al DOUE el 20 de septiembre de 2018, se publicó en la PLCSP el día 24 de septiembre de 2018 y, el mismo día, en la página web de EMT. 2.- Que de conformidad con el Apartado G.2 del Anexo 1 del Pliego de Condiciones Generales, en cuanto a la acreditación de la solvencia técnica por los licitadores, se exigía lo siguiente: *"Se deberán aportar las cuentas anuales del último ejercicio finalizado y, en su defecto, de las correspondientes al último ejercicio cuyo período de presentación haya finalizado, inscritas en el Registro Mercantil, considerándose solvente si el importe del Patrimonio Neto es superior al 50% del capital social de la sociedad. "*

Endesa presentó las cuentas del año 2017, que no cumplen con el requisito exigido pues su patrimonio neto es negativo y, por lo tanto, inferior al 50% del capital social, *"Se deberán aportar las cuentas anuales del último ejercicio finalizado y, en su defecto, de las correspondientes al último ejercicio cuyo período de presentación haya finalizado, inscritas en el Registro Mercantil, considerándose solvente si el importe del Patrimonio Neto es superior al 50% del capital social de la sociedad."* Apartado G.2 Anexo I "Cuadro de características específicas" del PCAP. Como consecuencia de este incumplimiento es excluida del procedimiento de licitación.

Segundo.- En su escrito de reclamación Endesa Energía S.A.U alega que *"En fecha 22 de diciembre de 2017, tal y como se refleja en las cuentas anuales de Endesa correspondientes al ejercicio 2017, así como en el informe de auditoría que se acompaña como Documento adjunto número 3, Endesa Energía S.A.U. firmó un préstamo participativo con Endesa Filiales, S.A.U., por importe de 140.000.000€ (ver página 55 del informe de auditoría), con objeto de reequilibrar el Patrimonio Neto de Endesa Energía S.A.U., resultando así un Patrimonio Neto Positivo a efectos mercantiles superior al 50% del capital social."*

Añade que en este punto es necesario indicar que el préstamo participativo es un instrumento financiero que se considera patrimonio neto a efectos mercantiles, siendo una medida de financiación, que afecta a la integración patrimonial de la prestataria, e impide la disolución o en su caso reducción de capital por pérdidas, siendo un vehículo financiero que permite de forma eficaz conseguir reequilibrar el patrimonio de la entidad, al incrementar el patrimonio neto.

Se trata pues de un instrumento financiero que mercantilmente representa participaciones en el capital o fondos propios de entidades, aunque contablemente tenga la consideración de pasivo financiero.

En este sentido, para determinar el patrimonio neto a efectos mercantiles en el procedimiento de contratación pública, se debe partir de la cifra de patrimonio neto contable y realizar el siguiente ajuste: - Con signo positivo: los préstamos participativos (que figuran como pasivo en el balance)"

Tercero.- Con fecha 15 de noviembre de 2018 se notifica a Endesa la exclusión del procedimiento y en fecha 5 de diciembre tiene entrada en el registro de este Tribunal su reclamación en materia de contratación.

El día 11 se remite el expediente y se recibe informe del órgano de contratación el 12 de diciembre.

Cuarto.- A tenor del artículo 82.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, no se da traslado del recurso a otros licitadores pues no cabe tener en cuenta más que las alegaciones y pruebas del recurrente y la Administración sobre una cuestión meramente de interpretación jurídica.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La reclamante está legitimada de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 102 de la LCSE, *“podrá interponer la correspondiente reclamación toda persona física o jurídica cuyos derechos o intereses legítimos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados por las decisiones objeto de reclamación”* al ser licitadora al contrato objeto de la reclamación.

Se acredita asimismo la representación con que actúa el firmante de la reclamación.

Por la reclamante se ha presentado ante la entidad contratante el anuncio previo de su propósito de interponer la reclamación en los términos previstos en el artículo 104.1 de la LCSE, en fecha 5 de diciembre

Segundo.- Respecto del plazo de interposición de la reclamación, se efectúa dentro de los 15 días hábiles previstos por la norma, desde la notificación de la exclusión. Se notifica el 15 de noviembre mediante escrito de fecha día 6 del Director Gerente de la EMT.

Tercero.- El acto impugnado es un acto de trámite cualificado susceptible de esta reclamación y que concierne a una Entidad comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales (LCSE), que a tenor del apartado 1 de la Disposición adicional segunda de la misma tiene la consideración de entidad contratante, a efectos de su artículo 3, cuando se trate de las actividades a que se refiere su artículo 7, circunstancia que concurre en el presente caso. Igualmente Endesa, como participante en el procedimiento, tiene legitimación directa para la interposición de la reclamación.

El valor estimado del contrato es de 9.937.440,89 euros (B.O.C.M. de 5 de octubre de 2018), incluidas prórrogas y posibles modificaciones, por tanto por encima del contrato sujeto a regulación armonizada.

Cuarto.- De conformidad con lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación con el artículo 46 de la LCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver la presente reclamación.

Quinto.- El litigio se circunscribe a una cuestión de derecho. La *“quaestio iuris”* es, como se reseña en antecedentes si el préstamo participativo con Endesa Filiales, S.A.U., por importe de 140.000.000 € sirve para reequilibrar el Patrimonio Neto de Endesa Energía S.A.U., resultando así un Patrimonio Neto Positivo superior al 50% del capital social, y, por ende, da cumplimiento a la exigencia del PCAP en cuanto a la solvencia económica, que requiere: *“Se deberán aportar las cuentas anuales del último ejercicio finalizado y, en su defecto, de las correspondientes al último ejercicio cuyo período de presentación haya finalizado, inscritas en el Registro Mercantil, considerándose solvente si el importe del Patrimonio Neto es superior al 50% del capital social de la sociedad”*.

Para la Entidad reclamante los “*préstamos participativos*” tienen la misma consideración que cualquier otro fondo propio de las Entidades, tal y como muestra su tratamiento fiscal.

Por su parte el órgano de contratación argumenta que: *“Conforme a lo dispuesto en el art. 20.d. 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, el préstamo participativo debe ser considerado como patrimonio neto a los efectos de evitar una reducción de capital o la liquidación de la sociedad previstas en la legislación mercantil, es decir, con la finalidad de evitar la disolución de la sociedad, siendo estos los únicos supuestos de aplicación”.*

En el artículo 87.1.c.) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (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 EMT 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”.*

El precepto legal hace referencia a la posibilidad de establecer como criterio acreditativo de la solvencia económica, la exigencia de una determinada cuantía del patrimonio neto sin especificar que se trate de un patrimonio neto calculado en términos mercantiles. Si el legislador hubiera pretendido algo así lo hubiese previsto expresamente, por lo que cabe presumir que la referencia al patrimonio neto en la

LCSP debe entenderse al reflejado contablemente en las Cuentas Anuales de la Sociedad, y el que reflejan las cuentas de Endesa del ejercicio 2017, es negativo”

Debe añadirse que Endesa recibió requerimiento de subsanación enviado por EMT a esta sociedad, y aportó las cuentas del ejercicio 2017, a pesar de que dicho escrito se explicitaba que el Patrimonio Neto de las cuentas debía ser superior al 50% del capital social, para entender cumplido el requisito de solvencia económica establecido en el Apartado G-2 del Anexo 1 del pliego de condiciones.

A tal efecto, el licitador podría haber aportado para acreditar su solvencia económica, el Anexo VI del pliego de condiciones, debidamente cumplimentado, para integrar la solvencia de la que carecía dado su patrimonio neto negativo, en aplicación de lo establecido en el artículo 75 de la LCSP”.

El artículo 87.1.c) de la LCSP efectivamente establece como uno de los medios de acreditar la solvencia económica y financiera del empresario el “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*”.

Curiosamente, el umbral elegido (el 50% del capital social de la empresa) es aquél que determina que la sociedad se encuentre incurso en causa de disolución, si no lo excede. El artículo 363 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, expresa que:

“1. La sociedad de capital deberá disolverse:

(...) e) Por pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o se reduzca en la

medida suficiente, y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso”.

Es decir, el umbral de solvencia económica y financiera elegido es aquél por debajo del cual la sociedad se encuentra incurso en causa de disolución.

Precisamente por este tema de la solvencia, la cuestión discutida ha sido resuelta en Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 18 de abril de 2018, Sentencia núm. 627/2018, Recurso de casación núm. 2843/2015, Id Cendoj: 28079130042018100187. En la misma se trata la revocación de la clasificación de una empresa para ser contratista de la Administración por quedar el patrimonio neto por debajo del umbral del 50 por 100 del capital social y resultar por ello insolvente.

El Tribunal Supremo admite a efectos de negar esa circunstancia y acreditar su solvencia y clasificación que se sume al capital un préstamo participativo del que la sociedad era beneficiaria, haciendo suya la argumentación del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencia dictada el 16 de julio de 2015, recurso nº 593/2014, que decía:

“En efecto, conforme a la legislación antes transcrita, el mantenimiento de la solvencia económica y financiera de las sociedades mercantiles a los efectos que nos ocupa exigirá la acreditación de que el importe de su patrimonio neto, según el balance de las cuentas anuales aprobadas y presentadas en el Registro Mercantil correspondientes al último ejercicio finalizado, y, en su defecto, de las correspondientes al último ejercicio cuyo período de presentación haya finalizado, supere el importe mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución. Por su parte, el artículo 363 del Real Decreto Legislativo 1/2010, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, establece las causas de disolución de dichas sociedades, mencionando en el apartado e) las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social. Finalmente, 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 señala en su apartado d) que ‘os préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil’.

De los documentos obrantes en autos se deduce que la recurrente no está incurso en causa de disolución por haber quedado el patrimonio neto reducido a una cantidad inferior a la mitad del capital social, dada la existencia de un préstamo participativo, que, conforme a la normativa mencionada, ha de considerarse como patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de las sociedades.

Por tanto, la Administración debió tomar en consideración dicho préstamo participativo a la hora de cuantificar el patrimonio neto de la mercantil Daorje S.L., y de haberlo hecho así comprobaría que la actora reúne los requisitos de solvencia económica y financiera que le permitirían haber renovado su clasificación, al no estar incurso en causa de disolución por cuanto que su patrimonio neto es superior al 50% del capital social”.

El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación de la Abogacía del Estado:

“La argumentación de la sentencia es ajustada a derecho pues considera acertadamente que el préstamo participativo debió ser computado por la Administración para la determinación del patrimonio neto de la sociedad contratista y a efectos de determinar su situación de solvencia económica y financiera, existiendo una previsión legal que sustenta esa conclusión, concretamente el artículo 20.1 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 señala en su apartado d) que "los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil". Y esta previsión no puede ceder antes las consideraciones interpretativas que alega la Administración en su recurso pues el tenor literal del precepto no ofrece duda alguna sobre su alcance.

Si la solvencia económica y financiera de las sociedades mercantiles a efectos de la contratación administrativa exige la acreditación de que su patrimonio

neto supere el mínimo establecido en la legislación mercantil para no incurrir en causa de disolución - artículo 1.a) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo , por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público-, y si el artículo 363 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, contempla como causa de disolución la situación de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, "a no ser que éste se aumente o se reduzca en la medida suficiente", no puede discutirse que esa adecuación del capital social pueda llevarse a cabo por un mecanismo legalmente previsto".

La Abogacía del Estado alega también sobre la falta de solvencia en el caso de la entidad prestamista, consideración en la que no entra el Tribunal Supremo por no haberse planteado en la instancia.

En el presente supuesto, la solvencia del prestamista del préstamo participativo es un argumento más a favor de la admisibilidad del recurso, puesto que el préstamo participativo por 140.000.000 de euros y vencimiento 31 de marzo de 2019, se suscribe con Endesa Financiación Filiales S.A.U., y es Endesa S.A., el accionista único de Endesa Energía S.A.U. De ahí que el propio órgano de contratación señale que no se entiende que a efectos de acreditar la solvencia no acuda al expediente del artículo 75 de la LCSP, que permite integrar la solvencia con medios externos, en el caso los de la propia sociedad matriz, accionista único de la empresa licitadora y de la prestamista.

El propio préstamo participativo, que integra el patrimonio neto legalmente, es muy superior al capital social de Endesa Energía S.A.U., que es de 14.919.000 euros, íntegramente desembolsados por Endesa S.A.

Entendido siempre el "patrimonio neto" en los términos del Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Plan General de Contabilidad (B.O.E. 20/11/2007).

Por todo lo anterior este Tribunal considera que la actuación de la EMT no fue adecuada a Derecho, procediendo la estimación de la reclamación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 101 de la LCSE, en relación al 46 de la LCSP y el artículo 3.2 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid,

ACUERDA

Primero.- Estimar la reclamación interpuesta por Doña. M.S.P.P. en nombre y representación de la mercantil Endesa Energía S.A.U. , contra su exclusión del procedimiento del contrato de “Suministro de energía eléctrica en alta y baja tensión a varios puntos de suministro de la Empresa Municipal de Transportes de Madrid, S.A.”, expte: 018/118/2, convocado por la Empresa Municipal de Transportes de Madrid S.A., en su consecuencia tener por acreditada de forma adecuada y suficiente la solvencia económica y financiera de Endesa Energía S.A.U., en los términos exigidos en la Ley y en los pliegos rectores de la contratación, anulando su exclusión del procedimiento de licitación.

Segundo.- Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición de la reclamación por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 106.5 de la LCSE.

Tercero.- Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante

el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 108 de la LCSE.