Sobre la acumulación de las habilitaciones empresariales y profesionales por parte de las empresas que concurren agrupadas a una licitación

Carlos Melón Pardo

Socio de RAMÓN Y CAJAL ABOGADOS

Resumen: la posibilidad de acumular o integrar la habilitación empresarial de los licitadores que participan agrupados en una licitación es objeto de controversias ante los tribunales de recursos contractuales y ante los órganos de la jurisdicción contenciosa, que mantienen, en líneas generales, una interpretación relativamente restrictiva; esta línea de interpretación ha sido objeto de una cierta apertura en dos sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que han sido recurridas en casación; de modo que el Tribunal Supremo será quien zanje de forma definitiva esta cuestión al resolver los recursos. En este trabajo se glosan los precedentes más relevantes y se ofrece la opinión del autor sobre la controversia y sobre cuál debería ser la tesis de los recursos de casación pendientes de resolverse.

Palabras clave: habilitación empresarial, UTEs, acumulación

Abstract: the possibility of cumulating or integrating the qualification of bidders who participate in a tender throughout a non-equity joint venture is the subject of a controversy before the administrative courts of contracting appeals and before the jurisdictional courts, which generally maintain a relatively restrictive interpretation; this line of interpretation has suffered a certain opening in two judgments of the Regulatory Chamber of the National High Court, which have been appealed in cassation, so that the Supreme Court is called to settle this issue definitively when it resolves the appeals. This work examines the most relevant precedents and presents the author's opinion on the controversy and on the thesis to be adopted in the cassation appeals pending.

Key words: consortium of bidders, qualification

1. Planteamiento

Una de las condiciones de aptitud que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) exige a los licitadores (cfr. artículo 65.2) consiste en la posesión de la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la ejecución de la prestación que constituye el objeto del contrato.

Se trata de un requisito adicional a los requisitos digamos comunes para contratar con el sector público -capacidad de obrar, ausencia de prohibición de contratar, solvencia, y, en su caso, clasificación-, que resulta absolutamente imprescindible para la ejecución de determinados contratos, como por ejemplo servicios de seguridad privada, transporte sanitario, certificación técnica, y así un largo etcétera.

Existe una controversia sobre la posibilidad de que las empresas que concurren unidas o agrupadas a una licitación acumulen o integren sus habilitaciones, de modo que sea la agrupación y no cada una de las empresas que la conforman la que reúna el conjunto de habilitaciones precisas para ejecutar la prestación, e, incluso, que empresas que no cuentan con las habilitaciones puedan formar parte de la agrupación de licitadores; todo ello de forma similar a lo que sucede respecto de la solvencia.

Esta controversia ha llegado hasta la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que recientemente ha dictado dos autos en los que admite sendos recursos de casación con objeto formar jurisprudencia interpretativa sobre el artículo 65.2 de la LCSP, y, en particular, sobre los siguientes extremos: ¿deben todos los licitadores que concurren agrupados a la licitación contar con la habilitación empresarial o profesional exigida? ¿se puede eximir del cumplimiento de este requisito a los licitadores que vayan a llevar a cabo tareas accesorias o complementarias? ¿cuál es el alcance del artículo 65.2 de la LCSP, y cuál es la relevancia de su diferenciación con los criterios de solvencia a efectos de la posible extensión de la habilitación empresarial o profesional a terceros?

Se trata de una cuestión trascendental, por dos razones: la primera es que no existe hasta la fecha jurisprudencia sobre el artículo 65.2 de la LCSP, por lo que las sentencias que resuelvan los recursos de casación fijarán por vez primera la doctrina legal interpretativa de este precepto, respecto de aspectos muy relevantes de su regulación, que son los que se acaban de identificar.

Y la segunda razón es que la jurisprudencia que se forme afectará de modo esencial a la forma de licitar aquellos contratos para los que se exija una habilitación específica, con impacto directo sobre los principios esenciales de la contratación pública, en particular la concurrencia y la (mayor o menor) apertura de las licitaciones a la competencia, así como el acceso de las pequeñas y medianas empresas a la contratación pública.

El objeto de este trabajo es analizar esta cuestión, partiendo de la regulación vigente en la materia y con el foco sobre el criterio de los tribunales administrativos de recursos contractuales y de los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa; y también efectuar un breve comentario (a modo de mera reflexión personal, y sin ánimo de hacer futurología) sobre cuáles creo que deberían ser las líneas esenciales de la jurisprudencia que se forme sobre el artículo 65.2 de la LCSP.

2. La regulación de la habilitación empresarial o profesional en la LCSP

El referido artículo 65.2 de la LCSP es sencillo en su literalidad¹: *“los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato”*.

Se trata de una exigencia que es -en cierta medida- superflua, puesto que la exigencia de contar con esta habilitación es en el fondo ajena a la LCSP, porque vendrá impuesta, en cada caso, por las normas singulares que disciplinan el ejercicio de las actividades que están sometidas a una autorización o habilitación específica.

En este sentido, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 9 de noviembre de 2020 [ECLI:ES:TSJMU:2020:2232] afirma, con buen criterio, que se trata de un requisito extraño a los pliegos, en el sentido de que no es necesario que los pliegos lo exijan, porque ya lo hace la regulación.

¹ En términos muy similares a la LCSP se pronuncia el artículo 12.2 de la Ley Foral 2/2018, de 13 de abril, de Contratos Públicos: *“quien licite deberá contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato”*.

Cito la sentencia: “*dicha habilitación constituye un requisito exigible por normativa ajena a la contractual, configurándose como un requisito normativo de aptitud sin el cual el licitador no puede ejecutar las prestaciones objeto del contrato. Es decir, no es el pliego el que exige dicha habilitación, sino la normativa sectorial que regula la actividad objeto del contrato de modo que, lo estableciera o no el pliego, dicho requisito de aptitud sería exigible para poder ejecutar el contrato*”.

Es por ello por lo que los pliegos sólo podrán referirse a las habilitaciones que sean imprescindibles para la ejecución de la prestación², esto es, el pliego no puede ir más allá de la regulación sectorial, precisamente porque es ésta la que, en última instancia, impone el requisito.

De hecho, la referencia explícita a la habilitación empresarial o profesional se introdujo por primera vez por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público³, cuyo artículo 43.2 (idéntico al artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) tiene el mismo tenor literal del artículo 65.2 de la LCSP, con el solo matiz de que la ley actual sustituye el término *empresarios* empleado en las dos primeras leyes por el término *contratistas*.

En cuanto a la caracterización del requisito, es importante poner de manifiesto que no se trata de una condición de solvencia, sino más bien de capacidad, puesto que la posesión de la habilitación necesaria es un requisito imprescindible para llevar a cabo la prestación, esto es, para desarrollar la actividad objeto del contrato, con independencia de que el operador económico habilitado sea más o menos solvente desde el punto de vista técnico o económico.

² Así, por ejemplo, resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales nº 1165/2021, de 15 de septiembre; esta resolución por cierto califica la habilitación como requisito personalísimo y no susceptible de integración. Luego volveré sobre esto.

³ Como afirma, acertadamente, el informe nº 6/2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, que la ley anterior no exigiera esta habilitación explícitamente no significaba que no fuese exigida como requisito de capacidad técnica por el órgano de contratación, en aquellos contratos en los que alguna norma requiriese para su ejecución alguna habilitación legal. En todo caso, insisto en que no es necesario que la ley sobre contratación público o el pliego impongan esta condición, que vendrá exigida por la regulación sectorial aplicable a la actividad en que consista la prestación.

Estamos, pues, ante una condición previa a la apreciación de la solvencia, que opera como *prius* para la determinación de la aptitud del operador económico, de forma análoga a la capacidad de obrar y a la ausencia de prohibición de contratar, y que es netamente diferente de la solvencia, con la que no puede confundirse.

Dicho de otro modo: un operador económico habilitado puede ser o no ser solvente, en función de las concretas condiciones de solvencia que se exijan; pero, si el operador económico no está habilitado, no tendrá sentido analizar si es solvente o no.

Sobre la naturaleza del requisito de habilitación se pronuncia el conocido informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal nº 1/09, de 25 de septiembre, que subraya que se trata de una condición de legalidad, y no de solvencia, dirigida a asegurar que las entidades del sector público contratan con operadores económicos que cumplen las normas aplicables al ejercicio de su actividad.

Cito el informe: *“la habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito [se trata del artículo 43.2 de la Ley 30/2007] hace referencia más que a la capacitación técnica o profesional, a la aptitud legal para el ejercicio de la profesión de que se trata. Ciertamente las disposiciones que regulan estos requisitos legales para el ejercicio de actividades empresariales o profesionales tienen en cuenta para otorgársela que el empresario en cuestión cuente con medios personales y técnicos suficientes para desempeñarlas, pero esta exigencia se concibe como requisito mínimo.*

Por el contrario, cuando la Ley de Contratos del Sector Público habla de solvencia técnica o profesional, por regla general lo hace pensando en la necesidad de acreditar niveles de solvencia suficientes para la ejecución del contrato en cuestión, que por regla general serán superiores a los exigidos para simplemente poder ejercer profesión de forma legal.

En consecuencia, el título habilitante a que se refiere el apartado 2 del artículo 43 citado es un requisito de legalidad y no de solvencia en sentido estricto. Lo que pretende el legislador al exigirlo es evitar que el sector público contrate con quienes no ejercen la actividad en forma legal”.

El informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid nº 6/2010, de 21 de diciembre, en la misma línea, califica la habilitación como requisito mínimo de aptitud, o de “capacidad de obrar administrativa específica”.

En este informe, además, se aboga abiertamente por la posibilidad de admitir la integración de la habilitación empresarial o profesional a través de medios externos, y, en particular, con base en la habilitación poseída por otra empresa del grupo del licitador; esto merece un comentario más profundo, que se hará después.

La esencialidad de la habilitación como condición de aptitud esta fuera de toda duda, más allá de su exigencia en el artículo 65.2 de la LCSP, porque el artículo 39.2 a) de la misma ley califica la falta de habilitación como motivo de nulidad del contrato, al igual que la falta de la capacidad y de la solvencia, y que el hecho de estar incurso el adjudicatario en una prohibición para contratar con el sector público.

En fin: este requisito consiste en una condición necesaria pero no suficiente para poder participar en la licitación de contratos cuyo objeto consista en el desarrollo de actividades reguladas, para las que se exija una habilitación específica, que puede revestir la forma de autorización sectorial, acreditación, homologación o cualquier otra; lo relevante es que sea imprescindible para el ejercicio lícito de la actividad en que consiste la prestación, y que venga exigida por una norma de carácter imperativo y vinculante.

Es muy difícilmente mejorable la definición de AGÜERAS ANGULO⁴: *“parece un hecho incontrovertido que nos encontramos ante una condición de aptitud para contratar (junto con las de capacidad, solvencia y no incursión en prohibiciones de contratar), que supone una concreción de la capacidad de obrar en determinados contratos en los que es legalmente exigible tal habilitación específica para su ejecución”*.

Por lo demás, la LCSP se refiere a la habilitación empresarial o profesional en el artículo 79, apartado 2, en el que indica que, para proceder a la clasificación de un empresario, es preciso que éste acredite estar legalmente habilitado para realizar la correspondiente actividad; y en el artículo 96, que alude a la habilitación como una de las circunstancias que pueden inscribirse en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público, al igual que el artículo 339.1 c).

⁴ Tomo prestada la cita de la entrada en el blog de Pedro Corvinos: *Habilitación empresarial o profesional: ¿exigible al licitador o al contratista?*, publicada el 1 de agosto de 2022.

El artículo 131.3 de la LCSP, por su parte, establece que los contratos menores podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

En el mismo sentido se pronuncia el artículo 321.2 a) respecto de la adjudicación de los contratos de las entidades del sector público que no tienen la condición de poder adjudicador. No hay más referencias a la habilitación en la LCSP.

3. El criterio de los tribunales administrativos de recursos sobre la acumulación de la habilitación empresarial y profesional

La cuestión de la posesión de las habilitaciones necesarias para ejecutar el contrato tiene una singular relevancia en los supuestos en los que concurren a la licitación dos o más empresas agrupadas (a la agrupación de licitadores, en la práctica y en virtud de una especie de metonimia poco rigurosa, se la denomina en la práctica como UTE⁵), porque en este escenario se plantea si todos los licitadores tienen que estar habilitados, y estarlo por completo además -es decir: poseer todas las habilitaciones necesarias-, o no.

La cuestión es muy relevante, porque incide de lleno sobre la configuración de la oferta para concurrir a la licitación, y, por ello, sobre las condiciones de acceso a la licitación, de concurrencia y de competencia por la adjudicación del contrato.

Cuanto más laxa sea la interpretación de la LCSP en este sentido, o, dicho de otro modo, cuanto más se permita acumular e integrar (compartir, en suma) las habilitaciones, más abierta estará la licitación a la competencia entre distintos operadores económicos, en la medida en que no todos ellos tendrán necesariamente que cumplir con el requisito de poseer la habilitación, o, al menos, poseerla en su totalidad. Por el contrario, si el requisito de habilitación empresarial o profesional se exige estrictamente, serán menos los posibles licitadores, puesto que cada uno de ellos deberá cumplir por sí solo con la habilitación que sea necesaria. El impacto sobre el mercado de las licitaciones salta a la vista.

⁵ La denominación está muy extendida, pero no es correcta, porque la unión temporal de empresas entre los miembros de la agrupación de licitadores sólo se constituye en caso de adjudicación del contrato, como prevé el artículo 69.1 de la LCSP, y no antes.

Voy a referirme a la doctrina de los tribunales de recursos contractuales sobre la cuestión de la acumulación e integración de la habilitación empresarial o profesional. Estos tribunales han mantenido tradicionalmente la tesis de que no es posible acumular ni integrar la habilitación, o, dicho de otro modo, que todos los licitadores que concurren agrupados deben poseer, individualmente, la habilitación requerida; y ello con la única excepción (que sólo se expresa en algunos pronunciamientos, por cierto) de que la habilitación se requiera, en exclusiva, para llevar a cabo una parte de la prestación con sustantividad propia y fácilmente separable de la actividad principal.

Ésta es, desde luego, la posición digamos clásica del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (TACRC). Es un buen ejemplo la resolución nº 1099/2021, de 9 de septiembre, que desestima el recurso especial en materia de contratación interpuesto contra la decisión de excluir a una agrupación de licitadores del procedimiento destinado a adjudicar un contrato de servicios de redacción de proyecto, dirección facultativa y coordinación de seguridad y salud de unas obras, por no reunir todos sus miembros la habilitación profesional para el ejercicio de la profesión de arquitecto.

La resolución, con cita de otras anteriores⁶, concluye que no cabe aplicar en este supuesto la regla de acumulación propia de la solvencia, porque la habilitación es una condición de capacidad, esto es, de aptitud intrínseca del operador económico para llevar a cabo la prestación, por lo que debe ser cumplida por cada uno de los licitadores, sin perjuicio de que concurren agrupados o en solitario. La verdadera *ratio decidendi* de la resolución está en este punto: al tratarse de un requisito de capacidad, debe ser exigido a todos los licitadores, y no puede acumularse, integrarse, ni compartirse.

En particular, la resolución afirma que “*esta regla general [se refiere a la acumulación de la solvencia⁷] no puede extenderse al caso en el que lo exigido es un requisito para poder contratar con la Administración en función del objeto del propio contrato, que es lo que ocurre en el presente caso con la habilitación legal que se adquiere con la declaración responsable presentada ante el órgano competente*”.

⁶ En particular, las resoluciones nº 79/2018, 622/2016 y 299/2015.

⁷ Para la solvencia está expresamente previstas la integración (cfr. artículo 75 de la LCSP) y acumulación (cfr. artículo 69.6 de la LCSP y artículo 24 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre).

Y en la misma línea añade que *“dado que la habilitación legal exigida es un requisito mínimo para contratar y no un requisito de solvencia, y es un requisito sin el que no cabe realizar la actividad objeto del contrato, dicho requisito habrá de concurrir en cada una de las empresas”*.

La diferenciación entre habilitación (como rasgo de capacidad) y solvencia es la clave en la que se basa el TACRC para afirmar el carácter personalísimo y no integrable de aquélla; dice la resolución nº 1165/2021, de 15 de septiembre, antes citada:

“Es [la habilitación] un requisito de aptitud distinto a la solvencia y que, al contrario que esta, no cabe integrarlo con medios externos, siendo un requisito personalísimo, que únicamente puede exigirse respecto a aquellos requisitos que resulten imprescindibles para el legal ejercicio de la actividad objeto del contrato”.

En cuanto a los pronunciamientos del TACRC que admiten la posesión de la habilitación por una sola de las empresas agrupadas para licitar, siempre que se trate de una exigencia limitada a una parte separable de la prestación, podemos citar la resolución nº 113/2022, de 27 de enero, sobre un contrato de servicios de notificación certificada, que tenían que llevarse a cabo por un prestador de servicios de confianza.

Dice esta resolución: *“resulta que a pesar de la unidad contractual (justificada en la memoria porque se licita a nivel nacional para tratar de homogeneizar el servicio para lograr una mejor operatividad y una reducción de costes y aprovechar las economías de escala que se pueden generar), lo cierto es que como se describe en el PPT en su apartado 3º, denominado “Alcance del servicio”, el contrato objeto de este procedimiento de adjudicación contiene varias prestaciones cuya ejecución puede separarse y que, desde luego, no requieren su realización todas ellas por un prestador de servicios de confianza cualificado”*.

Es el carácter separable de las prestaciones el que permite discernir entre las actividades para cuya prestación es necesaria la habilitación y las que no exigen habilitación, de modo que en estos supuestos sí cabe que no todos los miembros de la agrupación de licitadores estén habilitados, ya que bastará con que lo estén aquéllos que vayan a llevar a cabo las actividades de la primera categoría. No obstante, este carácter separable no está definido en términos generales y objetivos, sino que parece que debe apreciarse en cada caso, en función del objeto del contrato, sin que existan pautas claras.

Esta resolución se remite a una de las resoluciones cuya impugnación ha dado lugar a los autos de admisión de recursos de casación que comentaré luego: se trata de la resolución nº 1185/2020, de 6 de noviembre, que resuelve una controversia sobre un contrato de servicios de verificación de interoperabilidad de infraestructuras ferroviarias, para cuya prestación es necesaria la certificación de los prestadores del servicio.

La resolución concluye: *“dado que las prestaciones, pese a su unidad contractual, se irán ejecutando con autonomía e independencia, esto es, existe la posibilidad de ejecución separada y totalmente independiente de las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, posibilita que la UTE resulte adjudicataria del mismo, a pesar de la no acreditación de [se refiere a uno de los miembros de la agrupación de licitadores] como DeBo en el subsistema de infraestructura y energía”*.

En términos prácticamente idénticos se pronunció la resolución del mismo TACRC nº 868/2020, de 31 de julio, que se refiere a una controversia igual. Esta resolución está en el origen del otro recurso de casación admitido recientemente, como se verá más adelante, cuando me refiera a los autos de admisión de los recursos.

Una postura análoga mantiene el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (**TACPCAM**), en su resolución nº 396/2022, de 13 de octubre, que se remite a la resolución nº 378/2022, de 6 de octubre.

El TACPCAM concluye en la primera resolución citada, relativa a la prestación de servicios sociales para los que se exige una habilitación administrativa específica: *“ambas empresas deben estar habilitadas pues no existen diferentes prestaciones, siendo indiferente el hecho alegado por el recurrente de que ambas entidades pertenecen al mismo grupo empresarial”*.

La razón de ser de esta doctrina está, asimismo, en la diferenciación entre la habilitación empresarial o profesional y la solvencia; como dice la resolución del TACPCAM nº 177/2019, de 18 de mayo: *“la habilitación es un requisito de capacidad claramente diferenciado de la solvencia, de modo que se refiere a una autorización administrativa necesaria para desarrollar la actividad objeto del contrato, y pretende garantizar que el órgano de contratación contrata con una empresa que desempeñe legalmente actividad objeto del contrato y que, por lo tanto, puede ejecutarla (...)”*

El criterio mantenido por los tribunales de resolución de recursos contractuales, entre ellas las resoluciones alegadas por los interesados señaladas anteriormente, es que la UTE cumple con el requisito de habilitación si está en posesión de ella el componente que efectivamente va a realizar la prestación sujeta a habilitación”.

Esta misma posición se observa en el informe de la Junta Asesora de Contratación Administrativa del País Vasco nº 2/2015, de 15 de enero, que concluye que una empresa no habilitada para el transporte sanitario podrá licitar agrupada con otras que sí lo estén⁸, pero *“siempre y cuando la intervención de esta última no alcance a ninguna de las actuaciones a las que se refieren tales certificados, limitando su participación a la realización de actividades complementarias que no afecten al objeto directo del contrato cubierto mediante las acreditaciones exigidas”.*

Otros tribunales de contratación se han pronunciado asimismo en contra de la posibilidad de integrar la habilitación profesional con medios de terceros.

Cito por ejemplo la resolución nº 71/2023, de 10 de marzo, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de la Comunidad Autónoma de Canarias: *“tal y como ya se ha pronunciado este Tribunal en resoluciones anteriores (valga por todas, la resolución n.º 077/2020, de 13 de abril), los requisitos de habilitación profesional o empresarial necesarios para la realización de actividades cuya normativa reguladora así lo establezca, constituyen genuinas exigencias de aptitud legal o de capacidad que han de reunir obligatoriamente las empresas para poder concurrir a la adjudicación del citado contrato, de manera que no pueden exigirse como requisitos de solvencia técnica, ya que, al tratarse de unas condiciones personales e intransferibles, tampoco pueden ser integrados con medios externos como ocurre con estos últimos”.*

Las dos ideas centrales en la doctrina de los tribunales de contratación están claras:

⁸ En este informe se basó la adjudicación del contrato en cuestión a la agrupación de licitadores; la adjudicación del contrato fue objeto de un recurso especial, desestimado por la resolución nº 69/2015, de 3 de julio, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales del País Vasco (OARC); la resolución fue objeto de un recurso contencioso-administrativo estimado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco de 30 de noviembre de 2016 [ECLI:ES:TSJPV:2016:3715]. Luego me referiré a esta sentencia, que me parece muy relevante a estos efectos.

(a) la habilitación empresarial o profesional es un requisito de capacidad, no se puede confundir con la solvencia, y por ello tiene una naturaleza personalísima, que impide su acumulación o integración⁹;

(b) en consecuencia con lo anterior este requisito es exigible a todos los miembros de la agrupación de licitadores, salvo en el caso de que el objeto del contrato integre prestaciones separables, la habilitación sea necesaria sólo para ejecutar alguna de ellas, y esta prestación vaya a ser ejecutada por un operador económico expresamente habilitado.

4. El criterio de los órganos jurisdiccionales sobre la acumulación de la habilitación empresarial y profesional

Existen algunos (no demasiados) pronunciamientos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo al respecto de esta cuestión, y el sentido de estos pronunciamientos no es coincidente, sino más bien lo contrario. Me voy a referir a continuación a las sentencias que considero más relevantes en esta materia, por orden cronológico.

Empiezo por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Valladolid) de 19 de septiembre de 2016 [CLI:ES:TSJCL:2016:3235], que resolvió en apelación¹⁰ el recurso contencioso contra la resolución del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León nº 54/2014, de 31 de julio, que a su vez desestimó el recurso especial contra la decisión de excluir la oferta de una agrupación de licitadores del procedimiento de adjudicación de un contrato de prestación de servicios de transporte sanitario.

⁹ En el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Madrid nº 6/2010, antes citado, se mantiene una tesis más favorable a la posibilidad de acumular e integrar la solvencia, y se concluye que *“el empresario podrá complementar la acreditación de la habilitación empresarial o profesional que precisa para ejecutar el contrato, basándose en la habilitación y medios de una sociedad de su grupo de empresas, por disponer efectivamente de sus medios, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 52, 54 y 56 de la LCSP para la integración de habilitación y solvencia con medios externos”*.

¹⁰ No entiendo cómo fue posible que el Juzgado y no la Sala se considerase competente en instancia, porque la competencia para conocer de los recursos contra las resoluciones de los tribunales de contratación se atribuye a los Tribunales Superiores de Justicia en el artículo 10.1 k) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (**LRJCA**). Misterios de la litigación...

El recurrente alegaba que los servicios que iba a prestar el miembro de la agrupación de licitadores que no estaba habilitado (servicios auxiliares de atención telefónica) no requieren de la habilitación, por lo que ésta no resultaba exigible.

La sentencia desestima el recurso de apelación por entender que esta actividad no se puede separar realmente de la actividad principal objeto del contrato, e insiste en que la habilitación es un requisito de aptitud o capacidad legal, no acumulable. Cito el que creo que es el principal razonamiento de la Sala en este sentido: *“a falta de una descripción más completa de la misma y prueba de este carácter complementario o meramente accesorio, solo nos consta que dicha actividad se integra en lo que se denomina por la parte apelante "call center", que tiene una entidad cuantitativa de entorno al 10 por ciento del conjunto de la actividad a desplegar por la UTE, y que no constituye propiamente el servicio de transporte de enfermos. De estos escuetos datos no puede inferirse que la actividad desarrollada no requiere la autorización de funcionamiento requerida con carácter general, pues deriva de lo establecido en el artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, como un requisito general para el ejercicio de la actividad, habilitante para la misma, y no de mera solvencia técnica”*.

La razón de decidir de la sentencia, en todo caso, parece que es la convicción de que la actividad a desarrollar por la empresa no habilitada requería la habilitación exigida para la actividad principal, o, dicho de otro modo, la falta de convicción de la Sala en cuanto a que esta actividad fuera realmente accesoria y ajena a la habilitación; esta doctrina pone en tela de juicio la tesis de los tribunales de contratación sobre las actividades separables y la posibilidad de no exigir la habilitación para llevar a cabo actividades de este tipo.

También merece un comentario la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del País Vasco de 30 de noviembre de 2016 [ECLI:ES:TSJPV:2016:3715], a la que ya me he referido antes. Esta sentencia corrige el criterio de la Junta Asesora de Contratación Pública del País Vasco y del OARC, y rechaza que el miembro de la unión de licitadores que se dedica a tareas complementarias pueda no estar habilitado (el contrato en liza, de nuevo, tenía por objeto la prestación de servicios de transporte sanitario).

La sentencia es tajante: la Sala tiene en cuenta que el licitador supuestamente dedicado a las tareas complementarias tenía una posición mayoritaria en la agrupación de licitadores, y llega a aludir a la evitación del fraude de ley como una de las razones que conducen a impedir la acumulación o integración de la habilitación empresarial.

Afirma la sentencia: *“sin embargo no debe insistirse demasiado en que ese tipo de participación en la uniones temporales de empresas desnaturaliza el objeto de las mismas, que es el de aunar los esfuerzos y recursos de todas ellas de cara a alcanzar el debido estándar de adjudicación y prestación del servicio, y no el de propiciar que las cualidades técnicas y jurídico-administrativas de empresas menores sean instrumentalizadas para que el contrato sea adjudicado a entidades dominantes que carezcan de ellas, -en lo que constituiría un auténtico fraude de ley-, con mucha más razón si, como apunta la propia codemandada, quién vaya a prestar realmente los servicios de entre ellas puede ser decidido por sus órganos internos con el personal contratado y los medios de quien carece de habilitación”*.

Frente a la tesis ciertamente estricta mantenida por estas dos sentencias, que creo que es más rigurosa incluso que la doctrina de los tribunales de contratación, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional sostiene una tesis más favorable a la acumulación e integración del requisito de habilitación empresarial o profesional, en sus sentencias de 16 de noviembre de 2022 [ECLI:ES:AN:2022:5518] y de 21 de diciembre de 2022 [ECLI:ES:AN:2022:6144]. Estas dos sentencias no son firmes, porque han sido objeto de sendos recursos de casación admitidos y pendientes de resolverse.

Las sentencias son idénticas, y desestiman dos recursos contencioso-administrativos contra dos resoluciones del TACRC que también son idénticas, a las que antes me he referido: las resoluciones nº 868/2020, de 31 de julio, y 1185/2020, de 6 de noviembre; como antes se ha visto, estas resoluciones confirmaron la adjudicación del contrato a una agrupación de licitadores (dos) cuyos miembros no contaban individualmente con todas las habilitaciones necesarias para ejecutar la prestación (consistente en servicios de certificación de la interoperabilidad de infraestructuras ferroviarias), con fundamento en el carácter separable de las actividades objeto del contrato.

La Sala parte de la premisa de que “no estamos ante un contrato cuyo objeto sea una o varias prestaciones concretas”, sino un único servicio; pero corrobora la legalidad de la adjudicación, por entender que la habilitación que no tenía uno de los dos licitadores era residual o de menor importancia, y que, al sí tenerla el otro, la agrupación de licitadores debía considerarse habilitada. De modo que, más allá de las concretas circunstancias del caso, la Sala entiende (o así lo interpreto yo) que el requisito de habilitación es acumulable o integrable, al menos en cierta medida.

Cito las sentencias: *“ambas empresas integrantes de la UTE adjudicataria contaban con habilitación NoBo, es decir con la habilitación para comprobar y verificar el cumplimiento de las especificaciones técnicas de interoperabilidad de todos los subsistemas del contrato y para la emisión de la correspondiente DVI. Siendo esas ETI's la normativa europea de general aplicación. Solo para verificar la normativa nacional complementaria, de excepcional aplicación, una de las entidades tenía habilitación DeBo parcial, para alguno de los subsistemas, pero la otra entidad tenía habilitación para todos los subsistemas. De manera que la UTE cumplía el requisito de habilitación establecido en el artículo 65.2 LCSP”*.

El pronunciamiento (insisto: más allá de las concretas circunstancias del caso, y del peso que hayan podido tener estas circunstancias a la hora de decantar el juicio de la Sala, sobre todo el carácter excepcional de una de las habilitaciones exigidas) es claro en el sentido de que, si uno de los miembros de la agrupación de licitadores -mal llamada UTE- está habilitado de forma integral o completa para ejecutar la prestación, lo estará la agrupación en sí misma; lo cual, aunque no se diga específicamente, supone admitir la acumulación de las habilitaciones, o la integración o comunicación de las habilitaciones entre los distintos miembros de la agrupación de licitadores.

La solución es muy similar a la solución que se ofrece en materia de clasificación de las agrupaciones de licitadores: se exige que todos los miembros estén clasificados de algún modo, pero se permite que las clasificaciones se acumulen y se complementen, a la hora de considerar clasificada a la agrupación de licitadores¹¹.

¹¹ Esta solución tiene base legal explícita, como antes he comentado. En todo caso, existen precedentes que dan un paso más y que permiten que la agrupación integre a empresas clasificadas con otras que no lo están en absoluto, siempre que las empresas clasificadas reúnan por sí solas la clasificación requerida. La resolución del TACRC nº 950/2024, de 24 de julio, afirma en este sentido: *“cabe precisar que la licitadora es la UTE, no cada uno de sus miembros y, aunque todos ellos deban cumplir unos requisitos, respecto de la solvencia, el cumplimiento de la clasificación exigida por una de las integrantes de la agrupación, mientras que la otra carece de clasificación, se estima suficiente a los efectos de dar por cumplida la clasificación, haciendo innecesario acudir al régimen de acumulación”*. Esta solución tiene su fundamento en el artículo 52.2 del RGLCAP, si bien, a mi juicio, la interpretación de este precepto en ese sentido puede no ser correcta, por cuanto el primer apartado del propio artículo 52 exige que todas las empresas que forman la unión de licitadores estén clasificadas. La cuestión merece un artículo aparte...

No cabe duda de que estas dos sentencias de la Audiencia Nacional se apartan (aunque no lo hagan de forma explícita) de los precedentes jurisdiccionales previos, y también de la doctrina de los tribunales de contratación.

Y se apartan en el sentido de flexibilizar (al menos, hasta cierto punto) el rigor con el que se trataba la cuestión de la acumulación e integración del requisito de habilitación de las empresas que licitan agrupadas, para aproximar el estándar de aplicación de este requisito al estándar propio de la solvencia y de la clasificación.

5. La próxima formación de jurisprudencia sobre esta cuestión: los autos de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 24 de abril y 2 de octubre de 2024

Estos dos autos admiten sendos recursos de casación contra las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional a las que acabo de referirme; los autos son prácticamente idénticos en cuanto a su literalidad, por lo que las menciones que haré a continuación deben considerarse comunes.

Los recursos de casación se admiten sobre la base de los supuestos de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia establecidos en el artículo 88 apartado 2 letra a) y apartado 3 letra a) de la LRJCA; esto es, por la contradicción con las sentencias de otros órganos jurisdiccionales (aunque las sentencias de contraste no se identifican en los autos, asumo que se trata de algunas de las que he comentado en el punto anterior) y por la ausencia de jurisprudencia sobre las normas controvertidas, en este caso el artículo 65.2 de la LCSP.

Aunque lo cierto es que los autos no motivan las razones de la concurrencia de estos supuestos en el caso concreto planteado, entiendo que ambos supuestos tienen lugar, dada la divergencia existente en los pronunciamientos jurisdiccionales sobre la posibilidad de acumular o no las habilitaciones (me remito al punto anterior), y la ausencia objetiva de doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sobre la interpretación del referido artículo 65.2 de la LCSP.

La cuestión con interés casacional objetivo sobre la que se considera oportuno formar jurisprudencia es doble, y los autos la definen en estos términos:

“1. Si, exigiéndose en los pliegos rectores de un contrato una determinada habilitación empresarial o profesional, todos los licitadores que concurren en UTE deben contar con las mismas aun cuando se trata de sociedades que en el conjunto de la agrupación realicen actuaciones que puedan ser consideradas accesorias o complementarias; y

2. El alcance y extensión del 65.2 LCSP y su diferenciación con los criterios de solvencia técnica o económica en relación con la posible extensión de dicha solvencia”.

En la fundamentación jurídica de los autos se alude a esta cuestión de una forma que me parece más idónea, porque creo que es más precisa; y, por cierto, no coincide de modo exacto con los términos de la parte dispositiva de los autos, ya que en la fundamentación se formula de un modo algo más amplio, sin referencia a las prestaciones de carácter accesorio o complementario, y con mención expresa de la acumulación (extensión o transmisión) de las habilitaciones:

“... la cuestión litigiosa que se suscita es, si a la vista de lo dispuesto en el artículo 65.2 [de la] LCSP, bajo la rúbrica "condiciones de aptitud", según el cual "los contratistas deberán contar, asimismo, con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de las prestaciones que constituyan el objeto del contrato", la habilitación exigida profesional exigida a los licitadores de un contrato con la Administración Pública para el desarrollo de la actividad que en él se determine, es extensible o transmisible entre los miembros que componen UTE que resulte adjudicataria del contrato”.

En todo caso, el núcleo de la cuestión está claro: el Tribunal Supremo va a interpretar el artículo 65.2 de la LCSP, con objeto de determinar si el requisito de habilitación al que se refiere este precepto puede acumularse o integrarse (extenderse, en términos de los autos) entre los miembros de la agrupación de licitadores, al menos cuando se trate de ejecutar prestaciones accesorias o complementarias; o, dicho de otro modo, si el requisito es exigible en los mismos términos a todos los miembros de la agrupación de licitadores, o no, de modo que en este caso bastaría con que, entre todos los miembros, sumaran las habilitaciones necesarias, aunque algunos miembros no contaran con ellas o con todas ellas.

En cuanto a las normas que serán objeto de interpretación por parte de la Sala, los autos aluden a “*el artículo 65.2 de la LCSP, y los pliegos del contrato en su consideración de ley del contrato*”.

La verdad es que me sorprende que los autos de admisión de los recursos de casación se refieran a los pliegos del contrato dentro de las normas que serán objeto de interpretación por la Sala; los pliegos no son normas, sino actos, y tienen una naturaleza esencialmente relativa, en el sentido de que rigen el contrato singular para el que se aprueban, y nada más, por mucho que sean la “ley particular” del contrato de que se trate, según el conocido aforismo *contractus lex*.

Pienso que puede tener más sentido que la Sala, al pronunciarse sobre el fondo de las controversias a las que se refieren los recursos de casación, lo que tendrá que hacer además de formar la jurisprudencia que corresponda, **tenga será tener** en cuenta no sólo el artículo 65.2 de la LCSP, sino también la forma en que los pliegos de cada contrato regulan particularmente la exigencia de la habilitación empresarial de los licitadores; pero para esto no hace falta, evidentemente, elevar los pliegos a la categoría de norma, ni es precisa una referencia explícita en los autos de admisión de los recursos de casación.

No es fácil determinar en qué momento se dictarán las sentencias (al menos, la primera de ellas) que resuelvan los recursos de casación. Según la herramienta informativa que está disponible en la web del Consejo General del Poder Judicial¹², el tiempo medio es de once meses desde la admisión del recurso, lo que nos llevaría, al menos, hasta el mes de marzo del año que viene; si tenemos en cuenta las últimas sentencias de casación que se han publicado en el Centro de Documentación Judicial, el tiempo que transcurre entre el auto de admisión del recurso y la sentencia es en algunos casos algo inferior a un año, y en otros unos meses superior.

Lo que está claro es que las sentencias, cuando se dicten, aclararán las divergencias que existen en la práctica jurisdiccional en cuanto a cómo interpretar el artículo 65.2 de la LCSP.

¹² Como la estadística es infalible en términos globales pero totalmente equívoca e incierta en cuanto al caso concreto, la herramienta no permite aventurar con exactitud el tiempo en el que se resolverá un litigio determinado.

6. Reflexiones finales

Llegados a este punto sólo me queda (insisto: sin la más mínima pretensión de vaticinar el futuro) ofrecer mi opinión sobre la cuestión a la que se refiere este trabajo, y por dónde creo que debería discurrir la jurisprudencia que se dicte a este respecto.

En cuanto a mi opinión, lo cierto es que, pese a que la cuestión tiene muchos matices, y me parece que cualquier respuesta a la pregunta de si pueden acumularse o integrarse las habilitaciones empresariales o profesionales entre los miembros de la agrupación de licitadores puede discutirse con objeciones sólidas, pienso que es más acertada la tesis favorable a esta acumulación, que es la tesis que, en esencia, sostienen las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que son objeto de los recursos de casación a los que antes me he referido.

Las razones en las que me baso son, sintéticamente esbozadas, las siguientes:

(a) la habilitación empresarial o profesional debe exigirse sólo para la ejecución de las prestaciones que la requieran indiscutiblemente conforme a las normas aplicables a la actividad de que se trate, sin que pueda extenderse a actividades conexas a éstas; desde este punto de vista, se impone una interpretación estricta del alcance de este requisito;

(b) en caso de adjudicación del contrato a la agrupación de licitadores, el contratista será la unión temporal de empresas que se constituya al efecto, la cual, aunque no goce de personalidad jurídica propiamente dicha¹³, sí es una entidad autónoma de las empresas que la conforman, a la que corresponde directamente la ejecución del contrato; creo que esto permite entender que la capacidad de la UTE puede venir integrada por las distintas capacidades de las empresas que la conforman, ya que la UTE es, precisamente, un medio de colaboración empresarial para permitir la suma de capacidades con el fin de ejecutar en común un determinado proyecto;

¹³ Las uniones temporales de empresas, escasamente reguladas pese a su importancia en el tráfico, ocupan un puesto destacado en la categoría de criaturas mitológicas de nuestro ordenamiento jurídico: no tienen personalidad jurídica propia, pero operan en casi todo como si la tuvieran.

(c) no cabe duda de que esta interpretación es la más favorable para fomentar la apertura del mercado de las licitaciones, la competencia y la concurrencia por la adjudicación de los contratos;

(d) esta interpretación es también más adecuada, o puede serlo al menos, a la luz de lo exigido por el principio de proporcionalidad;

(e) el hecho de que la habilitación empresarial o profesional sea personalísima no obsta a que la empresa que integra la UTE pueda ponerla a disposición de la propia UTE a los efectos de ejecutar el contrato; la presencia de la empresa habilitada en la UTE permite entender que el carácter personalísimo se respeta, en la medida en que sea la UTE la que ejecute la prestación con los medios de la empresa habilitada;

(f) la limitación estricta de la participación en las licitaciones a las empresas que estén plenamente habilitadas para el ejercicio de la actividad, y sólo a ellas, puede conducir a escenarios de restricción o limitación de la competencia que es conveniente evitar;

(g) en último término, aunque reconozco la diferencia conceptual entre la habilitación empresarial o profesional y la solvencia, no creo que esta diferencia impida acumular o integrar las habilitaciones de las distintas empresas que conforman la UTE, siempre que se respeten ciertos límites, en particular que las actividades o prestaciones para las que se requiere la habilitación se ejecuten con los medios personales y materiales idóneos, provistos por la empresa que esté habilitada, y de modo que se cumpla (evidentemente) lo establecido en las normas aplicables a esta actividad.

Pienso que la doctrina de la Audiencia Nacional es correcta, y que está, en suma, en línea con la tendencia digamos aperturista de la práctica jurisdiccional en cuanto a la interpretación de los requisitos para participar en las licitaciones públicas.

Esta tendencia que podríamos denominar como “pro-licitación” se observa, a mi juicio, en otras materias en las que también está en tela de juicio la apertura de las licitaciones a la concurrencia, como sucede, por ejemplo, respecto de los efectos del incumplimiento del pliego de prescripciones técnicas¹⁴.

¹⁴ La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2022 [ECLI:ES:TS:2022:1642] fija la siguiente doctrina sobre esta cuestión:

Y también se aprecia esta tendencia en relación con cuestiones como el alcance del deber de secreto de las proposiciones en los casos de contaminación de sobres¹⁵, la integración de la solvencia con medios externos¹⁶, y la subsanabilidad de las proposiciones¹⁷; en todos estos casos prevalece, en cierta medida, los principios de concurrencia, apertura a la competencia, proporcionalidad y selección de la oferta más ventajosa (consagrados todos ellos en el artículo 1.1 de la LCSP) sobre el rigor interpretativo que conduce a limitar la participación en las licitaciones.

Me atrevo a concluir que esta línea de interpretación es, en el fondo y en términos generales (y por lo tanto inevitablemente imprecisos, porque ya se sabe que el diablo está en los detalles), la más adecuada; y me sorprendería, en cierto modo, que el Tribunal Supremo no corroborase la interpretación del artículo 65.2 de la LCSP en esta línea, al resolver los recursos de casación pendientes sobre esta cuestión.

“... la apreciación de la infracción del deber de confidencialidad en las propuestas de los licitadores en la contratación pública debe efectuarse con atención al principio de proporcionalidad, esto es, atendiendo a la relevancia de la infracción y a sus efectos desde la perspectiva de la finalidad de la norma” (énfasis añadido).

¹⁵ Las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:4369] y de 24 de marzo de 2021 [ECLI:ES:TS:2021:1200] concluyen que sólo cabe excluir las ofertas por incumplimiento de las prescripciones técnicas cuando éste es claro e indubitado, y que, en los supuestos de mera omisión de la oferta sobre el cumplimiento de estas prescripciones, se debe presumir el cumplimiento, en la medida en que la presentación de la oferta implica la aceptación de los pliegos de forma incondicionada.

¹⁶ En esta materia se ha consolidado una interpretación muy flexible del artículo 75 de la LCSP, hasta el punto de que llegan a cometerse, a mi juicio, algunos excesos, como permitir la integración de aspectos que son personalísimos y que cede un tercero ajeno al contratista. Un ejemplo de esta tendencia digamos expansiva es la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2024 [ECLI:ES:TS:2024:4197], que considera aplicable el mecanismo de integración de solvencia con medios externos a las licitaciones que se regulan en las normas sobre ordenación de los transportes terrestres, pese a que estas normas no aluden a tal mecanismo.

¹⁷ A este respecto se observa un tránsito desde tesis sumamente restrictivas, hasta el punto de impedir por completo la subsanación o aclaración de proposiciones, hacia tesis que admiten (con límites y cautelas) la subsanabilidad de las proposiciones; me refiero por ejemplo a la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 24 de enero de 2024 [ECLI:ES:TSJCV:2024:166], que alude a varios precedentes del Tribunal Supremo en este sentido.