Exigencia de satisfacción de deudas de la Seguridad Social en adjudicaciones públicas

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

La justicia europea declara contraria a Derecho una normativa nacional que excluye de un procedimiento de contratación pública a quien, habiendo cumplido con sus obligaciones con la Seguridad Social en el momento de la adjudicación, no estaba al corriente de pago al comenzar la licitación. El conflicto se desarrolla durante la vigencia de la Directiva 2004/18. Hoy esta norma ha sido derogada y sustituida por la Directiva 2014/24, que introduce una serie de excepciones a la regla general que admitiría una norma nacional como la descrita. De hecho, la regulación española permite acreditar dicho requisito antes de la adjudicación al empresario a cuyo favor se vaya a efectuar la contratación.

1. En un reciente pronunciamiento (STJUE de 10 de noviembre del 2016, as. C-199/15, *Ciclat*), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea decide sobre una cuestión prejudicial acerca de la interpretación del artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE en materia de coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios. En virtud de dicho precepto, podrá ser excluido de la participación en el contrato todo operador económico que no esté al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la Seguridad Social, según las disposiciones legales del país en el que esté establecido o las del país del poder adjudicador. Serán los Estados miembros los que deberán precisar, de conformidad con su Derecho nacional y respetando el comunitario, las condiciones de aplicación de dicha exigencia.

En el supuesto de hecho, la Administración italiana inició un procedimiento de licitación para la adjudicación de un contrato de servicios de limpieza y otros servicios relacionados con la conservación estética y el mantenimiento técnico de determinados edificios públicos. *Ciclat* —una agrupación formada por diversas sociedades cooperativas laborales— presentó una oferta, pero, al tratarse de una agrupación, mencionó en ella a aquellas cooperativas que efectuarían la prestación si se le adjudicaba el contrato, entre las que figuraba *Àncora Soc. Coop.* La agrupación *Ciclat* obtuvo el primer lugar de la clasificación provisional. Sin embargo, el *Istituto Nazionale*

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

per l'Assicurazione contro gli Infortuni sul Lavoro (INAIL), actuando en el marco de los controles habituales, emitió, a instancias de la entidad licitadora, un certificado en el que manifestaba que, en la fecha de su declaración, Àncora no se hallaba al corriente en el pago de las cuotas por cotizaciones a la Seguridad Social, si bien dicha deuda fue abonada antes de que se efectuaran los controles mencionados y de que se conociera el resultado de la licitación. Pese a todo, la Administración excluye a Ciclat del concurso por incumplir sus obligaciones con la Seguridad Social.

En el proceso judicial incoado como consecuencia de esta exclusión, el tribunal competente plantea una cuestión judicial; en ella demanda si una normativa nacional que obliga al poder adjudicador a considerar motivo de exclusión la infracción en materia de pago de cotizaciones de la Seguridad Social que consta en un certificado que fue solicitado de oficio por el poder adjudicador y expedido por los organismos de la Seguridad Social cuando tal infracción existía en la fecha de la participación en una licitación, aunque ya hubiera cesado en la fecha de la adjudicación o del control de oficio efectuado por el poder adjudicador, resulta contraria al artículo 45 de la citada directiva. Y el tribunal responde negativamente por entender que la exigencia de la normativa nacional italiana sobre el cumplimiento de los requisitos en el momento de la licitación no resulta contraria al Derecho europeo.

2. Interesa destacar este pronunciamiento porque, en la actualidad, la directiva aplicada al supuesto en cuestión (Directiva 2004/18/CE) ha sido derogada, rigiendo hoy la Directiva 2014/24, de 26 de febrero del 2014 (*DOUE* de 28 de marzo), sobre Contratación Pública. En una norma de factura compleja, el artículo 57.2 de esta directiva afirma también lo siguiente:
 - a) Un operador económico quedará excluido de la participación en un procedimiento de contratación si ha incumplido sus obligaciones en lo referente al pago de cotizaciones a la Seguridad Social y ello ha quedado establecido en una resolución judicial o administrativa firme y vinculante.
 - b) Asimismo, los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico cuando puedan demostrar por cualquier medio adecuado que aquél ha incumplido dichas obligaciones.
 - c) Esta prohibición dejará de aplicarse una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o celebrado un acuerdo vinculante con vistas al abono de las cotizaciones que adeude a la Seguridad Social, incluidos en su caso los intereses acumulados o las multas impuestas.
 - d) Los Estados miembros podrán establecer una excepción a la exclusión obligatoria por razones imperiosas de interés general o cuando tal exclusión resulte claramente desproporcionada, en particular, cuando las cantidades adeudadas en concepto de impuestos o cotizaciones a la Seguridad Social sean reducidas o cuando el operador económico haya sido informado del importe exacto adeudado en un momento tal que no le dejara posibilidad de tomar medidas antes del vencimiento del plazo fijado para solicitar la participación o, en el caso de los procedimientos abiertos, del plazo fijado para presentar su oferta.
3. *A priori*, la situación ha cambiado. Antes, el artículo 45.2e de la Directiva 2004/18 se refería escuetamente a la posibilidad de que fuera excluido de la participación en el contrato público aquel

operador económico que no estuviera «al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la Seguridad Social». Y eso había permitido que el Tribunal de Justicia afirmara, por ejemplo:

- a) que son los Estados miembros los que deberán determinar el plazo en el que los interesados han de ponerse al corriente en sus obligaciones relativas al pago de las cotizaciones de la Seguridad Social y, en su caso, pueden regularizar su situación *a posteriori*, siempre y cuando ese plazo respete los principios de transparencia y de igualdad de trato (STJUE de 9 de febrero del 2006, ass. C-226/04 y C-228/04, *La Cascina y otros*);
 - b) que, si bien la entidad adjudicataria puede solicitar que se corrijan o completen de manera puntual los datos relativos a una oferta, tal solicitud sólo puede referirse a datos cuya anterioridad con respecto al término del plazo de presentación de candidaturas sea objetivamente verificable (STJUE de 10 de octubre del 2013, ass. C-336/12, *Manova*);
 - c) que el hecho de que el artículo 51 de la Directiva 2004/18 disponga que el poder adjudicador podrá invitar a los operadores económicos a que completen o hagan más explícitos los certificados y documentos presentados en aplicación de los artículos 45 a 50 de la misma directiva no puede interpretarse en el sentido de que permite que el poder adjudicador admita cualesquiera rectificaciones de las omisiones que, según lo dispuesto expresamente en los documentos del contrato, deben llevar a la exclusión del licitador (STJUE de 6 de noviembre del 2014, as. C-42/13, *Cartiera dell'Adda*);
 - d) o que los Estados miembros están facultados para no aplicar en absoluto dichas causas de exclusión, o bien integrarlas en la normativa nacional con un grado de rigor que podría variar según el caso, en función de las consideraciones de carácter jurídico, económico o social que prevalezcan en el plano nacional (STJUE de 10 de julio del 2014, as. C-358/12, *Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici*).
4. Sin embargo, resta por decidir si el nuevo artículo 57.2 de la Directiva 2014/24 merecerá una consideración distinta por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Porque, ahora, la expresión «podrá ser excluido» del antiguo artículo 45.2 ha sido sustituida por la obligación de «quedar excluido» en el nuevo artículo 57.2. En la directiva del 2004 se excluía de la «participación en un contrato público»; en la directiva del 2014 la exclusión se refiere a la «participación en un procedimiento de contratación pública», por lo que, quizá, tendría más sentido exigir el cumplimiento de las obligaciones desde el momento de la licitación y no sólo cuando se produce la adjudicación.

Pero son muchas las excepciones que la nueva normativa prevé sobre la norma general. Recuérdese: primero, se exige que tal incumplimiento quede reflejado en resolución judicial o administrativa firme y vinculante; segundo, se admite que tal exclusión se inaplique una vez que el operador económico haya cumplido sus obligaciones de pago o haya celebrado un acuerdo vinculante con vistas al pago de las cotizaciones adeudadas, incluidos, en su caso, los intereses acumulados; o, tercero, se acepta que los Estados miembros puedan exceptuar la exclusión por razones de interés general o cuando tal exclusión resulte claramente desproporcionada, en

particular, cuando las cantidades adeudadas sean reducidas o cuando el operador económico haya sido informado del importe exacto debido por tal concepto en un momento en el que no hubiera tenido posibilidad de abonarlo antes del vencimiento del plazo fijado para presentar su oferta.

Cautelas todas ellas que permitirían, en una primera aproximación y a la espera de pronunciamientos sobre la normativa vigente, aventurar hoy una solución contraria a la analizada. Esto es, si el conflicto que resuelve la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre del 2016, asunto C-199/15, *Ciclat*, se hubiera producido bajo la vigencia de esta nueva Directiva 2014/24, resultaría contraria al Derecho europeo una normativa que excluyera de una adjudicación a quien incumple el pago de las cotizaciones a la Seguridad Social en el momento de la licitación si demuestra haberlo abonado antes de la adjudicación.

5. En principio, nuestra legislación permitiría alcanzar también esta solución pues, no en vano, el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (*BOE* de 16 de noviembre), por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, prohíbe contratar a quien no se halle al corriente en el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes (art. 60.1d). De hecho, cuando la norma regula la presentación de la documentación acreditativa de los requisitos previos en la licitación, exige una declaración responsable de hallarse al corriente del cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes, sin perjuicio de que la justificación acreditativa de tal requisito deberá ser presentada, antes de la adjudicación, por el empresario a cuyo favor se vaya a efectuar ésta (art. 146.1c). En idéntica línea, la ley establece que el órgano de contratación deberá requerir al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de dicho requisito (art. 151.2). Parece, pues, que prevalece el momento de la adjudicación sobre el de la licitación para garantizar el cumplimiento de la deuda con la Seguridad Social.

Conviene advertir un dato instrumental sobre este aspecto. De acuerdo con la disposición adicional sexta del Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre (*BOE* de 25 de enero de 1996), por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social, se admite que los datos y demás información acreditativos de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones con la Seguridad Social puedan ser objeto de impresión autorizada por medios electrónicos, informáticos o telemáticos mediante la inclusión, en el documento emitido, de la huella electrónica y la clave de identificación de la Tesorería General de la Seguridad Social. Esto significa que la certificación podrá validarse mediante el Sistema RED (Sistema de Remisión Electrónica de Datos), al que tienen acceso los sujetos obligados al pago, simplificándose sobremanera el acceso a ella.

6. En conclusión, la nueva normativa europea y las normas españolas de aplicación en la contratación pública flexibilizan no sólo la aportación de documentación acreditativa sobre el cumplimiento de las obligaciones de pago de cotizaciones a la Seguridad Social, sino, incluso, el retraso de dicho

pago hasta el momento de la adjudicación del contrato. El acceso a la certificación se simplifica considerablemente, no teniendo excusa alguna el operador para la falta de aportación, salvo la ausencia del pago de la cotización que, por lo expuesto, podrá demorarse —en virtud de la nueva normativa europea y nacional— hasta el momento de la adjudicación, lo que genera alguna ventaja sobre quien sí acredita cumplir con sus obligaciones en el momento de la licitación.

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o diríjase al siguiente *e-mail* de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York