

Informe 78/09, de 23 de julio de 2010. «Requisitos respecto de los medios de acreditación de solvencia económica y financiera referidos a informe de instituciones financieras y seguro de riesgos profesionales».

Clasificación de los informes: 7. Capacidad y solvencia de las empresas

ANTECEDENTES.

El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Rafal (Alicante) formula la siguiente consulta:

"El Ayuntamiento de Rafal está elaborando dos pliegos de condiciones administrativas particulares, uno referente a un expediente de contratación de obras y otro referente a un servicio de mantenimiento de alumbrado público. A la hora de redactar el apartado de la solvencia económica y técnica de los contratistas se plantea una serie de dudas en relación a lo dispuesto en el art. 64.1 de la ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público:

"Solvencia económica y financiera. La solvencia económica y financiera del empresario podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) Declaraciones apropiadas de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales. (..)".

Ya las Directivas 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios y 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, que han sido sustituidas recientemente por la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, diferenciaban a la hora acreditar la solvencia económica y financiera. Así, para los contratos de obras no se recogía la posibilidad de presentar un seguro de indemnización de riesgos profesionales.

Además se ha establecido contacto con diferentes compañías aseguradoras las cuales, de acuerdo con la Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro informaron que el seguro de indemnización de riesgos profesionales que ofrecen es una tipología de seguro de responsabilidad civil para cubrir el riesgo del ejercicio de profesiones liberales, denominándose "seguro de responsabilidad civil de profesionales", sin que exista un seguro de indemnización de riesgos profesionales independiente de la mencionada responsabilidad civil.

Teniendo en cuenta que el órgano de Contratación debe determinar en el pliego de condiciones qué medios deben aportar los licitadores, y en caso de decantarse por establecer el medio especificado en el apartado 1. a) del art. 64 ¿se debe indistintamente admitir por parte de las empresas un seguro de responsabilidad civil o la declaración apropiada de las instituciones financieras? ¿Se debe considerar que la suscripción de una póliza de responsabilidad civil suscrita por una sociedad no se traduce en solvencia financiera por si misma, sino que su finalidad es otra bien distinta?. En el caso de que en los mencionados contratos el licitador fuera una persona física, ¿qué medio de acreditar la solvencia financiera debe ser admitido por el Ayuntamiento? En definitiva, ¿a qué se refiere la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público cuando menciona el seguro de indemnización de riesgos profesionales para acreditar la solvencia económica? ¿Se puede exigir para los contratos de obras y de servicios indistintamente? ¿En qué se diferencian de la póliza de responsabilidad civil que puede exigir el ayuntamiento a una empresa prestadora de un servicio?"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta que formula el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Rafal, aunque estructurada a través de varias interrogantes sólo se refiere a una cuestión: el deslinde del campo de actuación de la póliza de riesgos profesionales con respecto de la acreditación de la solvencia económica y financiera. Se trata, en resumen, de determinar si la mencionada póliza puede ser instrumento a través del cual las empresas, cualquiera que sea el tipo de contrato a celebrar, pueden acreditarla.

2. Para dar una adecuada solución a esta cuestión es preciso tener en consideración, ante todo, cuál es el fin que se persigue mediante la exigencia de la acreditación de solvencia para poder optar a la adjudicación de contratos públicos. La propia Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo lo pone de manifiesto en su considerando 39 al presuponer como una de las facultades de los Estados miembros la de exigir la acreditación de la aptitud de los licitadores para la ejecución del contrato de que se trate.

Se trata, así pues, de un mecanismo a través del cual el poder adjudicador pretende tener garantizado que, tanto desde el punto de vista financiero y económico como desde el técnico y profesional, los licitadores están capacitados para ejecutar en forma adecuada el contrato para cuya adjudicación concurren.

Siendo esto así, resulta claro que lo que al poder adjudicador interesa es que el licitador demuestre que está en posesión de los medios, de cualquier clase, que sean necesarios para ejecutar el contrato, no que está en condiciones de responder financieramente en caso de que el contrato se incumpla.

Precisamente por esta circunstancia la acreditación de solvencia financiera y económica no va dirigida hacia la exigencia de cumplimiento de la obligación de indemnizar al poder adjudicador por el incumplimiento, sino más exactamente a garantizar que el licitador cuenta con los medios financieros adecuados para el ejercicio de su actividad; muy especialmente en lo que se refiere a los compromisos que para la ejecución del contrato pueda contraer con terceras personas.

Esta es la razón, también, por la que la póliza de seguros a que se refiere el artículo 64.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, no debe estar constituida para garantizar sólo las responsabilidades en que se incurra como consecuencia de la ejecución del contrato, sino más exactamente para asegurar la suficiencia financiera del profesional en sus relaciones con terceras personas, precisamente por quedar garantizada su responsabilidad respecto de ellas.

3. Los razonamientos anteriores ponen de manifiesto, además, la diferencia entre la garantía del correcto cumplimiento del contrato y la garantía de los daños y perjuicios derivados de la mala ejecución del mismo, que, en nuestro derecho, está cubierta mediante la exigencia de la garantía definitiva.

Sin embargo, los argumentos anteriores, aunque explican cuál es la finalidad que se pretende lograr mediante la exigencia de la aportación de pruebas que acrediten la solvencia de los licitadores, no explica el por qué de la diferente exigencia de medios de prueba según que el licitador sea una empresa o un profesional.

Partimos, en efecto, de la base de que la exigencia de la póliza de indemnización de riesgos profesionales (técnicamente una póliza de responsabilidad civil por riesgos profesionales), se circunscribe a los profesionales propiamente dichos y no es exigible a las empresas. Así lo hace el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo que a estos efectos debe servirnos de guía. Esta disposición, en su artículo 1.1, exige a efectos de clasificación, para las empresas, en general, la acreditación de un patrimonio neto mínimo, mientras que para los profesionales exige la disposición de un seguro de riesgos profesionales con una determinada cobertura económica. Y ello se hace porque, de conformidad con el mismo precepto, tales profesionales no tienen la condición de empresarios (art. 1.1, letra c) del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo).

Resulta así, que la diferencia que justifica la exigencia de un seguro de responsabilidad civil a los profesionales, en lugar de exigirles la acreditación de estar en posesión de un patrimonio neto mínimo, radica, precisamente, en que el ejercicio de una profesión, en general, no requiere de la existencia de una organización ni contar con unos determinados medios financieros, sino que puede ser ejercida individualmente y con unos medios financieros irrelevantes, sin que por ello tenga que verse afectado el resultado del ejercicio profesional.

Por el contrario, para el ejercicio de las actividades mercantiles propias de los contratos de obras y servicios que no tengan carácter profesional, sí es exigible la existencia de tal organización y disposición de medios.

Trasladado este criterio al ámbito de aplicación del artículo 64.1 de la Ley de Contratos del Sector Público se traduce en que para las actividades que deben calificarse como empresariales debe exigirse la acreditación de la solvencia mediante las declaraciones apropiadas de entidades financieras, mientras que para los profesionales procede exigir el justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales. A este respecto, conviene tener en consideración que el precepto citado, en su letra a), cuando articula la posibilidad de acudir a uno u otro de los dos medios de acreditación que prevé lo hace utilizando la expresión "en su caso" lo que significa necesariamente que los supuestos de

aplicación del primer medio (informes de entidades financieras) son distintos de los acogidos por la segunda opción (seguro de riesgos profesionales), y, en consecuencia, no puede optarse libremente entre uno y otro a la hora de elegir el medio de acreditación.

Adviértase que el seguro de riesgos profesionales constituye un medio de mantener la solvencia de la empresa diferida en el tiempo de su vigencia, ya que permite que por medio del seguro se cubran los riesgos que dimanen de posibles crisis producidas una vez que el contrato ha sido recibido de conformidad momento en que, de no exigirse, haría compleja la restitución del daño causado. De ahí que deba distinguirse entre medios de acreditación de solvencia económica y financiera de carácter directo al momento de ejecutarse el contrato, como sucede con las cuentas anuales, y medios diferidos a momentos posteriores a la ejecución del contrato, como es el seguro de riesgos profesionales, en la consideración de que únicamente ha de formalizarlo el licitador que resulte adjudicatario.

Por otra parte debe tenderse a excluir la presentación de declaraciones apropiadas de entidades financieras si estas no versan sobre la situación financiera y patrimonial de los licitadores referida al contrato, ya que la mera referencia a que la empresa cumple con sus obligaciones no indica los elementos necesarios para constatar que dispone de recursos financieros que le permiten cumplir la obligación que asumen si se les adjudica el contrato.

CONCLUSIÓN.

Cuando los licitadores que optan a la adjudicación de un contrato tengan la calificación de empresarios podrá exigírsele la acreditación de su solvencia mediante la aportación de informes de entidades financieras. Por el contrario en los casos en que se trate de profesionales, tales informes deberán ser sustituidos por la aportación del justificante de la existencia de un seguro de indemnización de riesgos profesionales.