

9. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 86 DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATOS DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Resumen: el informe versa sobre la interpretación del artículo 86 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en particular a los efectos de apreciar la existencia de un grupo de empresas y la consiguiente presunción de temeridad de las ofertas presentadas por las empresas que lo integran*.

La Abogacía del Estado ha examinado su petición de informe sobre si «DD, S. A.», y «VV, S. A.», forman un grupo de empresas a los efectos de apreciar la temeridad de las ofertas presentadas al concurso convocado por el Ministerio de Fomento para las obras «Autovía M (clave 12-Z-3350)».

Los antecedentes del caso pueden sintetizarse del siguiente modo:

1. A la licitación del referido contrato han concurrido, entre otras, las empresas «DD, S. A.», y «VV, S. A.».

2. De acuerdo con lo exigido en la cláusula V.5.8 del pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el concurso, las citadas empresas presentaron una «declaración sobre el grupo empresarial» en la que se hace constar por cada una de ellas lo siguiente:

a) «DD, S. A.», que «pertenece al grupo de empresas denominado X».

b) «VV, S. A.», que «está participada por X en un 99,99 por 100 de su capital social». Se indica además la participación que «VV, S. A.», tiene en otras empresas, entre las que no figura «DD, S. A.».

3. A solicitud de la Mesa de Contratación, tanto «DD, S. A.» como «VV, S. A.», confirmaron y ampliaron la citada información: X tiene, respectivamente, el 100 por 100 y el 99,99 por 100 de su capital social, y ninguna de las citadas empresas licitadoras participa en el capital social de la otra.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. De acuerdo con el criterio manifestado en la propuesta de resolución remitida a informe esta Abogacía del Estado considera que «DD, S. A.»

* Informe elaborado el 1 de septiembre de 2004 por don Rafael Domínguez Olivera, Abogado del Estado-Jefe en el Ministerio de Fomento.

9 y «VV, S. A.», aunque «entre sí» no sean socios, pertenecen a un mismo grupo empresarial a los efectos de apreciar la temeridad de las ofertas presentadas al concurso clave 12-Z-3350.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Abogacía del Estado no comparte algunas de las consideraciones jurídicas en que se basa la propuesta. Dicho sea en síntesis, las razones en que se basa esta Abogacía del Estado para llegar a tal conclusión son:

a) Tanto la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) como su Reglamento (RCAP) prestan una especial atención al supuesto que se plantea cuando varias empresas, pertenecientes a un grupo empresarial, licitan por separado a un mismo contrato.

b) El artículo 83.3 LCAP (relativo a las subastas) se refiere concretamente al modo de *apreciar* la temeridad de las ofertas así presentadas.

c) El artículo 86.4 LCAP (relativo a los concursos) alude al fenómeno anterior a los efectos de calcular el «precio de referencia»; magnitud ésta a la que el citado precepto reconoce una doble utilidad: «valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias».

d) El artículo 86 RCAP, al desarrollar la Ley en lo relativo a las proposiciones presentadas por empresas de un mismo grupo, ha mantenido esa distinción legal entre:

- «apreciación» o «identificación» de las ofertas que son temerarias;
- y «valoración» de ofertas.

La primera operación jurídica es la que permite clasificar las ofertas en temerarias o no; la «valoración», en su sentido propio, es la operación consistente en aplicar con la consiguiente ponderación los criterios de adjudicación del correspondiente concurso.

Por ello, y a diferencia de lo que se sostiene en la propuesta de resolución, esta Abogacía del Estado considera que el artículo 86.2 RCAP no es una norma aplicable al caso que se informa, en tanto se refiere a la «valoración» de ofertas presentadas por empresas de un mismo grupo y no a la «apreciación» o «identificación» de las ofertas que son temerarias.

Se exponen a continuación de manera más detallada las razones que permiten llegar a las consideraciones jurídicas y a la conclusión que se han anticipado.

II. En el capítulo VII LCAP («De la adjudicación de los contratos») las secciones segunda y tercera están dedicadas respectivamente a las subastas y a los concursos.

Dentro de la sección segunda, el artículo 83.3 LCAP establece respecto de las subastas lo siguiente: **9**

«Artículo 83. *Adjudicación y bajas temerarias.*

[...]

3. El carácter desproporcionado o temerario de las bajas se apreciará de acuerdo con los criterios objetivos que se establezcan reglamentariamente y su declaración requerirá la previa solicitud de información a todos los licitadores supuestamente comprendidos en ella, así como el asesoramiento técnico del servicio correspondiente.

A los efectos del párrafo anterior, no podrán ser consideradas las diversas proposiciones que se formulen individualmente por sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen.»

Se trata, por tanto, de una norma referida al modo de «apreciar» el carácter desproporcionado o temerario de las bajas.

Dentro de la sección tercera, el artículo 86 LCAP, referido a los concursos, después de establecer en su apartado tercero que la apreciación de la temeridad en los concursos sólo procederá si así lo prevé el pliego, añade en su apartado cuarto:

«Artículo 86. *Criterios para la adjudicación del concurso.*

[...]

4. En los supuestos contemplados en el apartado anterior, se estará a lo dispuesto, para las subastas, en el artículo 83 en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir, sin que las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades pertenecientes a un mismo grupo, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, puedan ser consideradas a efectos de establecer el precio de referencia para valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias.»

Del citado artículo 86.4 LCAP cabe extraer las siguientes consecuencias:

1. El artículo 83 de la Ley (relativo a la temeridad en las subastas) es aplicable a los concursos pero sólo «en lo que concierne a la tramitación de las proposiciones y garantía a constituir». Es decir, a la tramitación administrativa que debe darse a las proposiciones incursas en presunción de temeridad y a la exigibilidad de una garantía definitiva del 20 por 100.

2. El «precio de referencia» es una magnitud que puede servir para *valorar las ofertas económicas e identificar las que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias*. El artículo 86.4 LCAP establece que dicho «precio de referencia» se calculará *sin considerar las proposiciones de carácter económico que formulen individualmente sociedades*

9 *pertenecientes a un mismo grupo (en las condiciones que reglamentariamente se determinen).*

Como se ha resaltado el artículo 86.4 LCAP, al aludir al «precio de referencia», le atribuye dos posibles utilidades:

- a) Valorar las ofertas económicas.
- b) Identificar las ofertas económicas que deben considerarse como desproporcionadas o temerarias.

Ya se ha dicho que la «valoración», en su sentido propio, es la operación consistente en aplicar con la consiguiente ponderación los criterios de adjudicación del correspondiente concurso. A diferencia de ella, la «identificación» a que alude el artículo 86.4 LCAP es la operación jurídica la que permite clasificar las ofertas en temerarias o no.

III. Apartándose de la sistemática empleada por la Ley, el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas no ha dedicado secciones separadas al concurso y a la subasta, regulando conjuntamente esta materia en los artículos 85 a 92.

De estos preceptos reglamentarios, algunos son aplicables tanto al concurso como a la subasta, y otros sólo lo son a una de estas formas de adjudicación. Entre ellos, resulta fundamental para resolver el expediente que se informa el artículo 86 RCAP; norma que se transcribe y analiza a continuación.

«Artículo 86. Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo.

1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.

2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurra alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.

3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurran a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.

4. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 86.4 de la Ley, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán establecer el criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.»

Esta Abogacía del Estado extrae del citado precepto las siguientes 9 consideraciones de interés para el caso que se informa:

1. Sobre el apartado primero del artículo 86 RCAP

Se trata de una norma de desarrollo del artículo 83.3 LCAP en la que se establecen los criterios para la *apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias* presentadas individualmente por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

Una de las cuestiones que resulta necesario resolver es el si el artículo 86.1 RCAP es aplicable sólo a las subastas o también a los concursos.

Si se toma en cuenta la expresión «a los efectos del artículo 83.3 de la Ley» podría parecer que el artículo 86.1 RCAP es aplicable sólo a las subastas (pues a las subastas se refiere el citado artículo de la Ley). Se basaría esta tesis en una interpretación exclusivamente literal del artículo 86.1 RCAP.

Sin embargo, considera esta Abogacía del Estado que el artículo 86.1 RCAP es aplicable no sólo a las subastas sino también a los concursos, con fundamento en lo siguiente:

– Porque es la solución coherente con las restantes normas de la Ley y del propio Reglamento: el artículo 86.1 RCAP es el desarrollo reglamentario previsto en el artículo 86.4 LCAP en lo que concierne a la «identificación» o «apreciación» de las ofertas que, también en los concursos, pueden calificarse como desproporcionadas o temerarias cuando licitan empresas pertenecientes a un mismo grupo.

– Porque así resulta *sensu contrario* del artículo 90 RCAP: Establece esta norma que «no serán de aplicación a los concursos los preceptos que para la subasta se establecen en los artículos 85 y 87.2, último inciso, de este Reglamento»; lo que, *sensu contrario* lleva a entender que sí son aplicables al concurso los preceptos que, en desarrollo de la normativa sobre subastas, se contienen en el artículo 86 RCAP.

En cualquier caso, la regla contenida en el artículo 86.1 RCAP está recogida prácticamente de forma literal en el propio pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el concurso de que se trata (cláusula V.3); por lo que a la eficacia derivada de la norma reglamentaria se añadiría la eficacia derivada del propio pliego.

2. Sobre el apartado segundo del artículo 86 RCAP

Se dice en la propuesta de resolución remitida a informe que, aunque el supuesto de hecho no es subsumible en el artículo 86.1 RCAP; sería el artículo 86.2 RCAP el que «contemplaría expresamente el supuesto al que nos venimos refiriendo» (apreciar la temeridad de las ofertas cuando licitan empresas que no son socias entre sí pero forman parte del mismo grupo empresarial). Para ello, se basa la propuesta de resolución en la expresión «respecto de los socios que las integran» (contenida en el art. 86.2 RCAP) y que no se encuentra expresamente recogida en el artículo 86.1 RCAP.

9 Como ya se ha anticipado, esta Abogacía del Estado no comparte el expresado criterio y considera que el supuesto de hecho es subsumible en el artículo 86.1 RCAP; así como que el artículo 86.2 RCAP no es aplicable al caso de que se trata.

Lo que diferencia a los artículos 86.1 y 86.2 RCAP, en opinión de esta Abogacía del Estado es que, de acuerdo con la distinción ya hecha entre «valoración de ofertas» e «identificación de ofertas temerarias»:

a) El artículo 86.1 RCAP es una norma que regula el modo de «apreciar» cuándo una oferta, presentada por empresas pertenecientes a un mismo grupo, es temeraria.

b) El artículo 86.2 RCAP, como resulta de su propio tenor literal, es una norma que regula el modo de «valorar» las ofertas económicas presentadas por empresas de un mismo grupo (la expresión «respecto de los socios que las integran» no es sino otra manera de referirse al requisito contenido en el artículo 42 del Código de Comercio sobre la necesidad de que las empresas que forman parte de un grupo tengan la condición de socios).

3. Sobre el apartado tercero del artículo 86 RCAP:

Se trata de una norma sobre la obligación de presentar una declaración sobre grupo empresarial sin más trascendencia para el caso que se informa, en el que consta que las empresas licitadoras cumplieron efectivamente dicha obligación.

4. Sobre el apartado cuarto del artículo 86 RCAP:

Considera esta Abogacía del Estado que el artículo 86.4 RCAP se refiere, al igual que el artículo 86.2 RCAP, al modo de «valorar» las proposiciones presentadas por empresas pertenecientes a un mismo grupo.

La diferencia entre ambos reside en que el artículo 86.2 RCAP se refiere al modo de valorar «la oferta económica» (estableciendo una regla imperativa) y el artículo 86.4 del propio RCAP abre la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas particulares establezcan, respecto de los otros aspectos de sus ofertas, «criterio o criterios para la valoración de las proposiciones formuladas por empresas pertenecientes a un mismo grupo».

IV. En definitiva, son el artículo 86.4 LCAP y el artículo 86.1 RCAP las normas a tener en cuenta para resolver la cuestión planteada: Si «DD, S. A.», y «VV, S. A.», forman un grupo de empresas a los efectos de apreciar la temeridad de las ofertas presentadas al concurso clave 12-Z-3350.

La duda jurídica se suscita porque, al emplear el artículo 42.1 del Código de Comercio la expresión «sea socio de otra sociedad»; podría parecer que sólo pueden ser consideradas pertenecientes a un mismo grupo las sociedades mercantiles que sean socios «entre sí».

Se transcribe a continuación el artículo 42.1 del Código de Comercio, **9** aplicable al caso por remisión del artículo 86.1 del RCAP.

Artículo 42.1 del Código de Comercio.

«Existe un grupo cuando varias sociedades constituyan una unidad de decisión. En particular, se presumirá que existe unidad de decisión cuando una sociedad, que se calificará como dominante, sea socio de otra sociedad, que se calificará como dependiente, y se encuentre en relación con ésta en alguna de las siguientes situaciones:

- a) Posea la mayoría de los derechos de voto.
- b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.
- c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con otros socios, de la mayoría de los derechos de voto.
- d) Haya designado exclusivamente con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.

A estos efectos, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes, o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.»

Sobre el alcance del artículo 42.1 del Código de Comercio en relación con el artículo 86.1 RCAP hace esta Abogacía del Estado las siguientes consideraciones:

1. De acuerdo con el artículo 86.1 RCAP, pertenecen a un grupo empresarial las empresas *que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio*.

Esta Abogacía del Estado considera que lo jurídicamente correcto es entender que esa remisión del artículo 86.1 RCAP no abarca sólo a los cuatro supuestos en que, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 42.1 del Código de Comercio, «se presume» que existe un grupo empresarial; sino también al supuesto principal de grupo de empresas que se cita en el mismo artículo 42.1: *cuando varias sociedades constituyan una «unidad de decisión»*.

El requisito de que una sociedad «sea socio de otra sociedad» se emplea por el Código de Comercio a los solos efectos de aplicar la presunción de grupo contenida en el inciso segundo del artículo 42.1 («en particular, se presumirá que existe unidad de decisión...»); pero el concepto de grupo empresarial es más amplio que el de las presunciones de dicho inciso primero.

9 2. El artículo 3.º del Código Civil ordena interpretar las normas «según el sentido propio de sus palabras». De acuerdo con este criterio interpretativo, resulta que el artículo 86.1 RCAP no exige ni expresa ni implícitamente para su aplicación que las empresas licitadoras sean socios «entre sí»; sino simplemente que se trate de «empresas pertenecientes a un mismo grupo». Esta cualidad puede predicarse respecto de «DD, S. A.», y «VV, S. A.», en la medida en que X ostenta el 100 por 100 y el 99,99 por 100 de sus respectivos capitales sociales.

3. El artículo 3.º del Código Civil ordena interpretar las normas «atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas».

Como es sabido, la temeridad de una oferta se aprecia normalmente en función de los precios ofertados por los restantes licitadores (medias aritméticas). Por ello, el artículo 86.1 RCAP es una norma destinada a evitar que, como consecuencia de la «unidad de decisión» inherente a todo grupo de empresas (y por el procedimiento de presentar simultáneamente una proposición individual por diferentes empresas de las que lo integran), el grupo de empresas consiga una influencia mayor en la fijación de la baja o el precio de referencia.

Para evitar ese efecto, el artículo 86.1 RCAP establece que «se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo».

Pues bien, considera esta Abogacía del Estado que, para los fines del artículo 86.1 del RCAP, resulta intrascendente que las empresas que licitan sean «socios entre sí»; siendo lo relevante que están sometidas todas ellas a una «unidad de decisión» o que, como dice la propia norma, se trata de empresas «pertenecientes a un mismo grupo».

Dicho sea de otro modo, si se supedita la aplicación del artículo 86.1 RCAP a que las empresas licitadoras sean socios «entre sí», aparte de introducirse un requisito no exigido por la norma; se abre una vía para que determinadas empresas, aunque «pertenecientes a un mismo grupo», eludan la aplicación de dicha norma y consigan esa influencia mayor en la fijación de la baja o el precio de referencia que la norma trata de evitar.

4. Finalmente, cabe apreciar que la interpretación expuesta es la parece haber orientado la actuación de las empresas licitadoras a que se refiere el escrito de petición de informe.

En efecto, estas empresas, en sus respectivas declaraciones sobre grupo empresarial (ambas llevan fecha de 20 de mayo de 2004), no se limitaron a informar sobre si participaban en el capital social de otras empresas licitadoras, sino también sobre su condición de empresas integradas en el grupo de empresas X.

Única. Esta Abogacía del Estado considera que «DD, S. A.», y «VV, S. A.», pertenecen a un mismo grupo de empresas a los efectos de, conforme a lo establecido en el artículo 86.1 RCAP, apreciar la temeridad de las ofertas presentadas al concurso «Autovía M (clave 12-Z-3350)».