

Informe 7/2018, de 16 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Posibilidad de incluir cláusulas relativas a los paraísos fiscales en los contratos del sector público

ANTECEDENTES

I. El Ayuntamiento de Vic ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las “dudas legales” que plantea la inclusión en los contratos públicos de una cláusula, propuesta como moción por parte de un grupo municipal. El escrito de petición transcribe parte de la moción sobre la que se solicita informe, que tiene el siguiente tenor literal:

Primero.- (...)

Segundo.- Incorporar una cláusula contractual de carácter esencial en todos los contratos públicos municipales, incluyendo las entidades que conforman el grupo municipal, que establezca que los licitadores, contratistas o subcontratistas o empresas filiales o empresas interpuestas no pueden realizar operaciones financieras en paraísos fiscales, según la lista de países elaborada por las instituciones europeas o avaladas por estas o, en su defecto, el Estado español o fuera de ellos y que sean consideradas delictivas, en los términos legalmente establecidos, como delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal o contra la Hacienda Pública.

Tercero.- En todas las licitaciones de los contratos públicos municipales las empresas licitadoras declararán si cumplen la condición establecida en el apartado anterior.

Cuarto.- En los términos establecidos por la normativa aplicable, requerir a la empresa que manifieste tener relación con paraísos fiscales sin incurrir en actuaciones ilegales descritas en el apartado primero, los movimientos financieros concretos y toda la información relativa a estas actuaciones y dar publicidad en el perfil de contratante municipal de que la empresa ha declarado tener relaciones con paraísos fiscales.

Quinto.- En el supuesto de que, formalizado un contrato público municipal, se verifique la falsedad de la declaración de la empresa contratista o subcontratista de no tener ninguna relación financiera o económica en un paraíso fiscal en relación con las actuaciones descritas en el apartado primero, se considerará falta grave con imposición de penalidades y, en su caso, la resolución del contrato de acuerdo con la previsión del artículo 223.f del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) y se incoará expediente de prohibición de contratar según la previsión del artículo 60.2.c del TRLCSP por incumplimiento de cláusulas esenciales del contrato.

Sexto.- Siempre teniendo en cuenta y de acuerdo con los límites establecidos a las leyes de transparencia y protección de datos, hacer pública la documentación presentada por las empresas que opten a concursos públicos, donde se detalle su presencia país por país, y la cifra de negocios a cada uno de estos territorios.

(...).

Y en concreto, se plantean las siguientes cuestiones:

- a) Si la cláusula que propone la moción tiene carácter esencial.
- b) Si la cláusula que propone la moción es contraria al artículo 60.1.a del TRLCSP.
- c) Si se puede exigir la documentación que propone la moción a los licitadores con cuentas en paraísos fiscales que no están incursos en las prohibiciones de contratar y, de ser afirmativa la pregunta, si se puede publicar esta documentación en el perfil de contratante.

II. Por su parte, el Ayuntamiento de Torelló ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las dudas jurídicas que plantea una moción aprobada por su Pleno que instaba al Ayuntamiento a “estudiar, detectar y activar los mecanismos necesarios para evitar o dificultar la contratación de empresas privadas para prestar servicios públicos que tengan la sede social en paraísos fiscales o sociedades que formen parte de la matriz industrial domiciliada en paraísos fiscales, así como a hacer pública la documentación presentada por las empresas que opten a concursos públicos, donde se detalle su presencia país por país, y la cifra de negocios a cada uno de estos territorios”.

La petición de informe adjunta, de acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, de esta Comisión Permanente, sobre los requisitos que han de reunir las solicitudes de informe formuladas a la Junta Consultiva, el informe de la secretaria del Ayuntamiento, en el cual se plantean las siguientes dos cuestiones:

- Si el establecimiento de medidas para prohibir o restringir la contratación de esta Administración con empresas domiciliadas a paraísos fiscales puede ser contrario a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos o entrar en contradicción con cualquier otro precepto legal.
- Si sería conforme con la legislación vigente incorporar a los contratos públicos la obligación de facilitar esta información por parte del adjudicatario y hacerla pública.

III. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, las entidades que integran la Administración local en Cataluña. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Con carácter previo a analizar las cuestiones que se plantean a esta Junta Consultiva, hay que precisar que, aunque una de las peticiones se formula respecto del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la

Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), el análisis se hará ya bajo la perspectiva de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Así, se considera conveniente iniciar este análisis partiendo de las previsiones que se contienen en la LCSP relativas a las obligaciones de las empresas en el marco de los procedimientos de contratación pública derivadas de otras legislaciones y, específicamente, de las relativas a fiscalidad.

El artículo 129 de la LCSP –tal como ya hacía el artículo 119 del TRLCSP- establece la posibilidad de los órganos de contratación de señalar en el pliego los organismos de los que los candidatos o licitadores pueden obtener la información pertinente sobre las obligaciones relativas a la fiscalidad, entre otras materias, y que, en caso de que se facilite esta información, el órgano de contratación tiene que solicitar a los licitadores que manifiesten haber tenido en cuenta en la elaboración de sus ofertas las obligaciones derivadas de las disposiciones vigentes en la mencionada materia.

En cambio, el artículo 201 de la LCSP establece que los órganos de contratación tienen que adoptar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos los contratistas cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, sin hacer referencia a ninguna obligación de adoptar medidas pertinentes para garantizar el cumplimiento de las obligaciones en materia fiscal o tributaria. Tampoco el artículo 122 de la LCSP, relativo a los pliegos de cláusulas administrativas particulares, y que incorpora ahora –como novedad respecto del TRLCSP- la mención a obligaciones a incluir derivadas de otra legislación, ni el artículo 202 de la LCSP, relativo a las condiciones especiales de ejecución del contrato de carácter social, ético, medioambiental o de otro orden, haciendo referencia también a otra legislación sectorial, incluyen ninguna previsión al respecto¹.

La última previsión contenida en la LCSP sobre esta materia se encuentra en la disposición adicional quincuagésima, en la cual se establece el compromiso del Gobierno de actualizar la lista de países y territorios que tengan la calificación de paraíso fiscal, una vez se hayan publicado las listas de jurisdicciones no cooperativas que se están preparando por la OCDE y la Unión Europea. En efecto, esta previsión ya denota cierta voluntad del legislador de avanzar en materia de lucha contra los paraísos fiscales en

¹ Durante la tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, se formuló en el Congreso de los Diputados una enmienda, que no fue finalmente admitida, que proponía lo siguiente: “los órganos de contratación establecerán condiciones especiales de ejecución que obliguen a la empresa adjudicataria a ejecutar el contrato con criterios de equidad y transparencia fiscal, de acuerdo con la legislación fiscal vigente sin incurrir en blanqueo de capitales, fraude fiscal, delito contra la Hacienda Pública o utilización de paraísos fiscales”; y que “en idénticos términos, se podrá exigir de la empresa adjudicataria que los ingresos o beneficios procedentes del contrato público no podrán en ningún caso destinarse a realizar operaciones en ningún país de aquellos incluidos en la lista de paraísos fiscales establecida por la OCDE, el Gobierno de España, o la Comisión Europea, bien sea de forma directa o a través de empresas filiales” (enmienda nº. 142 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea).



sede de contratación pública, sin haber ido, pero, más allá de establecer esta obligación del Gobierno que, realmente, sería la base necesaria para otras eventuales actuaciones.

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, también prevé, en el artículo 18.2, la necesidad de garantizar que en la ejecución de contratos públicos los operadores económicos cumplen las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral, sin incluir ninguna referencia al cumplimiento de las obligaciones en materia fiscal o tributaria, ni a ninguna otra obligación relativa a esta materia².

Por otra parte, para poder dar respuesta a las cuestiones planteadas, también hay que tener en cuenta la Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público y de creación y regulación de los impuestos sobre grandes establecimientos comerciales, sobre estancias en establecimientos turísticos, sobre elementos radiotóxicos, sobre bebidas azucaradas envasadas y sobre emisiones de dióxido de carbono, cuyo artículo 159 establece medidas para promover la libre concurrencia y la prevención del fraude en la contratación pública de la Generalitat y de su sector público.

De las diversas medidas que se incluyen en este precepto se tiene que hacer mención específica de las relativas al fomento de la ética y la responsabilidad social y, especialmente, a la prevista en el apartado 2.2, que establece el mandato en el Gobierno de la Generalitat de “promover, entre otras medidas, la introducción en los pliegos de cláusulas de la exigencia de una declaración responsable o bien la inclusión de una cláusula ética para que los licitadores, adjudicatarios y subcontratistas, o sus empresas filiales o vinculadas, se comprometan a cumplir rigurosamente la legislación tributaria, laboral y de seguridad social, y, específicamente, a no realizar operaciones financieras contrarias a la normativa tributaria en países que no tengan normas sobre control de capitales y sean considerados paraísos fiscales por la Unión Europea”.

Esta previsión, por lo tanto, avanza en la posibilidad de incluir previsiones en las licitaciones de los contratos del sector público encaminadas a la lucha contra las operaciones comerciales en paraísos fiscales que sean contrarias a la normativa tributaria.

En este sentido, a pesar de ir dirigida, como se ha dicho, al Gobierno de la Generalitat, nada obsta que pueda llevarse a cabo por parte de los órganos de contratación mediante la inclusión de la cláusula correspondiente en los pliegos de las respectivas contrataciones, siempre de manera conforme con la legislación en materia de contratación pública. Por lo tanto, es esta conformidad a dicha normativa, en la inclusión de cláusulas relacionadas con la materia de fiscalidad de las empresas, la que es objeto de este informe.

² El Parlamento Europeo, en su Resolución, de 25 de noviembre de 2015, sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares (2017/C 366/06), pide que “en el marco de la próxima revisión de la Directiva sobre contratación pública, se valore la posibilidad de introducir criterios fiscales, de transparencia o relativos a la cooperación en las licitaciones públicas”.

II. Vistas las cuestiones planteadas relativas, por una parte, a si la cláusula sobre la cual se solicita informe tiene “carácter esencial” y, por otra parte, a si el establecimiento de medidas para prohibir o restringir la contratación con empresas domiciliadas en paraísos fiscales puede ser contrario a los principios de libertad de acceso a las licitaciones y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos o entrar en contradicción con cualquier otro precepto legal, se considera conveniente analizar, en primer término, la viabilidad jurídica de una cláusula que establezca la obligación de las empresas licitadoras, como condición especial de ejecución, de no realizar operaciones financieras en paraísos fiscales.

La LCSP regula las condiciones especiales de ejecución en el artículo 202, el cual introduce algunas novedades importantes respecto de la regulación que establecía el artículo 118 del TRLCSP y, también, de la establecida en el artículo 70 de la Directiva 2014/24/UE³.

De conformidad con este precepto de la LCSP, las condiciones especiales de ejecución, además de no tener que ser directa ni indirectamente discriminatorias, se tienen que indicar en el anuncio de licitación o en el pliego, tienen que ser compatibles con el derecho comunitario y tienen que estar vinculadas al objeto del contrato –de acuerdo con el concepto amplio establecido por el artículo 145.6 de la LCSP, en relación con los criterios de adjudicación⁴–, no pudiendo referirse, por lo tanto, a características o requisitos de las empresas⁵.

Así se señala expresamente en la parte expositiva de la Directiva 2014/24/UE, en la cual, además de recordar que el propósito de las condiciones de ejecución de un contrato es establecer requisitos específicos en relación con la ejecución se indica que “deben ser compatibles con la presente Directiva siempre que no sean directa o indirectamente discriminatorias y estén vinculadas al objeto del contrato, que comprende todos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización,” lo que, matiza, “incluye las condiciones relativas al proceso de

³ Entre otras novedades, hay que destacar que el artículo 202 de la LCSP obliga a los órganos de contratación a establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares al menos una condición especial de ejecución de tipo medioambiental, social o relativa al empleo que persiga alguna de las finalidades que enumera, con carácter no tasado.

⁴ Este precepto transpone al derecho interno el artículo 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, en virtud del cual se entiende que los criterios de adjudicación –y también las condiciones especiales de ejecución– están vinculados al objeto del contrato cuando se refieran o integren las prestaciones que deban efectuarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en el proceso específico de producción, prestación o comercialización de las obras, los suministros o los servicios, o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material.

⁵ Esta Junta Consultiva analiza los requisitos que tienen que cumplir las condiciones especiales de ejecución en el Informe 6/2018, de 16 de noviembre, en este caso relativas a mejoras salariales.

ejecución del contrato, pero excluye los requisitos relativos a la política general de la empresa” (considerando 104).

En este mismo sentido, también alude a la idea de que “la condición de que exista un vínculo con el objeto del contrato excluye los criterios y condiciones relativos a la política general de responsabilidad corporativa, lo cual no puede considerarse como un factor que caracterice el proceso específico de producción o prestación de las obras, suministros o servicios adquiridos”; y que “en consecuencia, los poderes adjudicadores no pueden estar autorizados a exigir a los licitadores que tengan establecida una determinada política de responsabilidad social o medioambiental de la empresa” (considerando 97).

Por lo tanto, vistos los requisitos de las condiciones especiales de ejecución, hay que afirmar ya ahora que una eventual cláusula sobre la obligación de las empresas de no realizar operaciones financieras en paraísos fiscales tendría que estar, en todo caso, sólo referida al objeto del contrato, de manera que en ningún caso podría incluirse como obligación general de las empresas, en los términos en que se recoge en la propuesta sobre la que solicita informe el Ayuntamiento de Vic y como podría entenderse de la moción sobre la que solicita informe el Ayuntamiento de Torelló⁶.

Así, de acuerdo con lo que dispone el artículo 159 de la Ley 5/2017, del 28 de marzo, y con el concepto amplio de vinculación con el objeto del contrato fijado ahora por la normativa de contratación pública –que permite la incorporación de criterios de adjudicación y condiciones de ejecución referidas a varias políticas públicas–, se considera jurídicamente viable establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como condición de ejecución y, por lo tanto, siempre circunscrita a la ejecución de un determinado contrato –no establecida, por lo tanto, como política general de empresa–, la obligación de las empresas contratistas –y de las subcontratistas–⁷ de aportar una declaración responsable de compromiso de cumplimiento de la legislación tributaria y de no hacer operaciones contrarias a dicha normativa en países que sean considerados paraísos fiscales por la Unión Europea –tomando como base, en su caso, la lista que el Gobierno del Estado tiene que actualizar, de acuerdo con la disposición adicional quincuagésima de la LCSP, mencionada en la consideración jurídica anterior⁸.

⁶ La Junta de Contratación Pública de Navarra se ha pronunciado sobre esta cuestión en el Informe 3/2016, de 16 de diciembre, en el cual recuerda que “cualquier cláusula que se establezca en los pliegos debe estar relacionada con el objeto del contrato y no puede resultar discriminatoria” y añade que “en la medida en que una determinada cláusula de responsabilidad fiscal cumpla con lo señalado, será acorde a Derecho”.

⁷ El artículo 202 de la LCSP establece ahora expresamente, a diferencia de la normativa anterior, que “todas las condiciones especiales de ejecución que formen parte del contrato serán exigidas igualmente a todos los subcontratistas que participen de la ejecución del mismo”.

⁸ Un ejemplo de esta cláusula se encuentra en el Código para una contratación pública socialmente responsable en el ámbito de la Administración de la Generalitat de Catalunya y el sector público que depende, aprobado por Acuerdo del Gobierno de 20 de junio de 2017.

Hay que señalar que esta cláusula, referida al cumplimiento de la legislación tributaria, no se puede considerar discriminatoria, en la medida que lo que prohíbe es la realización de operaciones contrarias a legislación tributaria en países que sean considerados paraísos fiscales, sin discriminar, por lo tanto, a las empresas que puedan estar establecidas y puedan realizar operaciones sin incumplir dicha normativa⁹.

En la misma línea que la Ley catalana 5/2017, del 28 de marzo, también la reciente Ley 18/2018, de 13 de julio, de la Generalitat Valenciana, para el fomento de la responsabilidad social, dispone en el artículo 13.1, relativo a la incorporación de cláusulas de responsabilidad social y de transparencia en la contratación pública, que “las administraciones públicas incluirán en la contratación pública cláusulas de responsabilidad social y de transparencia, bien como criterios de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución, en los pliegos de cláusulas administrativas particulares”, y entre otras cláusulas, “incorporarán una cláusula contractual en todos los contratos públicos que establezca que las personas o entidades licitadoras, contratistas o subcontratistas o empresas filiales o empresas interpuestas no pueden realizar operaciones financieras en paraísos fiscales que sean consideradas delictivas como delitos de blanqueo de capitales, fraude fiscal o contra la hacienda pública”, añadiendo que “a tal fin, se exigirá a las personas o entidades licitadoras, contratistas o subcontratistas o empresas filiales o empresas interpuestas, la aportación de la correspondiente declaración responsable a los efectos oportunos”.

Además, hay que destacar que, en el ámbito comunitario, el Parlamento Europeo ha pedido¹⁰ a la Comisión que “proponga una revisión de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que incluya medidas que impida que las administraciones públicas trabajen con sociedades que recurran a paraísos fiscales”; y por otra parte, a los Estados miembros que “introduzcan mecanismos para desincentivar que los intermediarios establecidos en la Unión ejerzan una actividad en territorios incluidos en la lista de la Unión de países y territorios no cooperadores a efectos fiscales y en la lista de la Unión de países con deficiencias estratégicas en sus regímenes de lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, por ejemplo, excluyéndolos de los procedimientos de contratación pública”¹¹.

⁹ La Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana se ha pronunciado sobre esta cuestión, en el Informe 4/2017, de 12 de abril, afirmando que la legislación de contratos del sector público “no permite la discriminación de las empresas, por el mero hecho de que su sede social se encuentre en un paraíso fiscal o en cualquier otro territorio, ya que la legislación sólo permite una distinción entre empresas establecidas en un territorio bajo la soberanía de un Estado miembro de la UE o bajo la de otros, para exigir en este último caso reciprocidad de trato con las empresas españolas”.

¹⁰ En la Recomendación, de 13 de diciembre de 2017, al Consejo y a la Comisión, a raíz de la investigación sobre el blanqueo de capitales y la elusión y la evasión fiscales.

¹¹ Anteriormente, en la Resolución, de 16 de diciembre de 2015, en la que incluye recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el aumento de la transparencia, la coordinación y la convergencia en las políticas de tributación de las sociedades en la Unión, el Parlamento Europeo pidió a la Comisión que presentara “una propuesta de catálogo de medidas de retorsión

En último término, y con respecto a la cuestión relativa a la posibilidad de atribuir, a una condición de ejecución relativa al cumplimiento de la normativa tributaria y a la no realización de operaciones financieras contrarias a dicha normativa en paraísos fiscales, prevista en un pliego de conformidad con lo que se ha señalado, el carácter de esencial, hay que constatar que, de acuerdo con los artículos 202 y 211 de la LCSP, se podría atribuir este carácter a dicha cláusula siempre que las obligaciones se califiquen como esenciales en el pliego y que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca.

III. La segunda cuestión que hay que analizar para dar respuesta a las dos peticiones de informe es la relativa a la viabilidad jurídica de establecer medidas para “prohibir” la contratación con empresas “domiciliadas en paraísos fiscales”, así como si la cláusula sobre la que solicita informe el Ayuntamiento de Vic es contraria al artículo 60.1.a del TRLCSP, que dispone expresamente que no pueden contratar con el sector público las personas en quienes se dé la circunstancia de haber sido condenadas mediante sentencia firme por “delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, blanqueo de capitales”, entre otros –prevista actualmente en la LCSP, en casi idénticos términos, en el artículo 71.1.a.

En primer lugar, por lo que se refiere específicamente a la consulta sobre la posibilidad de “prohibir” la contratación con empresas “domiciliadas en paraísos fiscales” hay que reiterar lo que ya se ha señalado en la consideración jurídica anterior, en el sentido que, de acuerdo con el régimen jurídico vigente, es viable la incorporación de una cláusula referida al cumplimiento de la legislación tributaria, que prohíba, durante la ejecución de los contratos, la realización de operaciones contrarias a legislación tributaria en paraísos fiscales, lo que no incluye la posibilidad de excluir a las empresas que puedan estar establecidas y puedan realizar operaciones sin incumplir dicha normativa¹².

que la Unión y los Estados miembros deben aplicar como partes interesadas y como financiadores de organismos públicos, bancos y programas de financiación a las empresas que recurren a los paraísos fiscales con el fin de poner en marcha sistemas de planificación fiscal agresiva y que, por lo tanto, incumplen las normas de buena gobernanza fiscal de la Unión”, entre las que se debía incluir “la prohibición de acceder a las ayudas estatales o las oportunidades de contratación pública a nivel de la Unión o a nivel nacional” (recomendación relativa a “medidas de retorsión contra las empresas que recurren a los paraísos fiscales”). Por otra parte, también pedía a la Comisión Europea que “diera a los Estados miembros más libertad para que, a la hora de adjudicar contratos públicos, el cumplimiento de las obligaciones fiscales por parte de las empresas y, en particular, los casos de incumplimiento sistemático, sean factores a tener en cuenta”.

¹² En este sentido se ha pronunciado la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en el Informe 4/2017, de 12 de abril, antes mencionado. También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón ha afirmado, en el Informe 15/2016, de 20 de julio, respecto de “cláusulas a incorporar en los pliegos en relación con la responsabilidad fiscal de los licitadores” que “el hecho de que una empresa tenga residencia, actividad o tribute en uno de los calificados como paraísos fiscales, no revela en sí mismo ninguna tacha de ilegalidad que impida que pueda participar en licitaciones públicas” y que, en consecuencia, para sancionar con la exclusión de una licitación a un operador económico que tenga residencia o actividad en un

Por otra parte, con respecto a la cuestión de la contradicción de la cláusula que se propone con el artículo de la legislación de contratos que establece las causas de prohibición de contratar, únicamente hay que señalar, dado que la viabilidad jurídica de la cláusula, tal como se propone, ya ha sido descartada en la consideración jurídica anterior, que la regulación vigente de las prohibiciones de contratar establecida en la LCSP, con carácter de normativa básica, y en la Directiva 2014/24/UE, señalando motivos de exclusión obligatoria y otros potestativos, no incluye ninguna causa o motivo relativo, específicamente, a la realización de operaciones financieras ilegales en paraísos fiscales¹³.

Además, el carácter tasado de las causas de prohibición de contratar, así como el carácter restrictivo de derechos de las prohibiciones, comportan, efectivamente, que no se puedan hacer aplicaciones extensivas. Por lo tanto, una cláusula que establezca la prohibición de contratar con el sector público, que vaya más allá de las prohibiciones

paraíso fiscal, es necesario verificar que existe fraude fiscal a través de la incoación y resolución del oportuno procedimiento.

Por su parte, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales afirmó, en la Resolución nº. 792/2017, de 15 de septiembre, que “la circunstancia de residir, operar o estar vinculado con un territorio considerado paraíso fiscal no constituye por sí sola un aspecto relevante que pueda ser tenido en cuenta en un procedimiento de contratación del sector público, ni discriminando a empresas o grupos empresariales que operen en paraísos fiscales ni favoreciendo en la adjudicación a empresas que no lo hagan, por lo que el establecimiento de cláusulas administrativas en ese sentido supone una vulneración de los principios de la contratación administrativa de libertad de acceso a las licitaciones, libre concurrencia y no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos”.

Sin embargo, el Código ético del Ayuntamiento de Palma de Mallorca incluye como principio general la “prohibición de contratación con el Ayuntamiento de aquellas empresas que operen o tengan sucursales en paraísos fiscales”.

¹³ El artículo 57 de la Directiva 2014/24/UE sólo prevé entre los motivos de exclusión, a los efectos de la cuestión que se analiza, la condena mediante sentencia firme por participación en una organización delictiva, corrupción, fraude, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo; y el artículo 71 de la LCSP únicamente prevé entre causas de prohibición de contratar, a aquellos mismos efectos, por una parte, la condena mediante sentencia firme por delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, y blanqueo de capitales, y, por otra parte, el de no estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias o de Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes.

Durante la tramitación del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se formuló al Congreso de los Diputados una enmienda que no fue finalmente admitida, en la cual se proponía la incorporación de una nueva prohibición contratar respecto de las personas físicas o jurídicas que por sí o a través de filiales o sociedades participadas directa o indirectamente en más del 30%, estuvieran domiciliadas o tributaran en paraísos fiscales (enmienda nº. 520 del Grupo Parlamentario Socialista).

previstas en el artículo 71 de la LCSP es contraria a la normativa de contratación pública¹⁴.

Adicionalmente, y tal como se ha hecho en la consideración jurídica anterior, se puede hacer referencia a varias resoluciones del Parlamento Europeo en las cuales pide a los Estados miembros “que estudien la posibilidad de excluir de la participación en los procesos de contratación pública aquellas empresas que, según se haya demostrado, hayan desarrollado actividades de planificación fiscal agresiva y elusión fiscal” y “que creen estructuras especializadas a escala nacional para detectar las organizaciones delictivas y excluir de las licitaciones públicas a las entidades implicadas en prácticas corruptas o de blanqueo de dinero”; y considera que “la Unión debe aplicar medidas disuasorias a las empresas que hacen uso de los paraísos fiscales”, recordando que “el Parlamento Europeo ya lo solicitó en su Informe sobre el informe anual sobre la fiscalidad de 2014, en el que pedía la introducción de sanciones estrictas para prevenir que las empresas violen o esquiven las normas fiscales denegando a las empresas fraudulentas o a las empresas situadas en paraísos fiscales o países que distorsionan la competencia con condiciones fiscales favorables la concesión de fondos de la Unión y el acceso a ayudas estatales o a la contratación pública”¹⁵.

Sin embargo, si bien, como se ha dicho, no es conforme actualmente con la normativa de contratación pública el establecimiento de una cláusula que previera la aplicación de una causa de prohibición contratar diferente a las previstas con carácter tasado, o una aplicación extensiva de alguna de las previstas –a pesar de los diversos requerimientos del Parlamento Europeo a los que se ha aludido–, sí se puede considerar conforme con dicha normativa y, específicamente, con la vigente en el ámbito de Cataluña –de acuerdo con lo que señala la Ley 5/2017, del 28 de marzo, ya mencionada–, prever, como requisito de “capacidad ética”, que las empresas licitadoras declararan responsablemente que no incumplirán la legislación tributaria ni harán operaciones financieras contrarias a la normativa tributaria en países que no tengan normas sobre control de capitales y sean

¹⁴ También respecto de esta cuestión se pronuncia la Junta Consultiva de Aragón, en el Informe 15/2016, de 20 de julio, ya mencionado, señalando que, vistas las causas de prohibición de contratar existentes en la legislación de contratos, “el objetivo de excluir a quienes operan o actúan ilegalmente en el ámbito de la política fiscal ya está contemplado” y que “la responsabilidad fiscal de los operadores económicos ya queda suficientemente garantizada con las causas de prohibición de contratar previstas actualmente en la normativa sobre contratación pública”. También en el Informe 4/2017, de 12 de abril de 2017, de la Junta Superior de Contratación de Valencia se indica que el Ayuntamiento no puede “actuar ‘en detrimento de las empresas que utilizan los paraísos fiscales para evadir o eludir impuestos’, si tal utilización no conlleva la comisión de fraude, delito contra la Hacienda Pública o incumplimiento de obligaciones tributarias”.

¹⁵ Resolución, de 25 de noviembre de 2015, sobre resoluciones fiscales y otras medidas de naturaleza o efectos similares (2015/2066(INI)), publicada en el DOUE el día 27 de octubre de 2017; Resolución, de 25 de octubre de 2016, sobre la lucha contra la corrupción y el seguimiento de la Resolución de la Comisión CRIM (2015/2110(INI)); y Resolución, de 16 de diciembre de 2015, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el aumento de la transparencia, la coordinación y la convergencia en las políticas de tributación de las sociedades en la Unión (2015/2010(INL)), respectivamente.

considerados paraísos fiscales por la Unión Europea, de manera que el incumplimiento de presentar dicha declaración o su presentación incompleta o inadecuada por parte de las empresas licitadoras comportara, en caso de no ser subsanada en el plazo otorgado a este efecto, la exclusión del procedimiento de contratación.

En relación con esta posibilidad, hay que recordar que en la Sentencia de 22 de octubre de 2015 (asunto C-425/14), el TJUE consideró conforme con las normas fundamentales y los principios generales del Tratado de Funcionamiento de la UE, en particular a los principios de igualdad de trato y de no discriminación y la obligación de transparencia que deriva, una disposición de un Derecho nacional en virtud de la cual un poder adjudicador puede establecer que un candidato o licitador quede excluido de un procedimiento de licitación de un contrato público si no presenta, junto con su oferta, una declaración de aceptación de los compromisos y declaraciones contenidos en un protocolo de legalidad –que tenía como objetivo luchar contra la infiltración de la delincuencia organizada en el sector de los contratos públicos¹⁶.

Esta previsión tendría un efecto parecido a la establecida como condición de ejecución, en los términos señalados en la consideración jurídica II de este Informe, si bien como tal condición es exigible a la empresa o las empresas contratistas y, en su caso, a las subcontratistas, mientras que la establecida como condición de capacidad ética sería exigible, como se ha dicho, a todas las empresas licitadoras y como requisito para poder participar en la licitación. Además, establecería la obligación, en un futuro, de no llevar a cabo las mencionadas operaciones financieras, a diferencia de lo que sucede con las prohibiciones de contratar, que hacen referencia a actuaciones o situaciones ya producidas.

En todo caso, hay que vincular una exigencia en este sentido con la necesidad de garantizar la libre competencia entre las empresas participantes en las licitaciones públicas, en la medida en que las operaciones realizadas en paraísos fiscales contrarias a la normativa tienen, justamente, el efecto contrario.

IV. Finalmente, ambos ayuntamientos plantean la conformidad a la legislación vigente de incorporar en los contratos públicos la obligación de las empresas licitadoras con cuentas en paraísos fiscales de facilitar determinada documentación y si ésta se podría hacer pública a través del perfil de contratante.

¹⁶ Concretamente, el ordenamiento jurídico nacional habilitaba a los poderes adjudicadores, mediante una norma con rango de ley, para establecer en los anuncios de licitación que “el incumplimiento de las cláusulas recogidas en los protocolos de legalidad o en los pactos de integridad constituirá una causa de exclusión de la licitación”, de manera que se podía exigir a las empresas licitadoras la aceptación de dichos protocolos, con carácter previo como requisito de participación. El protocolo de legalidad hacía referencia, entre otros compromisos, a “comunicar al poder adjudicador cualquier tentativa de perturbación, irregularidad o distorsión observada en el procedimiento de licitación o durante la ejecución del contrato, llevada a cabo por cualquier interesado o encargado o persona que pueda influir en las decisiones relativas a la licitación de que se trata” y “respetar en su comportamiento los principios de lealtad, transparencia e integridad, y que no se ha puesto de acuerdo ni se pondrá de acuerdo con otros participantes en la licitación para limitar o eludir la competencia”.

Por lo que se refiere, en primer lugar, a la posibilidad de solicitud de determinada documentación a las empresas licitadoras, hay que recordar que ésta se tiene que circunscribir a la necesaria para comprobar el cumplimiento de los requisitos fijados para la licitación, tanto relativos a las propias empresas, como a sus ofertas. Asimismo, también a las empresas contratistas se les tiene que pedir la documentación que corresponda para comprobar el cumplimiento de aquello a lo que se comprometieron en sus ofertas –efectuando un correcto seguimiento de la ejecución del contrato–, la cual estará referida al cumplimiento de las obligaciones establecidas por la normativa tributaria y de la obligación de no realizar operaciones financieras en paraísos fiscales contrarias a dicha normativa, si se ha incluido una cláusula como condición de ejecución en este sentido, en los términos expuestos en la consideración jurídica II de este informe.

Por otra parte, en relación con la posibilidad de publicar dicha documentación en los perfiles de contratante de los órganos de contratación, ésta no se considera adecuada, tanto por la propia naturaleza de los perfiles de contratante, que no constituyen medios para dar a conocer las operaciones que lleven a cabo las empresas con cuentas en paraísos fiscales –ni otros–, como por el deber de confidencialidad y el debido respeto de otras normativas sectoriales que se pudieran ver afectadas por dicha publicidad, como podría ser la de protección de datos de carácter personal, a que alude la disposición adicional vigésimaquinta de la LCSP.

En definitiva, el artículo 63 de la LCSP regula el perfil de contratante estableciendo la información y los documentos que tienen que constar “relativos a su actividad contractual al objeto de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos” y previendo que puede incluir “cualesquiera datos y documentos referentes a la actividad contractual de los órganos de contratación”, con la finalidad de dar transparencia a los procedimientos de contratación pública, lo que no conlleva que pueda ser objeto de publicidad la información y la documentación de las empresas relativa a sus actividades comerciales –detallando su presencia país por país y la cifra de negocios en cada territorio, como se señala en la propuesta de cláusula sobre la que se solicita informe.

Adicionalmente, se puede señalar que, si bien el Parlamento Europeo insta a la Comisión y los Estados miembros para que “exijan a los contratistas que revelen su estructura empresarial completa y beneficiarios efectivos antes de adjudicarles contratos, a fin de evitar apoyar a empresas que participen en prácticas de planificación fiscal agresiva, fraude y evasión fiscales y corrupción” y recuerda que “la transparencia es el instrumento más eficaz para luchar contra los abusos y los fraudes¹⁷”, no se considera que ésta se tenga que llevar a cabo, de acuerdo con el marco jurídico vigente, a través de los perfiles de contratante residenciados en las plataformas de contratación pública.

¹⁷ Resolución, de 25 de octubre de 2016, sobre la lucha contra la corrupción y el seguimiento de la Resolución de la Comisión CRIM (2015/2110(INI)), en la cual el Parlamento también “pide a la Comisión que mejore la normativa en este ámbito, haciendo obligatoria la publicación de los datos relativos a todos los beneficiarios de fondos de la Unión, incluidos los datos sobre las subcontrataciones”.

Sobre la base de las consideraciones anteriores la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula las siguientes

CONCLUSIONES

I. De acuerdo con el marco jurídico vigente, fijado tanto por la Ley de Contratos del Sector Público, como por la Ley catalana 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, se considera jurídicamente viable establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como condición de ejecución y, por lo tanto, siempre circunscrita a la ejecución de un determinado contrato, la obligación de las empresas contratistas –y, en su caso, de las subcontratistas– de aportar una declaración responsable de compromiso de cumplimiento de la legislación tributaria y de no realización de operaciones financieras contrarias a dicha normativa en países que sean considerados paraísos fiscales por la Unión Europea. A esta condición de ejecución se le puede atribuir el carácter de esencial, siempre que las obligaciones se hayan calificado como esenciales en el pliego y que figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca.

II. No es conforme con la normativa de contratación pública vigente el establecimiento de una cláusula que prevea la aplicación de una causa de prohibición de contratar diferente a las previstas en dicha normativa con carácter tasado, o una aplicación extensiva de alguna de las previstas. En cambio, se considera conforme con dicha normativa, así como también con la Ley 5/2017, del 28 de marzo, de medidas fiscales, administrativas, financieras y del sector público, una cláusula que prevea la obligación de las empresas licitadoras de tener que declarar responsablemente que no incumplirán la legislación tributaria ni harán operaciones financieras contrarias a la normativa tributaria en países que no tengan normas sobre control de capitales y sean considerados paraísos fiscales por la Unión Europea, y que el incumplimiento o la presentación incompleta o inadecuada por parte de las empresas licitadoras comporte, en caso de no ser subsanada en el plazo otorgado a este efecto, la exclusión del procedimiento de contratación.

III. La posibilidad de solicitar documentación a las empresas licitadoras y contratistas se tiene que circunscribir a la que sea necesaria para comprobar el cumplimiento de los requisitos fijados para cada procedimiento de licitación, tanto relativos a las propias empresas, como a sus ofertas, y la documentación de las empresas relativa a sus actividades comerciales en los diferentes territorios no tiene que ser objeto de publicación en los perfiles de contratante de los órganos de contratación.

Barcelona, 16 de noviembre de 2018