

Informe 1/09, de 25 de septiembre de 2009 «Habilitación empresarial o profesional, consideración como requisito de legalidad y no como solvencia. Aplicación de la prohibición de contratar en los contratos menores. Fraccionamiento del objeto del contrato».

Clasificación de los informes: 6.1. Prohibiciones para contratar. Cuestiones generales. 7. Capacidad y solvencia de las empresas. 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

Por el Presidente de la Diputación de Almería se formula la siguiente consulta:

«La Diputación de Almería es una administración que tramita numerosos expedientes de contratación.

La nueva Ley de Contratos del Sector Público ha sido objeto de estudio y aplicación por parte del personal de esta institución, y en esta labor han surgido dudas de conveniente aclaración.

Es por ello por lo que esta presidencia, por el presente, formula a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la siguiente

CONSULTA

Se solicita de la Junta Consultiva lo siguiente:

1) Informe sobre qué se entiende por habilitación empresarial o profesional, y en especial si las concesiones de emisoras de radio o de televisión constituyen habilitación empresarial o profesional en contratos de publicidad institucional. Ello porque el artículo 43.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, "LCSP"), señala, como condición de aptitud de los empresarios, contar "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. En similares términos se expresa también el artículo 122.3 de la LCSP para los contratos menores.

2) Informe sobre si la condición de aptitud de no estar incurso en una prohibición de contratar es exigible en los contratos menores, ya que:

Mientras que el artículo 43 de la LCSP dice: "1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas. 2. Los empresarios deberán 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".

El artículo 122.3 de la LCSP dice 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".

3) Informe sobre si en determinados tipos de circunstancias que se expresarán después se da fraccionamiento del objeto del contrato:

3.1) Informe sobre si hay fraccionamiento del objeto del contrato si se contrata por independiente la ejecución de varios proyectos de producción audiovisual de promoción de intereses provinciales, en el caso de que estos proyectos sean autónomos.

3.2) Informe sobre si hay fraccionamiento del objeto del contrato si se contrata por independiente la ejecución de publicidad institucional con distintos periódicos de prensa escrita pero que pertenezcan al mismo empresario o sociedad.

Para todos los aspectos de esta consulta, se concretan a continuación circunstancias, y se expresan argumentos, sobre los que se solicita informe.

1) INFORME SOBRE QUÉ SE ENTIENDE POR HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL, Y EN ESPECIAL, SI LAS CONCESIONES DE EMISORAS DE RADIO O DE TELEVISIÓN CONSTITUYEN HABILITACIÓN EMPRESARIAL O PROFESIONAL EN CONTRATOS DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL.

Parece claro que la habilitación empresarial o profesional es un título administrativo que faculta para realizar una actividad. También parece claro que puede ser real (referido a las condiciones de la actividad o medios para realizarla), personal (referido a las condiciones de la persona) o mixta.

Pero, en otro orden de cosas se pide a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que aclare si la siguiente interpretación es correcta (o que indique la interpretación del asunto que conforme a su superior criterio sería la adecuada):

1) Se puede considerar que el objeto de la habilitación empresarial o profesional es proteger o administrar un ámbito, y, para ello, establece unas condiciones de ejercicio de una determinada actividad, igual que puede establecerlas para otra actividad que se pueda ejercer en ese ámbito. Aquí el título se concede en virtud de la regulación contenida en la normativa del ámbito. Tal es el caso de una concesión sobre el dominio público, que pretende proteger o administrar dicho dominio, y puede referirse a una u otra actividad que se pueda ejercer en él. Aquí nos encontraríamos con las concesiones sobre el dominio público radioeléctrico, como son las concesiones de emisoras de radio o televisión.

2) Se puede considerar que el objeto de la habilitación empresarial o profesional es proteger los intereses que entran en juego al ejercer una actividad concreta. Aquí el título se concede en virtud de la regulación contenida en la normativa de la actividad. Tal es el caso de una licencia de apertura de una empresa con un almacén con la que se puedan contratar suministros.

3) Se puede considerar que el objeto de la habilitación empresarial o profesional es proteger los intereses que entran en juego al ejercer una actividad concreta en lo relativo a la parte que se refiere a la mera realización de su producto o actividad y características de éstos. Aquí también el título se concede en virtud de la regulación contenida en la normativa de la actividad. Tal es el caso del título de instalador eléctrico, que pretende proteger intereses tales como la salud pública o la integridad de la red eléctrica, al realizar la instalación y por la instalación en sí misma una vez efectuada.

4) En los tres casos se puede controlar que la actividad se ejerza en determinadas condiciones, si bien es cierto que en el tercero se suele hacer más hincapié en tener una determinada destreza. No obstante, nada impide que la destreza también sea exigida en los otros dos casos.

5) La habilitación empresarial o profesional sería aquella a la que se refiere el tercer caso citado, pues la Administración contratante, al contratar (no en otras actuaciones), no pretende proteger o administrar ámbitos, ni proteger intereses ajenos al mismo objeto del contrato, sino que lo que pretende es que el objeto contratado sea adecuado. Así, por ejemplo, es lógico que, si una obra requiere un hormigón especial para el empleo del cual se necesita un título habilitante, la Administración exija estar en disposición de ese título para contratar con la empresa, ya que es su interés que la obra a realizar sea correcta. Si se interpretase que la solución es la primera o la segunda las planteadas, habría que exigir habilitación casi en cualquier contrato y con un grado que alcanzaría a casi cualquier licencia, autorización o concesión precisa para el ejercicio de la actividad.

2) INFORME SOBRE SI LA CONDICIÓN DE APTITUD DE NO ESTAR INCURSO EN UNA PROHIBICIÓN DE CONTRATAR ES EXIGIBLE EN LOS CONTRATOS MENORES.

La duda se plantea por lo siguiente:

1) Mientras que el artículo 43 de la LCSP dice "1. Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incursas en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.- 2. Los empresarios deberán 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".

2) El artículo 122.3 de la LCSP dice 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".

Se pide a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que aclare si la siguiente interpretación es correcta (o que indique la interpretación del asunto que conforme a su superior criterio sería la adecuada):

1) Lo señalado en el artículo 43.1 de la LCSP se establece con carácter general para la contratación pública. No obstante, es un principio en la aplicación del Derecho que la norma específica desplaza la general. Y el artículo 122 de la LCSP señala (no con carácter general, sino específicamente para los contratos menores) 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.

2) De esta manera, nos encontramos con la siguiente situación:

-El artículo 43.1 y .2 de la LCSP, precepto de carácter general para la contratación del sector público, establece cuatro requisitos de aptitud exigibles a los contratistas, a saber: 1-contar con

capacidad de obrar; 2 -no estar incurso en una prohibición de contratar; 3 -acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional; y 4 -contar con la habilitación empresarial o profesional correspondiente.

-El artículo 122 de la LCSP, precepto de carácter especial para los contratos menores, establece, a diferencia del artículo 43.1 y.2, sólo dos requisitos de aptitud exigibles a los contratistas, que son el primero y cuarto de los citados anteriormente, no incluyendo el segundo y el tercero, y por tanto, no incluyendo el requisito de "no estar incurso en una prohibición de contratar"; ni el de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional (no ha de "acreditarla" aunque se supone un mínimo de solvencia). Según el principio de especialidad, la norma especial desplaza a la general, por lo que el artículo 122 de la LCSP, en su ámbito de aplicación, debe prevalecer sobre el 43.1 de la misma Ley.

-Los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa al respecto, relativos a la normativa anterior, entendían que no se podía efectuar la contratación menor cuando se estaba incurso en prohibición de contratar. No obstante, en la normativa anterior (TRLCAP) no se contenía regulación específica de aptitud para los contratos menores, situación ésta que ha cambiado con la nueva LCSP, en la que, como se ha señalado antes, se contiene dicha regulación específica.

-El excluir de prohibiciones en materias propias de las mismas, aunque pueda parecer llamativo en un principio, no es un caso extraño en nuestro Ordenamiento Jurídico. Así, en materia de subvenciones, se prevén, al mismo modo que en materia de contratación, una serie de prohibiciones para obtener la condición de beneficiario en el artículo 13 de la Ley General de Subvenciones (entre las que se incluye, por ejemplo, la de no hallarse al corriente en el cumplimiento de obligaciones tributarias o frente a la Seguridad Social impuestas por las disposiciones vigentes). Y el mismo artículo 13, en su apartado segundo, permite que, por la naturaleza de la subvención, se exceptúen por su normativa reguladora. Por ello, no es de extrañar que, dada la naturaleza de los contratos menores, la propia LCSP exceptúe las prohibiciones como requisito de aptitud para los mismos, máxime teniendo en cuenta que el fundamento de las prohibiciones radica (no en proteger, por ejemplo, los intereses relativos a la Hacienda Pública con la prohibición de no estar al corriente de obligaciones tributarias) en asegurar una mínima, "seriedad" del contratista para garantizar que ejecutará el contrato. Es lógico que, en contratos que la Ley considera de poca cuantía, no se exija este requisito de seriedad.

3) INFORME SOBRE SI EN DETERMINADOS TIPOS DE CIRCUNSTANCIAS SE DA FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO.

3.1) INFORME SOBRE SI HAY FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO SI SE CONTRATA POR INDEPENDIENTE LA EJECUCIÓN DE VARIOS PROYECTOS DE PRODUCCIÓN AUDIOVISUAL DE PROMOCIÓN DE INTERESES PROVINCIALES, EN EL CASO DE QUE ESTOS PROYECTOS SEAN AUTÓNOMOS.

Se pretende contratar la ejecución de tres proyectos de producción audiovisual de promoción de intereses provinciales (por ejemplo, turismo, medio ambiente, economía).

Para cada producción se elaboran sus correspondientes prescripciones técnicas.

Se pide a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que aclare si la siguiente interpretación es correcta (o que indique la interpretación del asunto que conforme a su superior criterio sería la adecuada):

Ciertamente, ni la normativa ni la JCCA han sido claros a la hora de determinar en qué consiste el fraccionamiento de contrato. Si hacemos un recorrido sobre los más de 680 informes de la JCCA disponibles en Web desde 1990, prácticamente no encontramos reseñas sobre el fraccionamiento de contratos, y si aparece alguna no lo hace analizando la cuestión.

La base de la argumentación que a continuación se dará radica en que la Administración ha de respetar la no fragmentación de necesidades a la hora de contratar, no pudiendo concebir necesidades contratables que sean más reducidas de las que es una necesidad que puede subsistir como autónoma. Asimismo, no está obligada a contratar conjuntamente varias necesidades que se conciben como autónomas.

Lo cierto es que todos tenemos claro que el que un Ayuntamiento haga un parking público en Gloria Fuertes y otro, al mismo tiempo, en Padre Méndez contiene actividades separadas porque las obras tienen independencia entre sí. Realmente los parking responden a una necesidad pública común más o menos planificada de aliviar la falta de aparcamiento en la ciudad, pero las obras tienen la suficiente independencia y se concibe que se pueden contratar por separado.

Imaginemos ahora que un Ayuntamiento desea construir a la vez dos parking para aliviar la falta de aparcamiento en una determinada zona de la ciudad, de tal forma que los parking están en dos calles continuas, que incluso las obras colindan, pero que están concebidas como dos parking diferentes. Nos damos cuenta que ya la finalidad no es tan amplia como en el caso anterior, porque

se trata de aliviar la falta de aparcamiento en una zona muy concreta y, además, planificada para los dos Parking conjuntamente.

Igualmente parece que todos concebiríamos las obras como independientes y contratables por separado.

Se suele decir en estos casos que las obras tienen autonomía, para justificar que se puedan contratar por independiente. Esta idea puede no ser del todo expresiva de lo que realmente justifica la contratación separada, como después veremos.

Por otro lado, podemos concebir la realización de un colegio que contiene el edificio de aulas y unos vestuarios. El proyecto contiene dos obras que tienen independencia, en tanto en cuanto, la una y la otra se sostienen físicamente por independiente, y, además, pueden prestar servicio por independiente (de hecho, en verano, cuando no hay clases, se pueden usar los vestuarios y no las aulas). Así, las obras tienen autonomía. En cambio, nadie concebiría que, el proyecto se dividiese y se contratasen las obras por separado, si están previstas en el mismo proyecto y hay presupuesto.

Realmente, lo que justifica que dos obras se liciten por separado no es la autonomía de las obras, pues ello no sería acorde con el artículo 22 de la LCSP. Ciertamente, este artículo basa la contratación en la identificación de una necesidad (y, como consecuencia de la necesidad, en la idoneidad del contrato para satisfacerla). De esta manera, lo que justifica que las obras se liciten por separado es la autonomía de la necesidad pública a satisfacer, no la autonomía de la obra.

Así:

-En el caso de los parking separados (Gloria Fuertes y Padre Méndez), cada uno, aunque responden a una necesidad pública general (aliviar la falta de aparcamiento en la ciudad) también responden a una necesidad pública (menos general) autónoma, que es aliviar la falta de aparcamiento que el mismo parking efectuará. El alivio que producirá un solo Parking es concebido como una necesidad pública autónoma, es decir, la necesidad pública es identificable como suficiente dentro de la actividad de la entidad local.

-En el caso de los parking de la zona concreta, ocurre lo mismo. Cada parking, aunque responde a una necesidad pública general (o concreta, si se quiere decir así), también responde a una necesidad pública menos general (o más concreta aún, si se quiere decir así), pero que es autónoma, que es, como se ha dicho, aliviar la falta de aparcamiento que el mismo parking efectuará.

-En el caso del colegio y vestuario, está claro que la necesidad pública a satisfacer es la docencia en un determinado grado de enseñanza en un lugar concreto (no la docencia en general). La necesidad no es la de facilitar un lugar donde la gente se pueda cambiar de ropa. Por ello, las obras, aunque sean físicamente autónomas, y aunque se puedan utilizar por separado, se han de efectuar conjuntamente si están previstas en el proyecto y hay presupuesto.

Se pueden poner otros ejemplos. Así, una Administración no compra bolígrafos por un lado y lápices por otro, pues no existe una necesidad pública autónoma que sea la de contar con bolígrafos, sino que la necesidad pública autónoma es contar con material de oficina.

Es decir, allí donde exista una necesidad pública identificable como autónoma, si se abarca toda, no se puede decir que exista fraccionamiento de contrato.

En el caso que nos ocupa nos encontramos con lo siguiente:

-Una necesidad pública más o menos general (o concreta, si se quiere decir), y más o menos planificada, que es la de dar a conocer los recursos de la provincia mediante producciones.

-Por otro lado, dentro de esa necesidad pública más o menos general, existen necesidades públicas autónomas, que son, por ejemplo, dar a conocer los recursos gastronómicos de la provincia mediante una producción, o dar a conocer los espacios naturales mediante una producción. Ciertamente son producciones autónomas (pues una puede subsistir sin la otra), pero no es ese matiz el que hace que se puedan contratar por separado, sino el que, como se ha dicho, responden a una necesidad pública autónoma. Por esto último dicho, seguramente, si se efectuasen dos producciones sobre gastronomía, habrían de constituir un solo objeto de contrato, ya que lo que sí cierto es que, dentro de un contrato se han de incluir todos los servicios "homogéneos" (artículo 76.7) pero la homogeneidad no puede trascender más allá del eje esencial de la contratación, es decir, no puede extenderse más allá de una necesidad, y debe quedar dentro de ella.

Esta es la idea a la que responde el artículo 22 de la LCSP, que, como ya se ha dicho, basa la contratación en la identificación de una necesidad. Pero es más, la Ley, en su primer artículo basa también la contratación en la definición previa de necesidades. Encontramos menciones similares en el artículo 6, para el contrato de obras; en el artículo 25 para los contratos mixtos; en el artículo 93, al hablar del expediente de contratación, en el artículo 96, al hablar de la tramitación urgente y en el 97 al hablar de la de emergencia; en el artículo 107, al tratar el contenido de los proyectos de obras;

en el artículo 113 al tratar el contenido de los anteproyectos en los contratos de concesión de obra pública; en el 118, 119, 120.i) y 120.m) para el contrato de gestión de servicios públicos; 134.1, sobre criterios de valoración de las ofertas; 163, 164, 165, 166 sobre el diálogo competitivo; 216.2, sobre ejecución del contrato de obras; 279, sobre duración del contrato de servicios.

Asimismo, al hilo de lo antes dicho sobre la homogeneidad de los servicios cabe preguntarse por qué no contratar conjuntamente servicios homogéneos pertenecientes a distintas necesidades. Al respecto (con independencia de que en las producciones audiovisuales pueda ser discutible la homogeneidad por tratarse de materias distintas y necesidades distintas) cabría responder simplemente "porque lo dispone así la ley a la vista de que hace girar la contratación en torno a la identificación de necesidades y no de homogeneidades". Ciertamente, con ello sería suficiente y no haría falta preguntarnos el por qué de la voluntad del legislador. Pero, con todo, y para más abundamiento, podemos apreciar la lógica del legislador de la siguiente manera:

1) La Administración (de manera formal o no) puede planificar de forma estratégica y de forma operativa.

2) Así, una Diputación puede prever un plan de obras y servicios (plan estratégico) y no por ello ejecuta todas las obras que hay en dicho plan hasta que se den las circunstancias (entre ellas presupuestarias) idóneas, en cuyo caso puede planificar la operativa, e incluso puede que algunas no se lleguen a ejecutar. Se trata de la misma dinámica antes explicada de necesidades más o menos genéricas (o concretas) y necesidades autónomas.

3) En el caso de las producciones audiovisuales que nos ocupa, la Administración puede planificar la realización de varias de ellas, pero la ejecución de una no tiene por qué estar vinculada a la de otra. La contratación y ejecución de una en una materia (por ejemplo, gastronomía) no merma ni mejora las demás en otras materias (al contrario de lo que ocurriría si se hacen dos producciones sobre la misma materia, como antes se ha explicado). La Administración puede, en función de las circunstancias, contratar una y las otras no llegar a contratarlas. También, aunque se contraten al mismo tiempo, puede darles destinos distintos (por ejemplo, podría renunciar a un contrato por razones de oportunidad, conforme al artículo 139 de la LCSP).

4) De esta manera, la homogeneidad queda supeditada a la necesidad.

3.2) INFORME SOBRE SI HAY FRACCIONAMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO SI SE CONTRATA POR INDEPENDIENTE LA EJECUCIÓN DE PUBLICIDAD INSTITUCIONAL CON DISTINTOS PERIÓDICOS DE PRENSA ESCRITA PERO QUE PERTENEZCAN AL MISMO EMPRESARIO O SOCIEDAD.

Una sociedad ha presentado facturas correspondientes a cuatro periódicos de ámbito comarcal en la provincia.

Se pide a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que aclare si la siguiente interpretación es correcta (o que indique la interpretación del asunto que conforme a su superior criterio sería la adecuada):

Los medios de comunicación son instrumentos mediante los cuales se informa y se comunica de forma masiva. Son la representación física de la comunicación en nuestro mundo.

Las Administraciones Públicas tienen que cumplir con su deber de mantener informados a los ciudadanos acerca de las actividades que se desarrollan desde las distintas áreas y de las que se han de beneficiar los municipios.

La forma más adecuada de hacer llegar la información a los ciudadanos es aquella en que, dentro de las posibilidades de la Administración, se llegue a un número mayor de ciudadanos. Para conseguir lo dicho hay varias posibilidades, todas ellas adecuadas, a saber: desde hacer una mayor incidencia en un tipo de medio de comunicación (escrito, radio o audiovisual) o en varios y desde utilizar los considerados mejores dentro de un tipo hasta utilizar además todos o parte de los restantes. Todo ello, en los términos de la normativa de contratación de las Administraciones Públicas.

Lo cierto es que el hecho de que se contrate con varios medios responde a la idea de llegar a más población. El llegar a más población exige forzosamente una nueva actividad, esto es, un nuevo medio de comunicación, que es diferente de los demás. Tenemos que tener en cuenta que la Administración al contratar la publicidad en un segundo posterior medio de comunicación, lo hace siempre sobre la idea o esperanza de llegar a más personas, y para ello, al contrario de lo que ocurre con otros servicios, exige forzosamente una actividad empresarial cualitativamente distinta de las otras (distinta de los otros medios), y ello porque es imprescindible que las personas destinatarias perciban, a simple vista, una actividad distinta (ejemplos: no compran un periódico, pero pueden comprar otro; no escuchan una emisora pero pueden escuchar otra). Así, con un ejemplar de periódico, la población no sólo percibe la existencia de un producto (esto es, el ejemplar de periódico o la emisión en una determinada frecuencia) sino también la existencia de una actividad empresarial con autonomía y distinta de otras correspondientes a otros productos del mismo tipo. Estas mismas

apreciaciones se dan con cualquier producto o servicio, pero lo cierto es que en otros casos, no es imprescindible para la Administración que se tenga que percibir la existencia de actividad empresarial autónoma y distinta de otras (esta percepción es irrelevante para que otros servicios lleguen a la población deseada), y ello, aunque las actividades pertenezcan a un mismo empresario.

En el caso que nos ocupa, la sociedad editora presenta cuatro actividades empresariales distintas, pero ello es simplemente una pura cuestión organizativa empresarial, pues igualmente podría existir una sociedad por actividad empresarial, y seguiría habiendo lo mismo: cuatro actividades empresariales.

Por otra parte (aunque la sociedad editora parece haber concebido sus periódicos como complementarios entre sí) Diputación no pretende dividir por zonas de la provincia la publicidad institucional, ya que, siendo consciente de que los medios de ámbito subprovinciales existentes no tienen ámbitos coincidentes y se solapan, ello resulta imposible. Ello, salvo que se hagan coincidir las zonas con ámbitos de periódicos concretos, que además de que no está estudiado si ello sería o no adecuado para Diputación, nos llevaría de nuevo a la misma idea de que la división por zonas exige forzosamente actividades empresariales diferenciadas, y de que el servicio de publicidad no puede ser tratado como otros servicios.

Para más aclaración, es cierto que varias actividades empresariales pueden pertenecer a una misma persona o entidad, pero ello no justifica que se haya de unificar un objeto de contrato pues ello es simplemente una pura cuestión organizativa empresarial: y ocurre en numerosísimos casos que un empresario realiza actividades distintas que muy fácilmente se distinguen como autónomas por sus caracteres de peso diferenciadores, y la Administración contrata lícitamente (cuando se encuentra con distintos objetos contractuales) con ese empresario para una de sus actividades y con otros para otra actividad que también ejerce el primero.

Queda claro pues que no se fracciona el objeto del contrato, pues el, fraccionamiento de contrato sólo puede existir cuando se rompe la correspondencia con actividades empresariales diferenciadas. Las normas prohibitivas de fraccionamiento no pueden ir más allá de lo que razonablemente encaja en una actividad empresarial, ya que las normas de publicidad y concurrencia están previstas para que concurra quien ejerce actividades que puedan encajar en un concepto lógico de actividad empresarial, esto es, con empresarios, aunque la ejerzan con subcontratación.

Una actividad empresarial puede ser considerablemente extensa (porque incluso se admite para ello la subcontratación), con lo cual las normas de fraccionamiento pueden tener un alcance considerablemente amplio, pero esta amplitud no nos puede llevar a sobrepasar los límites de lo que razonablemente es una actividad empresarial, pues, de lo contrario, no se podrían encontrar límites para distinguir los objetos contractuales de la Administración, y se encontraría con que no hay empresarios que puedan concurrir. La Administración no puede exigir a un empresario que cuente con cuatro periódicos y, en cuanto a dividir por lotes según zonas, como antes se ha explicado, los medios de ámbito subprovinciales existentes no tienen ámbitos coincidentes y se solapan, por lo que resulta imposible. Ello, salvo que, como también antes se ha explicado, se hagan coincidir las zonas con ámbitos de periódicos concretos, que además de que no está estudiado si ello sería o no adecuado para Diputación, nos llevaría de nuevo a la misma idea de que la división por zonas exige forzosamente actividades empresariales diferenciadas. Esto último llevaría a decir todo lo más, que, si hay dos periódicos para la misma zona, habría que efectuar, para esa zona, la licitación que correspondiera conforme a la LCSP».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta cuyo extenso texto se transcribe anteriormente plantea diferentes cuestiones que deben sintetizarse en la forma que sigue:

1ª) Si las concesiones de emisoras de radio o de televisión constituyen habilitación empresarial o profesional en contratos de publicidad institucional.

2ª) Si la condición de aptitud de no estar incurso en una prohibición de contratar es exigible en los contratos menores.

3ª) Si hay fraccionamiento del objeto del contrato si se contrata de forma independiente la ejecución de varios proyectos de producción audiovisual de promoción de intereses provinciales, en el caso de que estos proyectos sean autónomos.

4ª) Si hay fraccionamiento del objeto del contrato si se contrata de forma independiente la ejecución de publicidad institucional con distintos periódicos de prensa escrita pero que pertenezcan al mismo empresario o sociedad.

2. La primera de las consultas se refiere a si las concesiones de emisoras de radio deben considerarse como la habilitación empresarial o profesional a que se refiere el artículo 43 de la Ley

de Contratos del Sector Público en su apartado 2. Dicho precepto indica que para contratar con el sector público *“los empresarios deberán 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”*.

Aún cuando la concesión de una emisora de radio pueda presentar ciertas diferencias sustanciales con los títulos habilitantes a que se refiere el precepto transcrito, es evidentemente también una modalidad de habilitación empresarial y, por consiguiente, está incluida en la exigencia prevista en él. En efecto los títulos habilitantes tradicionalmente exigidos en este apartado tienen como finalidad implícita la de acreditar que la entidad titular de la misma tiene suficiente capacitación técnica o profesional para ejercer la actividad. Sin embargo, en el sistema de la Ley de Contratos del Sector Público, esta acreditación de solvencia técnica o profesional se regula en el apartado primero del artículo 43 y en los artículos 51 y siguientes de la misma Ley que establecen los medios a través de los cuales se acredita.

La habilitación empresarial o profesional a que se refiere el apartado 2 antes transcrito 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.

Consecuencia de todo esto es que una emisora de radio o televisión sólo podrá celebrar un contrato (cualquiera que sea su naturaleza) con el sector público, si se encuentra en posesión de su título habilitante, es decir de la correspondiente concesión como requisito legal indispensable para el ejercicio lícito de su actividad.

Cosa diferente es el modo en que deba acreditarse en los procedimientos de adjudicación de los contratos el encontrarse en posesión de la misma. A este respecto, es evidente que la empresa licitadora podrá aportar el título habilitante original o copia o testimonio del mismo que cumpla los requisitos de autenticidad que sean exigibles.

3. La segunda cuestión planteada se refiere a si es exigible en el caso de los contratos menores el requisito de aptitud consistente en que los contratistas no se encuentren incurso en prohibición de contratar.

El fundamento para plantear esta cuestión se encuentra en el hecho de que el artículo 122.3 de la Ley de Contratos del Sector Público indica 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”*. Parece desprenderse de este precepto que no es necesario exigir más requisitos que los de tener capacidad de obrar y título habilitante. Quedarían excluidos por tanto los relativos a la solvencia económica o financiera y técnica o profesional por una parte y por otra la exigencia de no estar incurso en prohibición de contratar.

Sin embargo esta afirmación debe considerarse incompatible con la rotundidad empleada por el artículo 43.1 de la Ley al señalar cuáles son los requisitos de aptitud para contratar. De conformidad con él *“sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”*.

Para que el supuesto contemplado en el artículo 122.3 pudiera considerarse exceptuado de los términos tajantes de este precepto sería preciso, cuando menos, que lo dijera expresamente. Ha de tenerse en cuenta a este respecto que la finalidad del artículo 122.3 no es establecer los requisitos que debe reunir el adjudicatario de los contratos menores, sino el hecho de que éstos

pueden adjudicarse directamente sin necesidad de observar los requisitos formales establecidos para los restantes procedimientos de adjudicación, que este mismo artículo contempla en sus otros apartados.

La limitación de exigencia de requisitos de aptitud a la capacidad de obrar y al título habilitante ha de entenderse en el sentido de que no es preciso acreditar documentalmente más que la una y el otro. Sin embargo, evidentemente, si la empresa adjudicataria se encuentra en prohibición de contratar y esta circunstancia es del conocimiento del órgano de contratación debe ser tenida en cuenta.

4. La tercera cuestión se refiere a si hay fraccionamiento del objeto del contrato en el caso de que se contrate de forma independiente la ejecución de varios proyectos de producción audiovisual de promoción de intereses provinciales, en el caso de que estos proyectos sean autónomos.

De manera expresa recalca la consulta que los diferentes contratos respecto de los cuales se solicita el parecer de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tienen carácter de autónomos entre sí. Reiteradamente ha puesto de manifiesto esta Junta que aún cuando los objetos de dos o más contratos sean semejantes pero independientes entre sí, no hay razón para considerar aplicable lo dispuesto en el artículo 74.2, de conformidad con el cual *“no podrá fraccionarse un contrato con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”*.

A este respecto debe traerse a colación aquí lo manifestado en el informe 69/2009, de 31 de marzo, en el que se señalaba que *“la prohibición de fraccionar el objeto de los contratos del sector público está dirigida fundamentalmente a evitar que a través de ella se eluda la aplicación de ciertas normas cuya exigibilidad depende del valor estimado del contrato...Ello significa que la finalidad última de la Ley no es agrupar artificialmente en un solo contrato varias prestaciones de distinta o idéntica naturaleza sino impedir el fraude de ley tendente a evitar la aplicación de los preceptos que regulan los procedimientos abierto o negociado o las exigencias de publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea. Por ello, no debe interpretarse este precepto como una obligación de integrar en un solo contrato dos o más prestaciones aunque sean similares y puedan ejecutarse de forma conjunta, si entre ellas no existe un vínculo operativo y es perfectamente posible no sólo contratarlas por separado sino incluso su explotación en forma independiente.*

Es decir el primer requisito que debe cumplirse para que pueda hablarse de fraccionamiento del contrato es que exista una unidad operativa o sustancial entre las diferentes prestaciones (o partes de prestaciones). Así se desprende sin lugar a dudas de la propia Ley de Contratos del Sector Público que en su apartado 3 se refiere a que “cuando el objeto del contrato admita fraccionamiento y así se justifique debidamente en el expediente, podrá preverse la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, siempre que éstos sean susceptibles de utilización o aprovechamiento separado y constituyan una unidad funcional, o así lo exija la naturaleza del objeto”.

Este artículo resulta especialmente revelador pues admite que el objeto de un contrato pueda fraccionarse y dividirse en lotes las diferentes partes de la prestación siempre que sean susceptibles de utilización o aprovechamiento por separado y constituyan por sí solas una unidad funcional. Quiere decir esto que si se admite la posibilidad de que partes de una prestación puedan ser tratadas separadamente, desde el punto de vista contractual, cuando cumplan los dos requisitos mencionados, con mucha más razón deberá admitirse que sean objeto de contratación por separado dos prestaciones que ni siquiera forman por sí mismas una unidad”.

Sentado esto y, aceptando como punto de partida que los contratos a que se refiere la consulta tienen el carácter de autónomos o independientes entre sí, es decir que sus objetos no constituyen una unidad funcional u operativa, es evidente que aunque se trate de contratos con objetos de la misma naturaleza pueden ser contratados de forma independiente.

5. La última cuestión objeto de consulta plantea si hay fraccionamiento del objeto del contrato si se contrata de forma independiente la ejecución de publicidad institucional con distintos periódicos de prensa escrita pero que pertenezcan al mismo empresario o sociedad.

La respuesta a esta cuestión debe estar basada en los mismos argumentos utilizados en el apartado anterior de este informe. Ante todo debe hacerse constar que para determinar si existe o no fraccionamiento del objeto del contrato deberá atenderse a su características, siendo indiferente

las que afectan al adjudicatario y, de modo particular, las de si existen o no vínculos entre las diferentes empresas adjudicatarias.

Existirá fraccionamiento del objeto contractual siempre que se den los requisitos del artículo 74.2 es decir que el objeto por su propia naturaleza no admita que determinadas partes del mismo sean susceptibles de contratación por separado y que el fraccionamiento no se lleve a cabo *“con la finalidad de disminuir la cuantía del mismo y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan”*.

No concurriendo estos requisitos debe entenderse que se trata de objetos independientes que, por tanto, pueden ser tratados desde el punto de vista contractual de forma independiente.

De no ser así, evidentemente no cabe el fraccionamiento.

En el caso que se plantea, la realización de una campaña divulgativa, parece ser condición indispensable que ésta se realice a través de diferentes medios de comunicación con objeto de lograr la máxima difusión. En tales circunstancias, puede decirse que no existe fraccionamiento del objeto del contrato, si la campaña implica la celebración de contratos independientes con medios de comunicación diferentes. A este respecto además son irrelevantes las vinculaciones que puedan existir entre las sociedades propietarias de cada uno de ellos.

Cosa diferente sería si la contratación se llevara a cabo con la sociedad matriz del grupo pero dividiendo en contratos independientes la actividad correspondiente a cada uno de los medios. En tal caso, podría hablarse de fraccionamiento si la actividad claramente estuviese concebida como única o las diversas actuaciones que la integrasen estuvieran vinculadas por vía de su unidad funcional, y se fraccionasen para conseguir el efecto a que se refiere el inciso final del artículo 74.2.

CONCLUSIONES

1. El concepto título habilitante exigido de conformidad con el artículo 43.2 de la Ley de Contratos del Sector Público incluye también en el caso de las emisoras de radio o de televisión la concesión que las habilita para ejercer la actividad.

2. En los contratos menores es plenamente exigible el requisito de no estar incurso en prohibición de contratar para poder ostentar la aptitud a que se refiere el artículo 43.1 de la Ley de Contratos del Sector Público.

3. Existe fraccionamiento del objeto de contrato siempre que se divida éste con la finalidad de eludir los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente, y ello, aunque se trate de varios objetos independientes, si entre ellos existe la necesaria unidad funcional u operativa. Correlativamente no existirá fraccionamiento siempre que se trate de diversos objetos que no estén vinculados entre sí por la citada unidad.

4. Para la determinación de si existe o no fraccionamiento del objeto del contrato es irrelevante la existencia o no de vinculaciones accionariales o de otra índole entre los adjudicatarios de los contratos.