

Informe 7/2018, de 16 de novembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Possibilitat d'incloure clàusules relatives als paradisos fiscals en els contractes del sector públic

ANTECEDENTS

I. L'Ajuntament de Vic ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre els "dubtes legals" que planteja la inclusió en els contractes públics d'una clàusula, proposada com a moció per part d'un grup municipal. L'escrit de petició transcriu part de la moció sobre la que es sol·licita informe, que té el tenor literal següent:

Primer.- (...)

Segon.- Incorporar una clàusula contractual de caràcter essencial en tots els contractes públics municipals, incloent-hi les entitats que conformen el grup municipal, que estableixi que els licitadors, contractistes o subcontractistes o empreses filials o empreses interposades no poden realitzar operacions financeres en paradisos fiscals, segons la llista de països elaborada per les institucions europees o avalades per aquestes o, en el seu defecte, l'Estat espanyol o fora d'ells i que siguin considerades delictives, en els termes legalment establerts, com a delictes de blanqueig de capitals, frau fiscal o contra la Hisenda Pública.

Tercer.- En totes les licitacions dels contractes públics municipals les empreses licitadores declararan si compleixen la condició establerta en l'apartat anterior.

Quart.- En els termes establerts per la normativa aplicable, requerir a l'empresa que manifesti tenir relació amb paradisos fiscals sense incórrer en actuacions il·legals descrites en l'apartat primer, els moviments financers concrets i tota la informació relativa a aquestes actuacions i donar publicitat en el perfil de contractant municipal de que l'empresa ha declarat tenir relacions amb paradisos fiscals.

Cinquè.- En el supòsit que, formalitzat un contracte públic municipal, es verifiqui la falsedat de la declaració de l'empresa contractista o subcontractista de no tenir cap relació financera o econòmica en un paradís fiscal en relació amb les actuacions descrites en l'apartat primer, es considerarà falta greu amb imposició de penalitats i, si s'escau, la resolució del contracte d'acord amb la previsió de l'article 223.f del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, que aprovà el text refós de la Llei de contractes del sector públic (TRLCSP) i s'incoarà expedient de prohibició de contractar segons la previsió de l'article 60.2.c del TRLCSP per incompliment de clàusules essencials del contracte.

Sisè.- Sempre tenint en compte i d'acord amb els límits establerts a les lleis de transparència i protecció de dades, fer pública la documentació presentada per les empreses que optin a concursos públics, on es detalli la seva presència país per país, i la xifra de negocis a cadascun d'aquests territoris.

(...).

I en concret, es plantegen les qüestions següents:

- a) Si la clàusula que proposa la moció té caràcter essencial.
- b) Si la clàusula que proposa la moció és contrària a l'article 60.1.a del TRLCSP.
- c) Si es pot exigir la documentació que proposa la moció als licitadors amb comptes en paradisos fiscals que no estan incursos en les prohibicions de contractar i, de ser afirmativa la pregunta, si es pot publicar aquesta documentació al perfil de contractant.

II. Per la seva banda, l'Ajuntament de Torelló ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre els dubtes jurídics que planteja una moció aprovada pel seu Ple que instava a l'Ajuntament a "estudiar, detectar i activar els mecanismes necessaris per evitar o dificultar la contractació d'empreses privades per a prestar serveis públics que tinguin la seu social en paradisos fiscals o societats que formin part de la matriu industrial domiciliada en paradisos fiscals, així com a fer pública la documentació presentada per les empreses que optin a concursos públics, on es detalli la seva presència país per país, i la xifra de negocis a cadascun d'aquests territoris".

La petició d'informe adjunta, d'acord amb la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, d'aquesta Comissió Permanent, sobre els requisits que han de reunir les sol·licituds d'informe formulades a la Junta Consultiva, l'informe de la secretària de l'Ajuntament, en el qual es plantegen les dues qüestions següents:

- Si l'establiment de mesures per prohibir o restringir la contractació d'aquesta Administració amb empreses domiciliades a paradisos fiscals pot ésser contrari als principis de llibertat d'accés a les licitacions i no discriminació i igualtat de tracte entre els candidats o entrar en contradicció amb qualsevol altre precepte legal.
- Si seria conforme amb la legislació vigent incorporar als contractes públics l'obligació de facilitar aquesta informació per part de l'adjudicatari i fer-la pública.

III. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. Amb caràcter previ a analitzar les qüestions que es plantegen a aquesta Junta Consultiva, cal precisar que, malgrat que una de les peticions es formula respecte del Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic (d'ara endavant, TRLCSP), l'anàlisi es farà ja sota la perspectiva de la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament

Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014 (d'ara endavant, LCSP).

Així, es considera convenient iniciar aquesta anàlisi partint de les previsions que es contenen en la LCSP relatives a les obligacions de les empreses en el marc dels procediments de contractació pública derivades d'altres legislacions i, específicament, de les relatives a fiscalitat.

L'article 129 de la LCSP –tal com ja feia l'article 119 del TRLCSP– estableix la possibilitat dels òrgans de contractació d'assenyalar en el plec els organismes dels quals els candidats o licitadors poden obtenir la informació pertinent sobre les obligacions relatives a la fiscalitat, entre d'altres matèries, i que, en cas que es faciliti aquesta informació, l'òrgan de contractació ha de sol·licitar als licitadors que manifestin haver tingut en compte en l'elaboració de les seves ofertes les obligacions derivades de les disposicions vigents en la matèria esmentada.

En canvi, l'article 201 de la LCSP estableix que els òrgans de contractació han d'adoptar les mesures pertinents per garantir que en l'execució dels contractes els contractistes compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral, sense fer referència a cap obligació d'adoptar mesures pertinents per garantir el compliment de les obligacions en matèria fiscal o tributària. Tampoc l'article 122 de la LCSP, relatiu als plecs de clàusules administratives particulars, i que incorpora ara –com a novetat respecte del TRLCSP– l'esment a obligacions a incloure-hi derivades d'altra legislació, ni l'article 202 de la LCSP, relatiu a les condicions especials d'execució del contracte de caràcter social, ètic, mediambiental o d'un altre ordre, fent referència també a altra legislació sectorial, inclouen cap previsió al respecte¹.

La darrera previsió continguda en la LCSP sobre aquesta matèria es troba en la disposició addicional cinquantesena, en la qual s'estableix el compromís del Govern d'actualitzar la llista de països i territoris que tinguin la qualificació de paradís fiscal, un cop s'hagin publicat les llistes de jurisdiccions no cooperatives que s'estan preparant per l'OCDE i la Unió Europea. En efecte, aquesta previsió ja denota certa voluntat del legislador d'avançar en matèria de lluita contra els paradisos fiscals en seu de contractació pública, sense haver anat, però, més enllà d'establir aquesta obligació del Govern que, realment, seria la base necessària per altres eventuals actuacions.

¹ Durant la tramitació del Projecte de Llei de contractes del sector públic, es va formular al Congrés dels Diputats una esmena, que no va ser finalment admesa, que proposava el següent: “els òrgans de contractació establiran condicions especials d'execució que obliguin a l'empresa adjudicatària a executar el contracte amb criteris d'equitat i transparència fiscal, d'acord amb la legislació fiscal vigent sense incórrer en blanqueig de capitals, frau fiscal, delictes contra la Hisenda Pública o utilització de paradisos fiscals”; i que “en idèntics termes, es podrà exigir de l'empresa adjudicatària que els ingressos o beneficis procedents del contracte públic no podran en cap cas destinar-se a realitzar operacions a cap país d'aquells inclosos en la llista de paradisos fiscals establerta per l'OCDE, el Govern d'Espanya, o la Comissió Europea, bé sigui de forma directa o a través d'empreses filials” (esmena núm. 142 del grup parlamentari confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea).

Per la seva banda, la Directiva 2014/24/UE, de contractació pública, també preveu, en l'article 18.2, la necessitat de garantir que en l'execució de contractes públics els operadors econòmics compleixen les obligacions aplicables en matèria mediambiental, social o laboral, sense incloure cap referència al compliment de les obligacions en matèria fiscal o tributària, ni a cap altra obligació relativa a aquesta matèria².

D'altra banda, per poder donar resposta a les qüestions plantejades, també cal tenir en compte la Llei 5/2017, del 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic i de creació i regulació dels impostos sobre grans establiments comercials, sobre estades en establiments turístics, sobre elements radiotòxics, sobre begudes ensucrades envasades i sobre emissions de diòxid de carboni, l'article 159 de la qual estableix mesures per a promoure la lliure concurrència i la prevenció del frau en la contractació pública de la Generalitat i del seu sector públic.

De les diverses mesures que s'inclouen en aquest precepte s'ha de fer esment específic de les relatives al foment de l'ètica i la responsabilitat social i, especialment, a la prevista en l'apartat 2.2, que estableix el mandat al Govern de la Generalitat de "promoure, entre altres mesures, la introducció en els plecs de clàusules de l'exigència d'una declaració responsable o bé la inclusió d'una clàusula ètica per tal que els licitadors, adjudicataris i subcontractistes, o llurs empreses filials o vinculades, es comprometin a complir rigorosament la legislació tributària, laboral i de seguretat social, i, específicament, a no fer operacions financeres contràries a la normativa tributària en països que no tinguin normes sobre control de capitals i siguin considerats paradisos fiscals per la Unió Europea".

Aquesta previsió, per tant, avança en la possibilitat d'incloure previsions en les licitacions dels contractes del sector públic encaminades a la lluita contra les operacions comercials en paradisos fiscals que siguin contràries a la normativa tributària.

En aquest sentit, malgrat anar adreçada, com s'ha dit, al Govern de la Generalitat, res no obsta que pugui dur-se a terme per part dels òrgans de contractació mitjançant la inclusió de la clàusula corresponent en els plecs de les respectives contractacions, sempre de manera conforme amb la legislació en matèria de contractació pública. Per tant, és aquesta conformitat a dita normativa, en la inclusió de clàusules relacionades amb la matèria de fiscalitat de les empreses, la que és objecte d'aquest informe.

II. Ateses les qüestions plantejades relatives, d'una banda, a si la clàusula sobre la qual se sol·licita informe té "caràcter essencial" i, d'altra banda, a si l'establiment de mesures per prohibir o restringir la contractació amb empreses domiciliades a paradisos fiscals pot ser contrari als principis de llibertat d'accés a les licitacions i no discriminació i igualtat de tracte entre els candidats o entrar en contradicció amb qualsevol altre precepte legal, es considera convenient analitzar, en primer terme, la viabilitat jurídica d'una clàusula que

² El Parlament Europeu, en la seva Resolució, de 25 de novembre de 2015, sobre resolucions fiscals i altres mesures de naturalesa o efectes similars (2017/C 366/06), demana que "en el marc de la pròxima revisió de la Directiva sobre contractació pública, es valori la possibilitat d'introduir criteris fiscals, de transparència o relatius a la cooperació en les licitacions públiques".

estableixi l'obligació de les empreses licitadores, com a condició especial d'execució, de no realitzar operacions financeres en paradisos fiscals.

La LCSP regula les condicions especials d'execució en l'article 202, el qual introdueix algunes novetats importants respecte de la regulació que establia l'article 118 del TRLCSP i, també, de l'establerta en l'article 70 de la Directiva 2014/24/UE³.

De conformitat amb aquest precepte de la LCSP, les condicions especials d'execució, a més de no haver de ser directament ni indirectament discriminatòries, s'han d'indicar en l'anunci de licitació o en el plec, han de ser compatibles amb el dret comunitari i han d'estar vinculades a l'objecte del contracte –d'acord amb el concepte ampli establert per l'article 145.6 de la LCSP, en relació amb els criteris d'adjudicació⁴–, no podent-se referir, per tant, a característiques o requisits de les empreses⁵.

Així s'assenyala expressament en la part expositiva de la Directiva 2014/24/UE, en la qual, a més de recordar que el propòsit de les condicions d'execució d'un contracte és establir requisits específics en relació amb l'execució s'indica que “han de ser compatibles amb la present Directiva sempre que no siguin directament o indirectament discriminatòries i estiguin vinculades amb la finalitat del contracte, que comprèn tots els factors que intervenen en el procés específic de producció, prestació o comercialització”, la qual cosa, matisa, “inclou les condicions relatives al procés d'execució del contracte, però exclou els requisits relatius a la política general de l'empresa” (considerant 104).

En aquest mateix sentit, també al·ludeix a la idea de què “la condició que existeixi un vincle amb l'objecte del contracte exclou els criteris i condicions relatius a la política general de responsabilitat corporativa, la qual cosa no pot considerar-se com un factor que caracteritzi el procés específic de producció o prestació de les obres, subministraments o serveis adquirits”; i que “en conseqüència, els poders adjudicadors no poden estar autoritzats a exigir els licitadors que tinguin establerta una determinada política de responsabilitat social o mediambiental de l'empresa” (considerant 97).

³ Entre altres novetats, cal destacar que l'article 202 de la LCSP obliga els òrgans de contractació a establir en el plec de clàusules administratives particulars almenys una condició especial d'execució de tipus mediambiental, social o relativa a l'ocupació que persegueixi alguna de les finalitats que enumera, amb caràcter no taxat.

⁴ Aquest precepte transposa al dret intern l'article 67.3 de la Directiva 2014/24/UE, en virtut del qual s'entén que els criteris d'adjudicació –i també les condicions especials d'execució– estan vinculats a l'objecte del contracte quan es refereixin o integrin les prestacions que s'hagin d'efectuar en virtut del contracte esmentat, en qualsevol dels seus aspectes i en qualsevol etapa del seu cicle de vida, inclosos els factors que intervenen en el procés específic de producció, prestació o comercialització de les obres, els subministraments o els servei, o en el procés específic d'una altra etapa del seu cicle de vida, fins i tot quan els factors esmentats no formin part de la seva substància material.

⁵ Aquesta Junta Consultiva analitza els requisits que han de complir les condicions especials d'execució en l'Informe 6/2018, de 16 de novembre, en aquest cas relatives a millores salarials.

Per tant, atesos els requisits de les condicions especials d'execució, cal afirmar ja ara que una eventual clàusula sobre l'obligació de les empreses de no realitzar operacions financeres en paradisos fiscals hauria d'estar, en tot cas, només referida a l'objecte del contracte, de manera que en cap cas podria incloure's com a obligació general de les empreses, en els termes en què es recull en la proposta sobre la que sol·licita informe l'Ajuntament de Vic i com podria entendre's de la moció sobre la que sol·licita informe l'Ajuntament de Torelló⁶.

Així, d'acord amb el que disposa l'article 159 de la Llei 5/2017, del 28 de març, i amb el concepte ampli de vinculació amb l'objecte del contracte fixat ara per la normativa de contractació pública –que permet la incorporació de criteris d'adjudicació i condicions d'execució referides a diverses polítiques públiques–, es considera jurídicament viable establir en els plecs de clàusules administratives particulars, com a condició d'execució i, per tant, sempre circumscrita a l'execució d'un determinat contracte –no establerta, per tant, com a política general d'empresa–, l'obligació de les empreses contractistes –i de les subcontractistes⁷– d'aportar una declaració responsable de compliment de la legislació tributària i de no fer operacions contràries a dita normativa en països que siguin considerats paradisos fiscals per la Unió Europea –prenent com a base, en el seu cas, la llista que el Govern de l'Estat ha d'actualitzar, d'acord amb la disposició addicional cinquantesena de la LCSP, esmentada en la consideració jurídica anterior.⁸

Cal assenyalar que aquesta clàusula, referida al compliment de la legislació tributària, no es pot considerar discriminatòria, en la mesura que el que prohibeix és la realització d'operacions contràries a legislació tributària en països que siguin considerats paradisos fiscals, sense discriminar, per tant, les empreses que hi puguin estar establertes i puguin realitzar-hi operacions sense incomplir dita normativa⁹.

⁶ La Junta de Contractació Pública de Navarra s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió en l'Informe 3/2016, de 16 de desembre, en el qual recorda que “qualsevol clàusula que s'estableixi en els plecs ha d'estar relacionada amb l'objecte del contracte i no pot resultar discriminatòria” i afegeix que “en la mesura en què una determinada clàusula de responsabilitat fiscal compleixi el que s'ha assenyalat, serà conforme a Dret”.

⁷ L'article 202 de la LCSP estableix ara expressament, a diferència de la normativa anterior, que “totes les condicions especials d'execució que formin part del contracte són exigides igualment a tots els subcontractistes que participin de la seva execució”.

⁸ Un exemple d'aquesta clàusula es troba en el Codi per a una contractació pública socialment responsable en l'àmbit de l'Administració de la Generalitat de Catalunya i el sector públic que en depèn, aprovat per Acord del Govern de 20 de juny de 2017.

⁹ La Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana s'ha pronunciat sobre aquesta qüestió, en l'Informe 4/2017, de 12 d'abril, afirmant que la legislació de contractes del sector públic “no permet la discriminació de les empreses, pel mer fet que la seva seu social es trobi en un paradís fiscal o en qualsevol altre territori, ja que la legislació només permet una distinció entre empreses establertes en un territori sota la sobirania d'un Estat membre de la UE o sota la d'altres, per exigir en aquest últim cas reciprocitat de tracte amb les empreses espanyoles”.

En la mateixa línia que la Llei catalana 5/2017, del 28 de març, també la recent Llei 18/2018, de 13 de juliol, de la Generalitat Valenciana, per al foment de la responsabilitat social, disposa en l'article 13.1, relatiu a la incorporació de clàusules de responsabilitat social i de transparència en la contractació pública, que "les administracions públiques inclouran en la contractació pública clàusules de responsabilitat social i de transparència, bé com a criteris d'adjudicació o com a condicions especials d'execució, en els plecs de clàusules administratives particulars", i entre altres clàusules, "incorporaran una clàusula contractual en tots els contractes públics que estableixi que les persones o entitats licitadores, contractistes o subcontractistes o empreses filials o empreses interposades, no poden realitzar operacions financeres en paradisos fiscals que siguin considerades delictives, com delictes de blanqueig de capitals, frau fiscal o contra la hisenda pública", afegint que "amb aquest fi, s'exigirà a les persones o entitats licitadores, contractistes o subcontractistes o empreses filials o empreses interposades, l'aportació de la corresponent declaració responsable als efectes oportuns".

A més, cal destacar que, en l'àmbit comunitari, el Parlament Europeu ha demanat¹⁰ a la Comissió que "proposi una revisió de la Directiva 2014/24/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 de febrer de 2014, sobre contractació pública, que inclogui mesures que impedeixin que les administracions públiques treballin amb societats que recorrin a paradisos fiscals"; i, d'altra banda, als estats membres que "introdueixin mecanismes per desincentivar que els intermediaris establerts en la Unió exerceixin una activitat en territoris inclosos en la llista de la Unió de països i territoris no cooperadors a efectes fiscals i en la llista de la Unió de països amb deficiències estratègiques en els seus règims de lluita contra el blanqueig de capitals i el finançament del terrorisme, per exemple, excloent-los dels procediments de contractació pública".¹¹

En darrer terme, i pel que fa a la qüestió relativa a la possibilitat d'atribuir, a una condició d'execució relativa al compliment de la normativa tributària i a la no realització d'operacions financeres contràries a dita normativa en paradisos fiscals, prevista en un plec de conformitat amb el que s'ha assenyalat, el caràcter d'essencial, cal constatar que, d'acord amb els articles 202 i 211 de la LCSP, es podria atribuir aquest caràcter a dita

¹⁰ En la Recomanació, de 13 de desembre de 2017, al Consell i a la Comissió, arran de la investigació sobre el blanqueig de capitals i l'elusió i l'evasió fiscals.

¹¹ Anteriorment, en la Resolució, de 16 de desembre de 2015, en la que inclou recomanacions destinades a la Comissió sobre l'augment de la transparència, la coordinació i la convergència en les polítiques de tributació de les societats en la Unió, el Parlament Europeu va demanar a la Comissió que presentés "una proposta de catàleg de mesures de retorsió que la Unió i els Estats membres han d'aplicar com a parts interessades i com a finançadors d'organismes públics, bancs i programes de finançament a les empreses que recorren als paradisos fiscals a fi de posar en marxa sistemes de planificació fiscal agressiva i que, per tant, incompleixen les normes de bona governança fiscal de la Unió", entre les quals s'havia d'incloure "la prohibició d'accedir als ajuts estatals o les oportunitats de contractació pública a nivell de la Unió o a nivell nacional" (recomanació relativa a "mesures de retorsió contra les empreses que recorren als paradisos fiscals"). D'altra banda, també demanava a la Comissió Europea que "don(és) als Estats membres més llibertat perquè, a l'hora d'adjudicar contractes públics, el compliment de les obligacions fiscals per part de les empreses i, en particular, els casos d'incompliment sistemàtic, siguin factors a tenir en compte".

clàusula sempre que les obligacions es qualifiquin com a essencials en el plec i que hi figurin enumerades de manera precisa, clara i inequívoca.

III. La segona qüestió que cal analitzar per donar resposta a les dues peticions d'informe és la relativa a la viabilitat jurídica d'establir mesures per "prohibir" la contractació amb empreses "domiciliades a paradisos fiscals", així com si la clàusula sobre la que sol·licita informe l'Ajuntament de Vic és contrària a l'article 60.1.a del TRLCSP, que disposa expressament que no poden contractar amb el sector públic les persones en qui es doni la circumstància d'haver estat condemnades mitjançant sentència ferma per "delictes contra la hisenda pública i la Seguretat Social, delictes contra els drets dels treballadors, malversació, blanqueig de capitals", entre d'altres –prevista actualment a la LCSP, en gairebé idèntics termes, en l'article 71.1.a.

En primer lloc, pel que fa específicament a la consulta sobre la possibilitat de "prohibir" la contractació amb empreses "domiciliades a paradisos fiscals" cal reiterar el que ja s'ha assenyalat en la consideració jurídica anterior, en el sentit que, d'acord amb el règim jurídic vigent, és viable la incorporació d'una clàusula referida al compliment de la legislació tributària, que prohibeixi, durant l'execució dels contractes, la realització d'operacions contràries a legislació tributària en paradisos fiscals, la qual cosa no inclou la possibilitat d'excloure a les empreses que hi puguin estar establertes i puguin realitzar-hi operacions sense incomplir dita normativa.¹²

D'altra banda, pel que fa a la qüestió de la contradicció de la clàusula que es proposa amb l'article de la legislació de contractes que estableix les causes de prohibició de contractar, únicament cal assenyalar, atès que la viabilitat jurídica de la clàusula, tal com es proposa, ja ha estat descartada en la consideració jurídica anterior, que la regulació

¹² En aquest sentit s'ha pronunciat la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, en l'Informe 4/2017, de 12 d'abril, abans esmentat. També la Junta Consultiva de Contractació Administrativa d'Aragó ha afirmat, en l'Informe 15/2016, de 20 de juliol, respecte de "clàusules a incorporar en els plecs en relació amb la responsabilitat fiscal dels licitadors" que "el fet de què una empresa tingui residència, activitat o tributari en un dels qualificats com a paradisos fiscals, no revela en sí mateix cap taxa d'il·legalitat que impedeixi que pugui participar en licitacions públiques" i que, en conseqüència, per sancionar amb l'exclusió d'una licitació a un operador econòmic que tingui residència o activitat en un paradís fiscal, és necessari verificar que existeix frau fiscal a través de la incoació i resolució del procediment oportú.

Per la seva banda, el Tribunal Administratiu Central de Recursos Contractuals va afirmar, en la Resolució núm. 792/2017, de 15 de setembre, que "la circumstància de residir, operar o estar vinculat amb un territori considerat paradís fiscal no constitueix per sí sola un aspecte rellevant que pugui ser tingut en compte en un procediment de contractació del sector públic, ni discriminant empreses o grups empresarials que operin en paradisos fiscals ni afavorint en l'adjudicació a empreses que no ho facin, per la qual cosa l'establiment de clàusules administratives en aquest sentit suposa una vulneració dels principis de la contractació administrativa de llibertat d'accés a les licitacions, lliure concurrència i no discriminació i igualtat de tracte entre els candidats".

Tanmateix, el Codi ètic de l'Ajuntament de Palma de Mallorca inclou com a principi general la "prohibició de contractació amb l'Ajuntament d'aquelles empreses que operin o tinguin sucursals en paradisos fiscals".

vigent de les prohibicions de contractar establerta en la LCSP, amb caràcter de normativa bàsica, i en la Directiva 2014/24/UE, assenyalant motius d'exclusió obligatòria i altres potestats, no inclou cap causa o motiu relatiu, específicament, a la realització d'operacions financeres il·legals en paradisos fiscals¹³.

A més, el caràcter taxat de les causes de prohibició de contractar, així com el caràcter restrictiu de drets de les prohibicions, comporten, efectivament, que no se'n puguin fer aplicacions extensives. Per tant, una clàusula que estableixi la prohibició de contractar amb el sector públic, que vagi més enllà de les prohibicions previstes en l'article 71 de la LCSP és contrària a la normativa de contractació pública¹⁴.

Adicionalment, i tal com s'ha fet en la consideració jurídica anterior, es pot fer referència a diverses resolucions del Parlament Europeu en les quals demana als estats membres "que estudiïn la possibilitat d'excloure de la participació en els processos de contractació pública aquelles empreses que, segons s'hagi demostrat, hagin desenvolupat activitats de planificació fiscal agressiva i elusió fiscal" i "que creïn estructures especialitzades a escala nacional per detectar les organitzacions delictives i excloure de les licitacions públiques les entitats implicades en pràctiques corruptes o de blanqueig de diners"; i considera que "la Unió ha d'aplicar mesures dissuasives a les empreses que fan ús dels paradisos fiscals", tot recordant que "el Parlament Europeu ja ho va sol·licitar al seu Informe sobre l'informe anual sobre la fiscalitat de 2014, en el qual demanava la introducció de sancions estrictes per prevenir que les empreses violin o esquivin les

¹³ L'article 57 de la Directiva 2014/24/UE només preveu entre els motius d'exclusió, als efectes de la qüestió que s'analitza, la condemna mitjançant sentència ferma per participació en una organització delictiva, corrupció, frau, blanqueig de capitals o finançament del terrorisme; i l'article 71 de la LCSP únicament preveu entre causes de prohibició de contractar, a aquells mateixos efectes, d'una banda, la condemna mitjançant sentència ferma per delictes contra la hisenda pública i la Seguretat Social, i blanqueig de capitals, i, d'altra banda, el de no estar al corrent en el compliment de les obligacions tributàries o de Seguretat Social imposades per les disposicions vigents.

Durant la tramitació del Projecte de Llei de contractes del sector públic es va formular al Congrés dels Diputats una esmena que no va ser finalment admesa, en la qual es proposava la incorporació d'una nova prohibició de contractar respecte de les persones físiques o jurídiques que per si o a través de filials o societats participades directament o indirectament en més del 30%, estiguessin domiciliades o tributessin en paradisos fiscals (esmena núm. 520 del grup parlamentari socialista).

¹⁴ També respecte d'aquesta qüestió es pronuncia la Junta Consultiva d'Aragó, en l'Informe 15/2016, de 20 de juliol, ja esmentat, assenyalant que, ateses les causes de prohibició de contractar existents en la legislació de contractes, "l'objectiu d'excloure els qui operen o actuen il·legalment en l'àmbit de la política fiscal ja està contemplat" i que "la responsabilitat fiscal dels operadors econòmics ja queda suficientment garantida amb les causes de prohibició de contractar previstes actualment a la normativa sobre contractació pública". També en l'Informe 4/2017, de 12 d'abril de 2017, de la Junta Superior de Contractació de València s'indica que l'Ajuntament no pot "actuar 'en detriment de les empreses que utilitzen els paradisos fiscals per a evadir o eludir impostos', si tal utilització no comporta la comissió de frau, delictes contra la Hisenda Pública o incompliment d'obligacions tributàries".

normes fiscals, denegant a les empreses fraudulentament o a les empreses situades en paradisos fiscals o països que distorsionen la competència amb condicions fiscals favorables la concessió de fons de la Unió i l'accés a ajuts estatals o a la contractació pública”¹⁵.

Tanmateix, si bé, com s'ha dit, no és conforme actualment amb la normativa de contractació pública l'establiment d'una clàusula que preveïés l'aplicació d'una causa de prohibició de contractar diferent a les previstes amb caràcter taxat, o una aplicació extensiva d'alguna de les previstes –malgrat els diversos requeriments del Parlament Europeu als que s'ha al·ludit–, sí es pot considerar conforme amb dita normativa i, específicament, amb la vigent en l'àmbit de Catalunya –d'acord amb el que assenyala la Llei 5/2017, del 28 de març, ja esmentada–, preveure, com a requisit de “capacitat ètica”, que les empreses licitadores declaressin responsablement que no incompliran la legislació tributària ni faran operacions financeres contràries a la normativa tributària en països que no tinguin normes sobre control de capitals i siguin considerats paradisos fiscals per la Unió Europea, de manera que l'incompliment de presentar dita declaració o la seva presentació incompleta o inadequada per part de les empreses licitadores comportés, en cas de no ser esmenada en el termini atorgat a aquest efecte, l'exclusió del procediment de contractació.

En relació amb aquesta possibilitat, cal recordar que en la Sentència de 22 d'octubre de 2015 (assumpte C-425/14), el TJUE va considerar conforme amb les normes fonamentals i els principis generals del Tractat de Funcionament de la UE, en particular als principis d'igualtat de tracte i de no discriminació i l'obligació de transparència que en deriva, una disposició d'un dret nacional en virtut de la qual un poder adjudicador pot establir que un candidat o licitador quedi exclòs d'un procediment de licitació d'un contracte públic si no presenta, juntament amb la seva oferta, una declaració d'acceptació dels compromisos i declaracions continguts en un protocol de legalitat –que tenia per objectiu lluitar contra la infiltració de la delinqüència organitzada al sector dels contractes públics¹⁶.

¹⁵ Resolució, de 25 de novembre de 2015, sobre resolucions fiscals i altres mesures de naturalesa o efectes similars (2015/2066(INI)), publicada en el DOUE el dia 27 d'octubre de 2017; Resolució, de 25 d'octubre de 2016, sobre la lluita contra la corrupció i el seguiment de la Resolució de la Comissió CRIM (2015/2110(INI)); i Resolució, de 16 de desembre de 2015, amb recomanacions destinades a la Comissió sobre l'augment de la transparència, la coordinació i la convergència en les polítiques de tributació de les societats a la Unió (2015/2010(INL)), respectivament.

¹⁶ Concretament, l'ordenament jurídic nacional habilitava els poders adjudicadors, mitjançant una norma amb rang de llei, per establir en els anuncis de licitació que “l'incompliment de les clàusules recollides en els protocols de legalitat o en els pactes d'integritat constituirà una causa d'exclusió de la licitació”, de manera que es podia exigir a les empreses licitadores l'acceptació de dits protocols, amb caràcter previ com a requisit de participació. El protocol de legalitat feia referència, entre d'altres compromisos, a “comunicar al poder adjudicador qualsevol temptativa de pertorbació, irregularitat o distorsió observada en el procediment de licitació o durant l'execució del contracte, duta a terme per qualsevol interessat o encarregat o persona que pugui influir en les decisions relatives a la licitació de què es tracta” i “respectar en el seu comportament els principis de lleialtat, transparència i integritat, i que no s'ha posat d'acord ni es posarà d'acord amb altres participants en la licitació per limitar o eludir la competència”.

Aquesta previsió tindria un efecte semblant a l'establerta com a condició d'execució, en els termes assenyalats en la consideració jurídica II d'aquest Informe, si bé com a tal condició és exigible a l'empresa o les empreses contractistes i, si escau, a les subcontractistes, mentre que l'establerta com a condició de capacitat ètica seria exigible, com s'ha dit, a totes les empreses licitadores i com a requisit per poder participar en la licitació. A més, establiria l'obligació, en un futur, de no dur a terme les operacions financeres esmentades, a diferència del que succeeix amb les prohibicions de contractar, que fan referència a actuacions o situacions ja produïdes.

En tot cas, cal vincular una exigència en aquest sentit amb la necessitat de garantir la lliure competència entre les empreses participants en les licitacions públiques, en la mesura que les operacions realitzades en paradisos fiscals contràries a la normativa tenen, justament, l'efecte contrari.

IV. Finalment, ambdós ajuntaments plantegen la conformitat a la legislació vigent d'incorporar als contractes públics l'obligació de les empreses licitadores amb comptes en paradisos fiscals de facilitar determinada documentació i si aquesta es podria fer pública a través del perfil de contractant.

Pel que fa, en primer lloc, a la possibilitat de sol·licitud de determinada documentació a les empreses licitadores, cal recordar que aquesta s'ha de circumscriure a la necessària per comprovar el compliment dels requisits fixats per a la licitació, tant relatius a les pròpies empreses, com a les seves ofertes. Així mateix, també a les empreses contractistes se les ha de demanar la documentació que correspongui per comprovar el compliment d'allò a què es van comprometre en les seves ofertes –efectuant un correcte seguiment de l'execució del contracte–, la qual estarà referida al compliment de les obligacions establertes per la normativa tributària i de l'obligació de no realitzar operacions financeres en paradisos fiscals contràries a dita normativa, si s'ha inclòs una clàusula com a condició d'execució en aquest sentit, en els termes exposats en la consideració jurídica II d'aquest informe.

D'altra banda, en relació amb la possibilitat de publicar dita documentació en els perfils de contractant dels òrgans de contractació, aquesta no es considera adequada, tant per la pròpia naturalesa dels perfils de contractant, que no constitueixen mitjans per donar a conèixer les operacions que duguin a terme les empreses amb comptes en paradisos fiscals –ni altres–, com pel deure de confidencialitat i el degut respecte d'altres normatives sectorials que es poguessin veure afectades per dita publicitat, com podria ser la de protecció de dades de caràcter personal, a què al·ludeix la disposició addicional vint-i-cinquena de la LCSP.

En definitiva, l'article 63 de la LCSP regula el perfil de contractant establint la informació i els documents que hi han de constar “relatius a la seva activitat contractual per tal d'assegurar la transparència i l'accés públic a aquests” i preveient que pot incloure “qualssevol dades i documents referents a l'activitat contractual dels òrgans de contractació”, amb la finalitat de donar transparència als procediments de contractació pública, la qual cosa no comporta que pugui ser objecte de publicitat la informació i la documentació de les empreses relativa a les seves activitats comercials –detallant la seva

presència país per país i la xifra de negocis a cada territori, com s'assenyala en la proposta de clàusula sobre la que es sol·licita informe.

Adicionalment, es pot assenyalar que, si bé el Parlament Europeu insta la Comissió i els estats membres perquè “exigeixin als contractistes que revelin la seva estructura empresarial completa i beneficiaris efectius abans d'adjudicar-los contractes, a fi d'evitar donar suport a empreses que participin en pràctiques de planificació fiscal agressiva, frau i evasió fiscals i corrupció” i recorda que “la transparència és l'instrument més eficaç per lluitar contra els abusos i els fraus”¹⁷, no es considera que aquesta s'hagi de dur a terme, d'acord amb el marc jurídic vigent, a través dels perfils de contractant residenciats a les plataformes de contractació pública.

Sobre la base de les consideracions anteriors la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula les següents

CONCLUSIONS

I. D'acord amb el marc jurídic vigent, fixat tant per la Llei de contractes del sector públic, com per la Llei catalana 5/2017, del 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic, es considera jurídicament viable establir en els plecs de clàusules administratives particulars, com a condició d'execució i, per tant, sempre circumscrita a l'execució d'un determinat contracte, l'obligació de les empreses contractistes –i, si escau, de les subcontractistes– d'aportar una declaració responsable de compromís de compliment de la legislació tributària i de no realització d'operacions financeres contràries a dita normativa en països que siguin considerats paradisos fiscals per la Unió Europea. A aquesta condició d'execució se li pot atribuir el caràcter d'essencial, sempre que les obligacions s'hagin qualificat com a essencials en el plec i que hi figurin enumerades de manera precisa, clara i inequívoca.

II. No és conforme amb la normativa de contractació pública vigent l'establiment d'una clàusula que prevegi l'aplicació d'una causa de prohibició de contractar diferent a les previstes en dita normativa amb caràcter taxat, o una aplicació extensiva d'alguna de les previstes. En canvi, es considera conforme amb dita normativa, així com també amb la Llei 5/2017, del 28 de març, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic, una clàusula que prevegi l'obligació de les empreses licitadores d'haver de declarar responsablement que no incompliran la legislació tributària ni faran operacions financeres contràries a la normativa tributària en països que no tinguin normes sobre control de capitals i siguin considerats paradisos fiscals per la Unió Europea, i que l'incompliment o la presentació incompleta o inadequada per part de les empreses

¹⁷ Resolució, de 25 d'octubre de 2016, sobre la lluita contra la corrupció i el seguiment de la Resolució de la Comissió CRIM (2015/2110(INI)), en la qual el Parlament també “demana a la Comissió que millori la normativa en aquest àmbit, fent obligatòria la publicació de les dades relatives a tots els beneficiaris de fons de la Unió, incloses les dades sobre les subcontractacions”.

licitadores comporti, en cas de no ser esmenada en el termini atorgat a aquest efecte, l'exclusió del procediment de contractació.

III. La possibilitat de sol·licitar documentació a les empreses licitadores i contractistes s'ha de circumscriure a la que sigui necessària per comprovar el compliment dels requisits fixats per a cada procediment de licitació, tant relatius a les pròpies empreses, com a les seves ofertes, i la documentació de les empreses relativa a les seves activitats comercials en els diferents territoris no ha de ser objecte de publicació en els perfils de contractant dels òrgans de contractació.

Aprovat per la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en la sessió de 16 de novembre de 2018.

Vist i plau

Secretària

President