



Recurso nº 335/2016 C. Valenciana 76/2016

Resolución nº 614/2016

**RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO CENTRAL
DE RECURSOS CONTRACTUALES**

En Madrid, a 29 de julio de 2016

VISTO el recurso interpuesto por D. A. M. M.y D. R. R. M., en representación de FRANCISCO MOLTÓ BENIMELI, S.L., contra los pliegos del procedimiento de "*Gestión de servicios de agua potable de Sant Joan de Moró (Castellón de la Plana). Expte. 798/2015*", convocado por el Ayuntamiento de San Joan de Moró, este Tribunal en sesión del día de la fecha ha adoptado la siguiente resolución:

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El Ayuntamiento de Sant Joan de Moró convocó mediante anuncio publicado en el Boletín Oficial de la Diputación de la Provincia de Castellón de la Plana de 14 de abril de 2016, la licitación del contrato de gestión de servicios de agua potable del municipio.

Segundo. La licitación se ha desarrollado de conformidad con los trámites previstos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (TRLCSP, en lo sucesivo), y demás legislación aplicable en materia de contratación.

Tercero. Mediante escrito de con fecha de entrada 3 de mayo de 2016, la mercantil FRANCISCO MOLTÓ BENIMELI, S.L., ha interpuesto recurso contra los pliegos que rigen el procedimiento de contratación, solicitando la declaración de nulidad de las cláusulas 3ª, 21ª, 22ª.A.1 y 39 del Pliego de cláusulas Administrativas Particulares, así como también del documento de valoración.

Cuarto. De acuerdo con lo previsto en el artículo 46.2 del TRLCSP, se solicitó por el Tribunal al órgano de contratación, la remisión del expediente, habiendo sido recibido acompañado del correspondiente informe de fecha 9 de mayo de 2016.

Quinto. El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, por resolución de la Secretaria del día 9 de mayo de 2016, acordó la adopción de la medida provisional consistente en suspender el procedimiento de contratación, de conformidad con lo

establecido en los artículos 43 y 46 del TRLCSP, de forma, que según lo previsto en el artículo 47 del mismo texto legal, sea la resolución del recurso la que acuerde el levantamiento de la medida adoptada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El presente recurso se interpone ante este Tribunal, que es competente para resolverlo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41.3 del TRLCSP, y en el Convenio de Colaboración suscrito al efecto entre la Administración General del Estado y la Generalitat Valenciana el 22 de marzo de 2013, publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 17 de abril de 2013 por Resolución de la Subsecretaría de 10 de abril de 2013.

Segundo. La interposición se ha producido dentro del plazo legal previsto en el artículo 44 del TRLCSP.

Tercero. De conformidad con lo previsto en el artículo 40 del TRLCSP, apartados 1.c) y 2, el recurso se interpone frente a un acto susceptible de recurso especial en materia de contratación, en concreto, contra los pliegos que han de regir en el procedimiento de licitación del contrato de gestión de un servicio público.

En relación con este tipo de contratos, los de gestión de un servicio público y la posibilidad de ser sus actos susceptibles de recurso especial en materia de publicación, la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública y documento de estudio sobre los efectos jurídicos de las Directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición elaborado por los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, de fecha 1 de marzo de 2016, consideran que son de aplicación directa las disposiciones de la Directiva en materia de recurso especial en materia de contratación, desplazando lo establecido en el artículo 40 del TRLCSP. La razón es que se cumplen las condiciones para dicha aplicación directa, pues contienen un mandato claro, preciso e incondicionado y no se deja margen a los Estados miembros para que puedan o no incorporar su contenido en este aspecto a su legislación.

En relación con los contratos de gestión de servicios públicos, deberá atenderse al valor de la concesión, siendo susceptible de recurso especial cuando el volumen de negocios total que la empresa concesionaria generará durante la duración del contrato sea

superior a 5.225.000 euros, circunstancia que concurriría en el presente contrato a la vista del contenido y datos de carácter económico que se recoge en los pliegos.

Cuarto. El último aspecto que debemos abordar, en orden a analizar la concurrencia de los requisitos legalmente exigidos para la admisión del recurso, es el relativo a la legitimación de la empresa FRANCISCO MOLTÓ BENIMELI, S.L., para impugnar los pliegos que rigen la contratación de referencia, habiendo sido alegada la falta de legitimación de la misma por el órgano de contratación, por considerar que su objeto mercantil, tal y como consta en los Estatutos Sociales, no le permite concurrir al proceso de licitación.

Así efectivamente, en el poder que acompañó la recurrente a su escrito de recurso, escritura pública de fecha 9 de septiembre de 2011, consta que la entidad denominada FRANCISCO MOLTO BENIMELI, S.L., tiene por objeto *“la captación, distribución y venta de aguas, tanto de riego como para servicio público, así como obras tanto públicas como privadas y todo lo relacionado con la concesión de este servicio público por parte del excelentísimo Ayuntamiento de Daimús”*.

Esta empresa, por escrito de subsanación de fecha 7 de junio de 2016, a fin de atender al requerimiento formulado por este Tribunal, manifiesta que, tras habersele solicitado por correo electrónico que aportara los estatutos de la sociedad, acompaña copia parcial de la escritura pública de fecha 6 de junio de 2016. En esta escritura pública se elevan a públicos los acuerdos adoptados por la Junta General Universal y Extraordinaria de la entidad "FRANCISCO MOLTO BENIMELI, S.L.", celebrada el día 19 de mayo de dos mil dieciséis, según resulta de certificación expedida por la Secretaria del Consejo de Administración, en la que se acordó la modificación del artículo 2 de los Estatutos Sociales, siendo la nueva y actual redacción la siguiente:

“ARTÍCULO 2.- OBJETO SOCIAL.- La sociedad tendrá por objeto la captación, tratamiento, elevación, conducción, almacenamiento y distribución de agua de consumo público, embotellamiento, para uso industrial o de riego, incluidos todos los servicios complementarios o accesorios que integra el propio servicio de suministro o abastecimiento.

Servicios de mantenimiento y explotación de plantas potabilizadoras, desalobradoras o desaladoras.

Servicios de mantenimiento y explotación de sistemas de alcantarillado o estaciones de depuración de aguas residuales.

La ejecución de obras públicas o privadas y, en particular, la construcción de obras hidráulicas, tales como plantas potabilizadoras, desalobradoras, desaladoras o estaciones depuradoras de aguas residuales.

CNAE de la actividad principal: 3600”.

En el escrito de subsanación remitido se destaca que la modificación del objeto social fue aprobada por la Junta de socios de Aguas de Daimús el 19 de mayo de 2016, y que por tanto que *“la modificación se aprobó antes de que expirara el plazo previsto en los pliegos para la formulación de ofertas. Esta nueva definición del objeto social se adapta a la estrategia de expansión empresarial que ha motivado el interés de Aguas de Daimús en la gestión del servicio de Sant Joan de Moró”.*

En relación con esta modificación estatutaria, resulta procedente analizar su eficacia frente a terceros, toda la vez que la misma no consta que haya sido inscrita en el Registro Mercantil.

A este respecto, el artículo 290 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, dispone:

“1. En todo caso, el acuerdo de modificación de estatutos se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil. El registrador mercantil remitirá de oficio, de forma telemática y sin coste adicional alguno, el acuerdo inscrito para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil.

2. Una vez inscrito el cambio de denominación social en el Registro Mercantil, se hará constar en los demás Registros por medio de notas marginales”.

En relación con la inscripción de los acuerdos de modificación de los estatutos, la doctrina considera que su no práctica no obsta a su validez, de modo que la ausencia de éstos (de los requisitos formales exigidos por el mencionado artículo 290), sea porque el acuerdo de la junta no se eleva a escritura pública, sea porque ésta no se inscribe, sea porque la inscripción no se publica en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, no afecta a la validez del acuerdo regularmente adoptado. Siguiendo en este punto el criterio doctrinal y jurisprudencial más extendido, hay que afirmar que esos requisitos formales, y

particularmente la inscripción registral, no tienen carácter constitutivo para la existencia o la validez del acuerdo de modificación. Son presupuesto de eficacia y oponibilidad frente a terceros, pero no en el ámbito interno donde se establece la relación entre la sociedad y los socios. Frente a éstos, cuyo conocimiento, o posibilidad de conocimiento, se supone, dado que participaron, o pudieron participar, en su adopción, el acuerdo es eficaz y oponible, con independencia de que asistieran a la junta o no, y que votaran a favor, en blanco o en contra, habida cuenta del principio de vinculación o sometimiento de todos los socios, incluso los disidentes o ausentes, a los acuerdos de la junta.

De este modo, podemos concluir que a la fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas, así como también a la fecha en que finalizó el plazo de subsanación concedido por este Tribunal, la mercantil recurrente "FRANCISCO MOLTO BENIMELI, S.L.", carecía de legitimación, al ser su objeto y ámbito de actuación restringido a una sola localidad, que no es la de licitadora, de modo que el objeto del contrato quedaba fuera absolutamente de su ámbito de actuación, al no ser oponible a las fechas antedichas, la modificación societaria que se elevó a escritura pública el día 7 de junio de 2016.

Por todo lo anterior,

VISTOS los preceptos legales de aplicación,

ESTE TRIBUNAL, en sesión celebrada en el día de la fecha **ACUERDA**:

Primero. Inadmitir, por falta de legitimación, el recurso interpuesto D. A. M. M.y D. R. R. M., en representación de FRANCISCO MOLTÓ BENIMELI, S.L., contra los pliegos del procedimiento de "*Gestión de servicios de agua potable de Sant Joan de Moró (Castellón de la Plana)*". Expte. 798/2015", convocado por el Ayuntamiento de San Joan de Moró.

Segundo. Levantar la suspensión acordada por el Tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47.4 del TRLCSP.

Tercero. Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 47.5 del TRLCSP.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente al de la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10.1.k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.