

Informe 54/96, de 18 de octubre de 1996. "Posibilidad de que una fundación, en fase de constitución, pueda ser contratista con la Administración Pública y coincidencia de su finalidad o actividad con el objeto del contrato".

8.9. Otros informes. Capacidad para contratar e incompatibilidades.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Lasarte-Oria se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Patronato Municipal de Deportes ha tramitado expediente y abierto procedimiento para adjudicación del "Servicio de Conserjería de las Instalaciones Deportivas Municipales y del Servicio de Bar-Cafetería del Polideportivo Municipal". No se prevé en los respectivos pliegos que el adjudicatario deba realizar ninguna actividad que tenga relación directa con la práctica y promoción del deporte.

Entre las diversas ofertas, se encuentra la presentada por la Fundación "Ostadar Kirol Fundazioa". Según se reconoce por sus propios promotores, aunque la misma presentó con fecha 5 de marzo del año en curso solicitud de Inscripción en el Registro de Fundaciones del País Vasco, no se encuentra inscrita por motivos que desconocemos.

Conforme el artículo 3 de la Ley 30/1994, de fundaciones y 5.2 de la Ley Vasca 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de su escritura de constitución en el Registro de Fundaciones. Ello no obstante, tanto en el artículo 11 de la ley estatal, como en el 8 de la ley vasca se prevé que en el supuesto de una fundación en fase de inscripción, el órgano de gobierno de la fundación realizará actuaciones que no admitan demora sin perjuicio para la fundación (entre ellos, según la ley vasca, otorgar actos, adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones) los cuales se entenderán automáticamente asumidos por aquella cuando obtenga personalidad jurídica. En el supuesto de no inscripción, la responsabilidad se hará efectiva sobre el patrimonio fundacional, y, no alcanzando éste, responderán solidariamente los patronos.

Por su parte, el artículo 11.2 de la LCAP considera como requisito necesario para la celebración de los contratos la capacidad del contratista adjudicatario y en el artículo 15 se dice que podrán contratar con la Administración las personas jurídicas que tengan plena capacidad de obrar. La capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil, lo que se desarrolla en el artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo en donde para las personas jurídicas que no se les exija la inscripción en el Registro Mercantil, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, de modificación, estatutos o acto fundacional, en el que constaren las normas por las que se regula su actividad, inscritos, en su caso, en el correspondiente Registro oficial.

Desde la perspectiva de la normativa contractual parece claro que una fundación cuyas escrituras no se encuentren inscritas en el correspondiente registro, no podría contratar con la administración, pues carece de personalidad jurídica, sin embargo, los citados artículos 11 de la ley estatal y 8 de la ley vasca hacen surgir la duda.

Por otra parte, en los estatutos de la referida fundación se prevé como fin o actividad la promoción de las actividades deportivas, con lo que parece que no tiene relación

directa con el objeto del contrato, y aparentemente no se cumple con el requisito exigido por el artículo 198.1 de la LCAP.

Con dichos antecedentes, se formula la siguiente consulta

Primero: ¿Una fundación en fase de inscripción podría ser sujeto contratista con la Administración Pública en un contrato administrativo?.

Segundo: En este caso concreto ¿Se cumpliría con el requisito previsto en el artículo 198.1 de que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato?.

Con el objeto de proceder a resolver el concurso con la mayor brevedad, se ruega que la consulta sea resuelta con la mayor rapidez posible".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Como claramente se expone en el escrito en el que se formula la consulta, son dos las cuestiones que se someten a informe de esta Junta, que deben ser examinadas y resueltas con independencia, consistiendo la primera en determinar si puede adjudicarse un contrato administrativo a una fundación pendiente de inscripción en el Registro de Fundaciones y la segunda en concretar esa misma posibilidad de adjudicación si el fin o actividad de la fundación es ajeno al objeto del contrato.

2. La primera cuestión suscitada -posibilidad de adjudicar un contrato a una fundación no inscrita- ha de ser resuelta por aplicación de los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referentes a la capacidad de los contratistas, (término que, aunque a veces viene referido a la capacidad de obrar o a la solvencia, engloba como presupuesto inexcusable el de la personalidad o capacidad jurídica) combinando los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas con los de las Leyes reguladoras de las distintas personas jurídicas, en el caso concreto de las fundaciones, con los de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, de Fundaciones y de incentivos fiscales a la participación privada en actividades de interés general y en la Ley del País Vasco 12/1994, de 17 de junio, reguladora de las Fundaciones.

El artículo 15.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones establece que podrán contratar con la Administración las personas naturales o jurídicas que tengan plena capacidad de obrar y acrediten su solvencia o su clasificación, con lo que el primer requisito exigido por dicha Ley para contratar con la Administración es el de la personalidad o capacidad jurídica, al referirse exclusivamente a personas naturales o jurídicas. Aunque el propio artículo 15, en su apartado 2 incurre en el error de identificar exclusivamente la acreditación de la capacidad de las personas jurídicas con la inscripción en el Registro Mercantil, lo cierto es que tal error es subsanado en el artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley al aclarar que "la capacidad de obrar de las empresas que fueren personas jurídicas se acreditará mediante la escritura de constitución y de modificación, en su caso, inscritas en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable", añadiendo que "si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, de modificación, estatutos o acto fundacional en el que constasen las normas que por las que se regula su actividad, inscritas en su caso, en el correspondiente Registro oficial".

Como por su parte el artículo 3.1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, y el artículo 5.2 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco, establecen que las fundaciones tendrán personalidad jurídica desde la inscripción de la escritura de constitución en el correspondiente Registro de Fundaciones, la primera conclusión que debe mantenerse es la de que una fundación no inscrita carece de personalidad y, en consecuencia, no puede contratar con la Administración, todo ello según resulta de los preceptos legales examinados.

3. A continuación, debe examinarse, por ser ésta la cuestión que suscita dudas, si constituye excepción a la conclusión sentada la posibilidad prevista en el artículo 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, que establece que, antes de la inscripción una vez otorgada la escritura de constitución, podrán los órganos de gobierno realizar aquellos actos que resulten indispensables para la conservación del patrimonio de la fundación y los que no admitan demora sin perjuicio para la fundación y la prevista en el artículo 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco, que, en análogo sentido que la anterior, permite a los órganos de gobierno, dentro del mismo período y de sus facultades, otorgar actos, adquirir bienes o derechos y contraer obligaciones que consideren inaplazables en nombre e interés de la fundación.

Fácilmente se entiende que ni el tenor literal, ni el significado y alcance de tales preceptos, puede ser el de comprender, entre la asunción de derechos y obligaciones que facultan, las derivadas de un contrato administrativo. En cuanto al tenor literal la celebración de un contrato administrativo no tiene encaje en los actos que resulten indispensables para la conservación del patrimonio y los que no admiten demora sin perjuicio para la fundación (fórmula del artículo 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre) ni en los actos y contratos que se consideren inaplazables en interés de la fundación (fórmula del artículo 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco).

Desde el punto de vista de su finalidad y alcance las facultades provisionales que se consagran en estos artículos -así se caracterizan expresamente en el artículo 8 de la Ley del Parlamento Vasco- no pueden contemplar la celebración de contratos administrativos, ya que al ser la urgencia y la necesidad de evitar perjuicios las circunstancias que la fundamentan ninguna de estas circunstancias -para la fundación se entiende- se puede encontrar en la celebración de un contrato administrativo, siendo de destacar, por otra parte, que los requisitos de la contratación (por ejemplo la solvencia o clasificación, la constitución de garantías, etc...) no pueden ser cumplidos por las fundaciones sin personalidad y que los efectos que consagran los citados artículos (asunción de obligaciones por la fundación cuando se inscriba y en caso de no inscripción responsabilidad del patrimonio y subsidiariamente y con carácter solidario de sus patronos o personas que compongan los órganos de gobierno) resulta incompatible con la finalidad de interés público que debe presidir la celebración de un contrato administrativo, que no es otra que la de lograr la correcta ejecución del contrato sin que la misma pueda quedar condicionada a la inscripción futura de la fundación o, caso contrario, a sustituir la ejecución por la responsabilidad del patrimonio de la fundación o de los patronos o personas que componen su órgano de gobierno.

Por lo demás esta es la misma solución que debe adoptarse, aunque este extremo no es objeto de consulta, con las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada no inscritas en el Registro Mercantil, ya que el artículo 15 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada en virtud de lo preceptuado en el artículo 11.3 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las mismas, consagra normas muy similares a las ya examinadas para las fundaciones.

En definitiva y como conclusión de este apartado puede afirmarse que los artículos 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre, y 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco, no pueden servir de fundamento para excepcionar la regla general derivada de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas de que las fundaciones no inscritas, al carecer de personalidad, no pueden celebrar contratos con dichas Administraciones.

4. En cuanto a la segunda cuestión suscitada -la posibilidad de celebrar un contrato cuyo objeto es el Servicio de Conserjería y Servicio de Bar Cafetería- con una fundación, cuyo fin o actividad es la promoción de actividades deportivas, la solución negativa se impone con toda claridad por aplicación del principio general de que la finalidad o actividad -es decir, el objeto de la Entidad- ha de coincidir con el objeto del contrato cuya licitación se convoca y

que tiene su consagración expresa en el artículo 198.1 para los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales al expresar que la finalidad o actividad de las personas físicas o jurídicas que contraten con la Administración ha de tener "relación directa con el objeto del contrato" quedando exenta esta Junta de razonar, por su carácter evidente, que la finalidad de promoción de actividades deportivas carece de relación alguna con las actividades de consejería y de Bar-Cafetería objeto del contrato.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

- 1.** Que según los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Real Decreto 390/1966, de 30 de marzo, de desarrollo parcial, las fundaciones no inscritas en el Registro Oficial, al carecer de personalidad jurídica, no pueden contratar con las Administraciones Públicas.
- 2.** La solución anterior no queda desvirtuada por la posibilidad de asunción de derechos y de obligaciones, que, con carácter provisional para las fundaciones no inscritas, se prevén en el artículo 11 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre y en el artículo 8 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, del Parlamento Vasco.
- 3.** Que a un contrato que tiene por objeto los servicios de consejería y de bar cafetería no puede concurrir una fundación cuya finalidad es la promoción de actividades deportivas por el principio general de la exigencia de adecuación al objeto del contrato consagrada expresamente en el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.