

**Informe 35/12, de 14 de diciembre de 2012. “Interpretación y aplicación a la contratación del art. 42.1,d) del TRLCSP. Concello de Cambre”.**

Clasificación de los informes. 16. Cuestiones relativas a las proposiciones de las empresas. 16.7 Otras cuestiones.

## **ANTECEDENTES**

El Alcalde del Ayuntamiento de Cambre plantea informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en los siguientes términos:

*“Asunto: Solicitud de informe relativo a la obra “Acondicionamento do ámbito da Casa da Cultura” incluída en el proyecto “ARUME”, respecto a la vinculación de empresas y los efectos de dicha vinculación, en su caso.*

*En relación a la licitación de la obra denominada “Acondicionamento do ámbito da Casa da Cultura” incluída en el proyecto “ARUME” promovido por el Ayuntamiento de Cambre y cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional de la Unión Europea en el marco de el eje 5 para proyectos de desarrollo sostenible local y urbano, y teniendo en cuenta los siguientes antecedentes:*

*Primero.- Con fecha 3 de agosto de 2012, la mesa de contratación acordó, de conformidad con la cláusula 12.1 H) del pliego de cláusulas administrativas que rige este procedimiento (ANEXO 1), proponer al órgano de contratación que se requiriese a las licitadoras, MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A Y EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS S.A, una declaración de empresas vinculadas en el supuesto de que concudiesen a la licitación con empresas pertenecientes a un mismo grupo, en los términos a que se refiere el art. 145 del TRLCSP, y de conformidad con el artículo 42 del Código de Comercio (en adelante CC), para lo que deberían de presentar, en el plazo de tres días hábiles, una declaración indicando esta circunstancia y el nombre o denominación social de las empresas vinculadas, en su caso, debiendo constar este documento en cada una de las ofertas formuladas por cada una de ellas.*

*Segundo.- Con fecha del 07/08/2012 se realiza la comprobación telefónica de la correcta recepción de los oficios de subsanación enviados a las distintas empresas licitadoras.*

*Tercero.- En el caso de las empresas de referencia, la persona que en nombre de la empresa EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS S.A se pone en contacto con la técnica de gestión administración general que tramita esta contratación, resulta ser la misma que confirma la correcta recepción del fax por la empresa MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A.*

*Cuarto.- La empresa EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS S.A, en su escrito de subsanación, registrado al nº 0841, declara que pertenece a un grupo empresarial compuesto (además de por ella) por la entidad GED INTEGRAL,S.A.*

*En el escrito presentado por MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A, con registro de entrada nº 10840 de 9 de agosto de 2012, declara no estar incurso en los supuestos previstos en el art.42 del CC, y acompaña un informe de un letrado del colegio de Ourense, en el que se declara que la entidad de referencia, no forma parte de un grupo empresarial a los efectos de Ley de Contratos del Sector Público, 30/2007 (hoy derogada por el TRLCSP, por lo que lo que entenderemos remitido al artículo 145 de este cuerpo normativo).*

*Quinto.- En la nota simple del Registro Mercantil de Ourense, emitida en contestación a la solicitud realizada por este Ayuntamiento con registro de salida nº 7220, se deja constancia de que 3 miembros del Consejo de Administración de ambas empresas coinciden (teniendo el Consejo de Administración de EXTRACO CONSTRUCCIONES E PROXECTOS S.A un total de 3 miembros y el de MISTURAS OBRAS E PROXECTOS S.A esos mismos 3 miembros y 1 más no coincidente), además de estar ubicadas en el mismo edificio.*

*(Se acompaña como ANEXO I, el pliego de cláusulas administrativas que rige la contratación de referencia, ANEXO II la documentación de subsanación recibida, y ANEXO III la nota simple del Registro Mercantil de Ourense).*

*Se SOLICITA informe relativo a la procedencia de la aplicación al procedimiento licitatorio que nos ocupa de la presunción legal establecida en el art. 42.1.d) del Código de Comercio, y en caso de resultar afirmativa dicha aplicación, que nos especifiquen si la simple declaración de parte sería suficiente para destruir tal presunción, dado que los interesados insisten en negar la pertenencia a un mismo grupo de empresas”.*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. Se plantea por parte del Concello de Cambre informe sobre la aplicación a un supuesto concreto de lo dispuesto en el artículo 145.4 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), y en particular si ha de presumirse que dos empresas con miembros coincidentes en su Consejo de Administración son empresas vinculadas de acuerdo con el artículo 42.1 del Código de Comercio y si, en caso afirmativo, la simple declaración por parte de las empresas es suficiente para destruir la presunción.

Para abordar esta cuestión debe partirse, primero, de aclarar cuales son las consecuencias jurídicas de la consideración de dos empresas como vinculadas a los efectos de este artículo. En segundo lugar, se abordará la cuestión relativa a la concurrencia de los supuestos previstos en el artículo 42.1 del Código de Comercio para tener la consideración de empresas vinculadas.

2. El artículo 145 del TRLCSP, al regular las proposiciones presentadas por los interesados, impone la regla general de que cada licitador sólo podrá presentar una proposición, (“*un licitador, una proposición*”) entendiéndose por licitador a cualquier persona física o jurídica. Esta regla general se completa con varias precisiones contenidas dentro del mismo artículo 145.

En particular, el artículo 145.4 del TRLCSP, relativo a las proposiciones de los interesados, establece el régimen aplicable a las proposiciones presentadas por empresas vinculadas, que constituye la cuestión que debe ser objeto de nuestro análisis:

*4. En los contratos de concesión de obra pública, la presentación de proposiciones diferentes por empresas vinculadas supondrá la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas. No obstante, si sobreviniera la vinculación antes de que concluya el plazo de presentación de ofertas, o del plazo de presentación de candidaturas en el procedimiento restringido, podrá subsistir la oferta que determinen de común acuerdo las citadas empresas.*

*En los demás contratos, la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152.*

*Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio.*

Ante todo, y a la vista de lo dispuesto en este artículo, deben diferenciarse dos supuestos, cuya diferencia radica fundamentalmente en la consecuencia jurídica derivada de la presentación de proposiciones por empresas vinculadas. Primero, el régimen aplicable en el contrato de concesión de obra pública, en el que la concurrencia de esta circunstancia determinará “*la exclusión del procedimiento de adjudicación, a todos los efectos, de las ofertas formuladas*”. Segundo, el caso de los demás contratos, en el que “*la presentación de distintas proposiciones por empresas vinculadas producirá los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152*”.

Originándose la consulta en la licitación de un contrato de obras, la trascendencia de la consideración de las empresas licitadoras como empresas vinculadas se tendrá a los efectos de la consideración de dichas ofertas con valores anormales o desproporcionados de acuerdo con el procedimiento y con los efectos previstos en el artículo 152 del mismo texto legal, de acuerdo con lo que reglamentariamente se determine. En definitiva, en el caso objeto de consulta no precederá,

en consecuencia, la exclusión de las ofertas, sino la aplicación del régimen de bajas desproporcionadas o temerarias previsto reglamentariamente para estos supuestos.

Esta solución está en la línea de lo previsto en la legislación de contratos vigente con anterioridad, y que ha sido objeto de análisis en diversos informes de esta Junta Consultiva, en concreto, en los informes 56/99, de 21 de diciembre de 1999, 53/07, de 24 de enero de 2008 y, más recientemente, 48/11, de 1 de marzo de 2012.

La razón de esta previsión se justifica, como señala el informe 53/07, de 24 de enero de 2008 en que *“la constitución de una sociedad mercantil en cualquiera de sus formas puede no obedecer a una verdadera necesidad desde el punto de vista de la operativa del negocio, sino a razones estrictamente jurídicas, y, por lo que aquí nos interesa, a la posibilidad de alterar en beneficio de alguna de las sociedades que integran un grupo, las condiciones de una licitación.*”

*Justifica esta circunstancia que cuando en un procedimiento concurren dos o más empresas que puedan pertenecer a un mismo grupo quepa la sospecha de que se trate de conseguir con ello un fin contrario a los principios que inspiran la normativa en materia de contratación pública.”*

No habiendo sido objeto de un desarrollo reglamentario específico, subsiste la vigencia de lo dispuesto en el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, cuyo artículo 86, de acuerdo con lo ya expuesto establece lo siguiente:

*Artículo 86. Valoración de las proposiciones formuladas por distintas empresas pertenecientes a un mismo grupo*

*1. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83.3 de la Ley, cuando empresas pertenecientes a un mismo grupo, entendiéndose por tales las que se encuentren en alguno de los supuestos del artículo 42.1 del Código de Comercio, presenten distintas proposiciones para concurrir individualmente a la adjudicación de un contrato, se tomará únicamente, para aplicar el régimen de apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, la oferta más baja, produciéndose la aplicación de los efectos derivados del procedimiento establecido para la apreciación de ofertas desproporcionadas o temerarias, respecto de las restantes ofertas formuladas por las empresas del grupo.*

*2. Cuando se presenten distintas proposiciones por sociedades en las que concurren alguno de los supuestos alternativos establecidos en el artículo 42.1 del Código de Comercio, respecto de los socios que las integran, se aplicarán respecto de la valoración de la oferta económica las mismas reglas establecidas en el apartado anterior.*

*3. A los efectos de lo dispuesto en los dos apartados anteriores, las empresas del mismo grupo que concurren a una misma licitación deberán presentar declaración sobre los extremos en los mismos reseñados.*

En consecuencia si concurren en determinadas empresas licitadoras las circunstancias previstas en el artículo 42.1 del Código de Comercio, solo se tendrá en cuenta la oferta más baja de todas las presentadas por las mencionadas empresas a efectos de determinar si alguna de las ofertas incurre en temeridad o es anormalmente baja.

3. Sentado lo anterior, el supuesto de hecho de partida para la aplicación de este régimen es que las empresas se hayan considerado vinculadas, y a estos efectos, el párrafo final del artículo 145.4 del TRLCSP establece que *“Se considerarán empresas vinculadas las que se encuentren en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio”.*

El citado artículo regula el régimen de presentación de cuentas anuales consolidadas de las sociedades que tienen la consideración de grupo, y establece los supuestos que se utilizan en nuestro derecho para ver cuándo existe vinculación entre empresas. Su apartado 1 establece que existe grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras, estableciendo a continuación un conjunto de circunstancias que determinan la presunción de la existencia de grupo de sociedades:

*Artículo 42. Obligatoriedad y presunción de las cuentas de una sociedad.*

*1. Toda sociedad dominante de un grupo de sociedades estará obligada a formular las cuentas anuales y el informe de gestión consolidados en la forma prevista en esta sección.*

*Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:*

*a) Posea la mayoría de los derechos de voto.*

*b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.*

*c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.*

*d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado.*

*A los efectos de este apartado, a los derechos de voto de la entidad dominante se añadirán los que posea a través de otras sociedades dependientes o a través de personas que actúen en su propio nombre pero por cuenta de la entidad dominante o de otras dependientes o aquellos de los que disponga concertadamente con cualquier otra persona.*

Con estas premisas el Concello de Cambre plantea la cuestión referida a si la coincidencia prácticamente total entre los miembros del Consejo de Administración de dos empresas licitadoras (el Consejo de Administración de una de ellas son un total de 3 miembros, y el de la otra S.A lo constituyen esos mismos 3 miembros y 1 más no coincidente) determina la aplicación del artículo 42.1.d) y, en consecuencia la consideración de dichas empresas con los efectos antes mencionados. En este sentido, y a la vista del precepto transcrito, la respuesta debe ser afirmativa, ya que concurre el supuesto de que la mayoría de los miembros del Consejo de Administración de una sociedad son miembros de la otra.

Ahora bien, como resulta del tenor literal del artículo, dicha situación produce una presunción de que se produce la circunstancia prevista en el encabezamiento de que una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. Por ello se entiende que, en principio, cabe que las sociedades justifiquen, sobre la base de otros elementos, que no se produce esta situación de control. Para ello, los licitadores deben aportar la justificación suficiente y la documentación que estimen conveniente, pero no resulta suficiente la mera declaración del licitador de que no constituye un grupo de empresas. Advertida por el órgano de contratación una circunstancia objetiva que pudiera poner en peligro los principios que inspiran la normativa en materia de contratación pública, y para lo cual el ordenamiento ha previsto una consecuencia jurídica específica, su desvirtuación sólo puede justificarse de forma motivada, en garantía tanto del resto de licitadores como del cumplimiento de los fines propios del procedimiento de contratación.

## **CONCLUSIONES.**

1. De acuerdo con el artículo 145.4 del TRLCSP, en un contrato de obras, la trascendencia de la consideración de las empresas licitadoras como empresas vinculadas se tendrá a los efectos que reglamentariamente se determinen en relación con la aplicación del régimen de ofertas con valores anormales o desproporcionados previsto en el artículo 152, pero no supone la exclusión del procedimiento de las mismas.

2. De acuerdo con el artículo 42.1 del Código de Comercio, son empresas vinculadas cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras, enumerando un conjunto de situaciones en las que se presume que se produce esta circunstancia.
3. Si se dan la circunstancia previstas en la letra d) del citado artículo 42.1 del Código de Comercio en principio se presume que existe vinculación entre las empresas, sin que resulte suficiente la mera declaración individual de dichas empresas negando esta situación.