

Informe 25/09, de 1 de febrero de 2010. «Extensión de la prohibición de contratar declarada a una empresa a las restantes que integran un grupo».

Clasificación de los informes: 6. Prohibiciones para contratar. 6.1. Cuestiones generales.

ANTECEDENTES

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Albacete se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

«I. Antecedentes:

1. En fecha 1 de abril de 2009 la Asociación Provincial de empresarios de la construcción de Albacete, en lo sucesivo, APECA presenta escrito en el Registro General de este Ayuntamiento en el que, entre otras cuestiones, manifiestan literalmente que recientemente se han producido adjudicaciones de obra pública a empresas de fuera de nuestra provincia que conculcan la legalidad vigente, relativa a la concurrencia de las prohibiciones de contratar con el sector público, taxativamente recogido en el artículo 49.3 de la ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público, en lo sucesivo, LCSP, y que establece que las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquellas, solicitando que se tenga por presentado ese escrito y por hechas las manifestaciones contenidas en el mismo.

2. Con posterioridad, en fecha 3 de abril de 2009, amplían el escrito presentado en fecha 1 de abril de 2009, adjuntando con el presente, documento del Registro Mercantil en el que manifiestan que acredita que la mercantil AA es continuación de la empresa BB, S.A., y por ello indican que incurre de manera clara en lo preceptuado en el artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público.

3. Junto con la documentación aportada por la Asociación "APECA" aparece una relación de las empresas con prohibición de contratar con las Administraciones Públicas, del Ministerio de Economía y Hacienda, Dirección General del Patrimonio del Estado, Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en la que figura la mercantil BB, S.A. con CIF- 46076873-, donde se consignan los siguientes datos:

- *Ámbito de aplicación: Administraciones Públicas*
- *Fecha de Resolución: 04/10/2007*
- *Duración de la prohibición: Tres años. Inicio: 04/10/2007. Fin: 04/10/2010.*
- *Causa: Artículo 20.a LCAP.*
- *Publicación en BOE, Núm. 263, de 02/11/2007.*

4. De la documentación aportada por la ASOCICACIÓN "APECA" (informe del Registro mercantil), la mercantil AA, S.A., se constituyó en fecha 11/01/1979, siendo su denominación antigua AA, S.L. y el accionista principal (100% de las acciones) lo constituye CC, S.L., con CIF B12758579.

5. De la documentación obrante en el Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Albacete cabe destacar los datos que se indican a continuación: (...)

6. Por la documentación examinada parece ser que las mercantiles BB S.A. Y AA S.A., pertenecen al mismo grupo de sociedades.

II. Propuesta del servicio de contratación y acuerdo de la Junta de Gobierno Local.

1. En fecha 14 de abril de 2009, por el Servicio de Contratación del Ayuntamiento de Albacete se emite una propuesta a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albacete, como órgano con competencia en materia de contratación, en la que, en resumen se plantean las dudas de interpretación normativa del artículo 49, apartado tercero, de la LCSP (...).

2. En fecha 17 de abril de 2009, por acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Albacete, se adoptó acuerdo en el que se insta a la Alcaldía Presidencia de dicho Ayuntamiento, a que se solicite dictamen a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, remitiéndole copia del expediente administrativo, a los efectos de la interpretación normativa del mencionado apartado tercero, del artículo 49, de la LCSP. Dicho acuerdo ha sido trasladado al Servicio de Contratación en fecha 20 de abril de 2009.

Considerando los antecedentes anteriores, se plantean las cuestiones siguientes, CUESTIONES:

1. Con carácter general, ¿La prohibición de contratar del artículo 49.3 LCSP se extenderá a todas las empresas que pertenecen al grupo de sociedades de la empresa incurso en prohibición de contratar o, por el contrario, le afectará única y exclusivamente a las empresas de nueva creación, surgidas con posterioridad a dicha prohibición, que sean continuación o que deriven por transformación, fusión o sucesión de otras empresas en las que concurra dicha causa de prohibición a los efectos de evitar el fraude de ley que supondría que estas empresas de nueva creación derivaran de las incursas en prohibiciones de contratación y que se constituyeran, además, a los efectos de evitar las consecuencias de la prohibición de contratación?

2. En este caso concreto, ¿La prohibición de contratar del artículo 49.3 LCSP se extenderá a todas las empresas que pertenecen al grupo de sociedades de la empresa BB, S.A. y, en tal caso, también le afectaría a la empresa AA, S.A. o, por el contrario, le afectará única y exclusivamente a las empresas de nueva creación, surgidas por posterioridad a dicha prohibición, que sean una continuación o que deriven por transformación, fusión o sucesión de otras empresas en las que concurra dicha causa de prohibición a los efectos de evitar el fraude de ley que supondría que estas empresas de nueva creación derivaran de las incursas en prohibiciones de contratación y que se constituyeran, además, a los efectos de evitar las consecuencias de la prohibición de contratación y, en tal supuesto, no le afectaría a AA, S.A.?

3. En su caso, si a AA, S.A., le afectará dicha prohibición de contratar ¿a quién le competiría dictar resolución de prohibición de contratar en los supuestos del artículo 49.3?. ¿Al órgano de contratación que está apreciando la misma o al órgano competente inicialmente que declaró la prohibición de la primera empresa y, en este segundo supuesto, en el caso examinado, sería el Ministerio de Economía y Hacienda?».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión planteada por la Alcaldesa de Albacete se refiere a si las prohibiciones de contratar afectan a todas las sociedades pertenecientes al grupo de la sociedad incurso en prohibición de contratar o si, por el contrario, éstas afectarán única y exclusivamente a las empresas de nueva creación o de nueva incorporación al grupo, surgidas con posterioridad a dicha prohibición, que sean una continuación o que deriven, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas.

2. Esta cuestión ha de resolverse mediante la aplicación del artículo 49.3 de la Ley de Contratos del Sector Público. Dicha disposición pretende evitar los fraudes de ley en la aplicación de las prohibiciones de contratar.

Las citadas prohibiciones se declaran respecto de una persona física o jurídica concreta y, en principio, son personalísimas. Ahora bien, si por razón de las personas que rigen una segunda sociedad no incurso en prohibición de contratar o de otras circunstancias, pudiera presumirse, dice el artículo 49.3 de la Ley, que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas incursas en prohibición de contratar, en ese caso la prohibición afectará también a esta segunda sociedad.

3. La aplicación de este artículo exige atenerse a las circunstancias concretas de cada caso, no siendo posible fijar un criterio de general aplicación, que en todo caso debería ser de carácter restrictivo

No obstante, es indudable que la fecha de la constitución de la segunda sociedad puede ser una de las circunstancias en que se sustente la presunción que determina el artículo 49.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

Así, cuando la segunda sociedad no incurso en prohibición de contratar y perteneciente al mismo grupo que una sociedad que si esté incurso, se hubiera constituido o incorporado al grupo con posterioridad a la fecha de la resolución que determina dicha prohibición, en ese caso esta circunstancia podría determinar la aplicación de la presunción del artículo 49.3 de la Ley de Contratos del Sector Público. Además habría que valorar otras circunstancias tales como el objeto social de la segunda sociedad o si los medios humanos y materiales de la sociedad incurso en prohibición de contratar son los mismos o similares a los de la segunda sociedad. Estas dos circunstancias son de necesaria consideración, pues, de lo contrario, ningún grupo de empresas que englobe una sociedad incurso en prohibición de contratar podría participar en un procedimiento de licitación pública con una sociedad constituida con posterioridad a la fecha de la resolución de la prohibición de contratar correspondiente, ni siquiera cuando dicha sociedad tuviera un objeto social diferente del de la empresa incurso en prohibición de contratar y contara con medios humanos y técnicos diferentes.

Elo supondría una restricción desproporcionada del principio de libre concurrencia que ha de presidir la aplicación e interpretación de las normas de la contratación pública y una interpretación extensiva de una prohibición limitativa de los derechos del administrado.

4. Lo anteriormente expuesto no significa que el hecho de que la empresa no incurra en prohibición de contratar, pero perteneciente al mismo grupo de sociedades que la empresa que si lo está, cuando haya sido constituida con anterioridad a la fecha de la resolución de dicha prohibición, pueda verse excluida de la aplicación de la presunción que determina el artículo 49.3 de la Ley de Contratos del Sector Público. En estos casos habrá que considerar en primer lugar las personas que rigen la segunda sociedad, esto es, los miembros de su órgano de administración y sus accionistas directos e indirectos. En segundo lugar, procederá valorar otras circunstancias tales como la fecha de incorporación al grupo de empresas al cual pertenece la empresa incurso en prohibición de contratar. Si dicha fecha es posterior a la fecha de la resolución de la prohibición de contratar correspondiente, y si se dan otras circunstancias tales como la identidad o similitud de objetos sociales o de medios humanos y materiales con la empresa incurso en prohibición de contratar, todo ello podría conducir a la conclusión de que la segunda sociedad es continuación o deriva de la primera, y, en ese caso, procedería la aplicación de la presunción del artículo 49.3 de la Ley de Contratos del Sector Público.

5. En lo que respecta a la última cuestión planteada por el Ayuntamiento de Albacete relativa a quién es competente para dictar la resolución de prohibición de contratar en el caso del artículo 49.3 de la Ley de Contratos del Sector Público, procede aclarar que la concurrencia de las circunstancias que conllevan la aplicación de esta disposición han de ser apreciadas, en su caso, por el órgano de contratación poniendo la circunstancia en conocimiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa por si procediera la tramitación del expediente de declaración de la prohibición de contratar como consecuencia de la extensión de tal prohibición declarada.