

Informe 5/99, de 17 de marzo de 1999."Posibilidad de contratar con el Ayuntamiento concejales y con sociedades en formación o con sociedades civiles. Prórrogas en los contratos".

8.9. Capacidad para contratar e incompatibilidades.

ANTECEDENTES.

1. Por el Alcalde del Ayuntamiento de Astillero (Cantabria) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

«El Ayuntamiento que tengo el honor de presidir en su desenvolvimiento en el ámbito de la contratación administrativa se viene planteando tres cuestiones a las que nos gustaría diese respuesta o proporcionase un cauce jurídico la Junta Consultiva de Contratación, como órgano de prestigio en el asesoramiento sobre estas materias.

Pues bien, las cuestiones que repetidamente se vienen suscitando se pueden sintetizar en tres aspectos que sino relacionados, si guardan todos ellos una estrecha relación con principios fundamentales con la contratación.

I) El primero de ellos, gira en torno a la capacidad y prohibiciones para contratar. El Art. 20 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su letra E, imposibilita a cualquier persona física o a los administradores de una persona jurídica a contratar con la Administración, siempre que concurra alguno de los supuestos de cargos electivos previstos en la Ley Orgánica 5/85 de 19 de junio del Régimen Electoral General.

El Ayuntamiento que presido va a realizar la enajenación de Patrimonio Municipal del Suelo, al objeto de su enajenación para obtener fondos en orden a satisfacer otras necesidades públicas. La enajenación de estos bienes se realiza en el marco del fomento de la promoción industrial y el bien enajenado se constituye en naves industriales incardinadas en el polígono industrial.

El marco normativo de referencia lo constituye la Legislación del Suelo (Art. 280 del Texto Refundido 1/92 de la Ley del Suelo) y el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales (RD 1372/1986, de 13 de junio). Este último se remite en cuanto a la preparación y adjudicación de los contratos de normativa reguladora de la contratación pública (Art. 112, 113); si bien su art. 16 remite la enajenación de los patrimonios del suelo a su legislación específica.

Ello plantea diversas cuestiones:

a.- Puede un concejal presentarse a la adquisición de una de las Naves Nido, por cuanto que el contrato no supone una ligazón con esta Administración, si no la mera adquisición de un bien, sin que suponga financiación alguna por este Ayuntamiento.
b.- Debemos remitirnos en bloque y sin ninguna matización al Art. 20.e de la Ley 13/95.

c.- Puede considerarse este contrato como un Contrato Administrativo especial por haberse vinculado al giro o tráfico específico de la Administración contratante (Art. 5.2.b. 13/95).

Estas son pues los interrogantes que plantea este Ayuntamiento.

II) La segunda de las controversias trae causa de la posibilidad de prórroga en los contratos de concesión de servicios públicos y en ocasiones de bienes de dominio público. Diversos contratistas se han dirigido por escrito a esta Administración,

amparados en informes jurídicos solicitando la prórroga de los contratos vigentes. Previamente a esta afirmación hay que señalar que los contratos han agotado las prórrogas contenidas en el pliego.

Los contratistas se apoyan básicamente en dos principios contractuales. La posibilidad de modificación del contrato o "IUS VARIANDI" que llevaría aparejada la realización de una serie de inversiones y el aumento del plazo concesional con el límite previsto en el Art. 158 de la Ley 13/95 de 75 años, y de otro lado el mutuo acuerdo supondría que la mera voluntad consensual de ambas partes permitiría graduar el plazo concesional siempre con el referente del límite legal imperativo.

Tales pretensiones se apoyan en algún dictamen del Consejo de Estado (Dictamen de 14 de enero de 1971 y 13 de diciembre de 1950) que se citan fragmentariamente. La Secretaría del Ayuntamiento cuestiona alguno de estos aspectos por entender que pueden afectar al principio de publicidad. No obstante, se hace acopio del informe de esa Junta 16/94 de 4 de octubre de 1994 en el que a otros efectos y en otro tipo contractual se admite dicha prórroga.

Dicha problemática viene planteándose en diversos contratos y conviene a este Ayuntamiento y al interés público su clarificación definitiva.

III) Por último, y aún no siendo de carácter menor se suscita una duda interpretativa con relación a las Sociedades en formación y/o sociedades irregulares. El Art. 15 de la Ley 13/95 relativo a la capacidad de las empresas señala para los empresarios españoles que fueran personas jurídicas, su capacidad se acreditará mediante escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil. El Art. 4 del R.D. 390/96 de 1 de marzo de desarrollo parcial de esta Ley añade "cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil aplicable".

La Secretaría del Ayuntamiento entiende que puede plantearse algún interrogante si bien postula, y solicita a la Junta la adveración de este criterio, que la normativa mercantil constituida por el R.D. legislativo sobre Sociedades Anónimas 1564/1989 de 22 de diciembre y la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada 2/95 de 23 de marzo plantea tiene carácter constitutivo, no pudiendo presentarse a la licitación con el asiento de presentación en el Registro Mercantil, si no con la inscripción definitiva.

Ahora bien se vienen presentando a distintas licitaciones de contratos, Sociedades mercantiles en formación, con la escritura pública y el asiento de presentación en el Registro Mercantil, argumentando que los Arts. 14, 15 y 16 de la Ley de Sociedades Anónimas permite, las Sociedades en formación y que el problema de la posible responsabilidad por la frustración en una posible negación ulterior de inscripción definitiva para la empresa, se solventa a través de la imputación a los administradores solidariamente de los daños y perjuicios.

Solicitamos de la Junta Consultiva nos aclare a través de fundamentado dictamen la posibilidad de admitir a la licitación, o en su caso excluir como así expresa el Sr. Secretario a este tipo de Sociedades en formación por entender que el requisito de la capacidad es un principio básico contractual y debe concurrir en el momento en el que se ha producido la oferta del contrato de forma pública a través de los Boletines. »

2. El anterior escrito tuvo entrada en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en 22 de enero de 1999. Posteriormente, en 24 de febrero de 1999 tiene entrada nuevo escrito del Alcalde de Astillero, que se califica de complementario del anterior, en el que suscita la cuestión relativa a la capacidad de las sociedades civiles para contratar con la Administración habida cuenta -se dice- de que éstas no se publicitan a través del Registro Mercantil, fundamentando las dudas que se suscitan en extensas

consideraciones sobre la interpretación de los pertinentes artículos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, del Código Civil y del Código de Comercio.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como claramente se expone en los escritos de consulta son cuatro las cuestiones que se suscitan en el presente expediente que deben ser examinadas y resueltas por separado, consistiendo la primera en determinar la compatibilidad o incompatibilidad de un Concejal para adquirir naves industriales que integran el patrimonio municipal del suelo; la segunda en determinar la posibilidad de prórroga en los contratos de concesión de servicios públicos y, en ocasiones, de bienes de dominio público; la tercera en examinar la cuestión de si las sociedades en formación o irregulares pueden ser admitidas a licitación, y la cuarta y última -la planteada en el escrito calificado de complementario- en examinar idéntica cuestión respecto de las sociedades civiles.

2. La primera cuestión suscitada, que es una de las que con más reiteración se viene planteando ante esta Junta ha de ser resuelta, por tanto, tomando en consideración criterios mantenidos en anteriores informes.

En concreto, en el informe de 8 de junio de 1994 (Expediente 4/1994) se abordaba la cuestión relativa a los contratos de compraventa celebrados por Entidades locales en las que interviene como comprador o vendedor algún Concejal de la Entidad y, aunque las referencias por razón de fechas se hacen a preceptos anteriores a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, los criterios sustentados pueden ser perfectamente mantenidos con posterioridad a su entrada en vigor, al no haberse alterado sustancialmente el contenido de las normas aplicables.

Del referido informe de 8 de junio de 1994, a efectos del presente, interesa destacar las siguientes declaraciones:

«Para determinar la normativa aplicable en la actualidad a los contratos de compraventa de inmuebles de las Entidades Locales, únicos a los que parece constreñirse la consulta, dado que la compra de bienes muebles a un Concejal por encajar en el concepto amplio de suministro del artículo 83 de la Ley de Contratos del Estado no suscita dificultades de interpretación, en orden a la aplicación de la incompatibilidad, hay que partir de la circunstancia de que el artículo 11 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, establece que las adquisiciones de bienes a título oneroso, es decir, la compra por las Entidades Locales, exigirá el cumplimiento de los requisitos contemplados en la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales y el artículo 112-1 del mismo Reglamento, en el mismo sentido, señala que las enajenaciones de bienes patrimoniales, es decir, las ventas efectuadas por las Entidades Locales, se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación por la misma normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales.

Esta remisión a la normativa reguladora de la contratación de las Corporaciones Locales obliga a entender incluida en la misma el artículo 9, apartado 6 de la vigente Ley de Contratos del Estado, dado que como declaraba esta Junta en su informe de 16 de febrero de 1994 (Expediente 32/93) "frente a la existencia inicial en materia de contratación administrativa, de dos bloques normativos independientes -el regulador de la contratación administrativa estatal y el regulador de la contratación administrativa local- en la evolución posterior se ha producido una aproximación entre ambos, que se inicia con el Real Decreto 3046/1977, de 6 de octubre, por el que se desarrollaba con rango de Ley el Estatuto de Bases de Régimen Local y que culmina con la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local y con el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local, aprobado por Real Decreto Legislativo 781/1986, de 18 de abril, de cuyo artículo 112 se deduce la aplicabilidad de la legislación de contratos del Estado a las Entidades Locales sin perjuicio de las especialidades propias del Texto Refundido". En el citado informe se hacía una referencia a la Sentencia de 5 de octubre de 1990 en la que

después de proclamar que con la evolución normativa reseñada "culmina la aspiración de máxima aproximación de la actuación de las Corporaciones Locales a la legislación del Estado, manteniendo sólo las imprescindibles peculiaridades o diferencias que exigen las necesidades locales" declara que hasta tanto no se produzca el desarrollo reglamentario que espera el Texto Refundido, "debe entenderse en vigor el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, pero sólo en aquellos aspectos en que no se encuentra derogado, debiendo entenderse producida dicha derogación en los casos patentes de oposición a los principios y regulación básicos de la legislación estatal sobre contratación" y termina con la declaración expresa de que esta último "constituye también fuente directa de la contratación administrativa local fuera de las especialidades propias que contempla el Texto Refundido".»

Después de transcribir el contenido del apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y señalar que viene a contemplar supuestos de incompatibilidad de plena aplicación a las Entidades locales se añade lo siguiente:

«También en este extremo hay que sostener que se llegaría a idéntica solución acudiendo, para estos contratos de compraventa, a lo dispuesto en la regla 30 apartado A, del artículo 4 del Reglamento General de Contratación del Estado, pues si bien la preparación y adjudicación de estos contratos han de regirse, ante todo, por sus normas administrativas especiales, lo cierto es que estas últimas, en este extremo y como hemos visto, se remiten a la normativa sobre contratación de las Entidades Locales (artículos 11 y 112 del Reglamento de Bienes), por lo que, para impedir la existencia de remisiones sin sentido, hay que concluir con la aplicabilidad a estos contratos de compraventa celebrados por las Entidades Locales del artículo 9, apartado 6 de la Ley de Contratos del Estado.

El citado apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado en la redacción dada al mismo por el artículo 11 de la Ley 9/1991, de 22 de marzo, contiene una última remisión, dado que considera incompatibles para contratar con la Administración a los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, lo que obliga al examen del artículo 178, apartado 2.d) que considera incompatible con la condición de Concejal, a los contratistas o subcontratistas de contratos, cuya financiación total o parcial corra a cargo de la Corporación Municipal o de establecimientos de ella dependientes. En definitiva por aplicación conjunta del apartado 6 del artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado y del artículo 178, apartado 2.d) de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General, esta Junta Consultiva entiende que, siempre que se den las condiciones de financiación exigidas por el artículo citado en último lugar, las Entidades Locales no podrán celebrar contratos de compraventa con Concejales de la respectiva Entidad, por estar estos últimos incursos en circunstancia determinante de prohibición de contratar con la Administración respectiva.»

Sustituyendo la cita del artículo 9, apartado 6, de la Ley de Contratos del Estado por la del artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, señalando la derogación expresa del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales que se produce por la disposición derogatoria única de dicha Ley y que esta última supone un avance más en la aproximación de legislaciones en el ámbito estatal y local, conservan plena vigencia las consideraciones y conclusión del citado informe de 8 de junio de 1994 en el sentido de que a los contratos de compraventa de bienes inmuebles celebrados por Entidades locales les resulta de aplicación el artículo 20.e) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, en consecuencia, existirá incompatibilidad para celebrarlos en el Concejal de la respectiva Entidad, siempre que se den las condiciones de financiación a que hace referencia el artículo 178, apartado 2.d) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, si bien esta última salvedad, en el presente supuesto, obliga a cambiar la regla y mantener la compatibilidad del Concejal ya que el contrato de enajenación de inmuebles no está financiado por el Ayuntamiento en contra de la dicción literal del artículo 178.2.d) de la Ley Electoral.

3. La segunda cuestión suscitada relativa a la posibilidad de prórroga de concesiones de servicios público, en ocasiones demaniales, también obliga a reiterar criterios de esta Junta en el sentido de que, de conformidad con el artículo 158 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y también, si resultase aplicable por razón de fechas el artículo 64 de la Ley de Contratos del Estado, la cuestión tiene que ser resuelta con sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares, ya que en el mismo tienen que figurar expresamente la duración del contrato, la posibilidad de prórroga y su duración respectiva (informes de 14 de julio de 1987 (expediente 18/97) y de 16 de diciembre de 1998 (expediente 38/99) y el que se emite con esta misma fecha correspondiente al expediente 47/98).

Frente a tesis tan concluyente no parece que puedan tomarse en consideración posibles criterios distintos sustentados por órganos consultivos y, en particular, el de esta Junta de 4 de octubre de 1994 (Expediente 16/94) que, como acertadamente se pone de relieve en el primer escrito de consulta, se refiere a un contrato distinto -de distribución y venta de publicaciones y otros artículos- con un régimen jurídico sustancialmente distinto en este extremo.

4. La posibilidad de que las Administraciones Públicas puedan contratar con sociedades en formación o irregulares también ha sido cuestión abordada por esta Junta, si bien referida a fundaciones, en el informe de 18 de octubre de 1996 (Expediente 54/96) en el que se llegaba a una conclusión negativa y se afirmaba que Aesta 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 11.2 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, reguladora de las mismas, consagra normas muy similares a las ya examinadas para las fundaciones.

Los argumentos que conducían a la conclusión negativa, que ahora se reitera, consistían en afirmar que de conformidad con el artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 4 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, el requisito de la personalidad es exigible para contratar con las Administraciones Públicas y careciendo de tal requisito las sociedades mercantiles no inscritas en el Registro Mercantil (artículo 7.1 de la Ley de Sociedades Anónimas y artículo 11.1 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada) no pueden contratar con las citadas Administraciones, sin que a esta conclusión pueda oponerse el que el artículo 15 de la Ley primeramente citada, aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, en virtud de lo preceptuado en el artículo 11.3 de su Ley reguladora, prevea que, antes de la inscripción, una vez otorgada la escritura de constitución se puedan realizar actos y celebrar contratos en nombre de la sociedad, de los que responderá la sociedad, siempre que sean indispensables para la inscripción de la sociedad, sean realizados por los administradores dentro de las facultades que les confiere la escritura para la fase anterior a la inscripción o sean estipulados en virtud de mandato específico por las personas a tal fin designadas por todos los socios, pues es evidente que, como se decía en nuestro anterior informe de 18 de octubre de 1996 ni el tenor literal, ni el significado y alcance de tal precepto, puede ser el de comprender, entre la asunción de derechos y obligaciones que faculta, las derivadas de un contrato administrativo. En particular, hay que insistir en el criterio del citado informe que los requisitos de la contratación (solventía o clasificación, constitución de garantías, etc...) no pueden ser cumplidos por las sociedades sin personalidad y que los efectos que consagra el citado artículo 15 (asunción de obligaciones por la sociedad, cuando se inscriba y responsabilidad de los administradores, socios y patrimonio aportado por estos últimos) resultan incompatibles con la finalidad de interés público que debe presidir la celebración de un contrato administrativo que no es otra que la de lograr su correcta ejecución, sin que la misma pueda quedar condicionada a la inscripción futura de la fundación o, caso contrario, a sustituir la ejecución por la responsabilidad de administradores, socios o patrimonio de la sociedad.

Lo hasta aquí expuesto ha de tomarse en cuenta, por iguales consideraciones, a las sociedades irregulares a que se refiere el artículo 16 de la Ley de Sociedades Anónimas aplicable también a las sociedades de responsabilidad limitada, ya que en este supuesto, no es que la sociedad no se haya inscrito, sino que ha sido verificada la voluntad de no inscribirla o ha transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura de constitución, lo que evidentemente permite repetir los argumentos que, sobre este extremo han quedado consignados.

5. Por último ha de observarse que las dudas y dificultades que ha suscitado el dato de la personalidad de las sociedades civiles y, por tanto, la posibilidad de contratar con las Administraciones Públicas, que tuvo su reflejo en diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado y en opiniones doctrinales contrapuestas, parece que han obtenido solución en el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modifican determinados artículos del Reglamento Hipotecario, cuya disposición adicional única, pese a su título, da nueva redacción al artículo 81 y adiciona un artículo 269 bis al Reglamento del Registro Mercantil, aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio. La base de la modificación última del Reglamento del Registro Mercantil consiste en diferenciar sociedades civiles con forma mercantil y sociedades civiles que no tengan forma mercantil, estableciendo para la primeras la obligatoriedad de su inscripción con arreglo a las reglas aplicables a la forma que hubieran adoptado y utilizando para las segundas la fórmula de que podrán inscribirse con arreglo a las normas generales del Reglamento en cuanto le sean aplicables.

A pesar de las dudas interpretativas que todavía puede suscitar la redacción de estos preceptos del Reglamento del Registro Mercantil, desde el punto de vista de la contratación administrativa, al desaparecer la imposibilidad o aclararse la posibilidad de inscripción de sociedades civiles en el Registro Mercantil, tengan o no forma mercantil, se entiende que por aplicación combinada del artículo 15.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, artículo 4.1 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo y artículos 81 y 269 bis del Reglamento del Registro Mercantil, las sociedades civiles deberán estar inscritas en este último Registro, para poder concurrir a contratos convocados por las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la incompatibilidad de Concejales en contratos de compraventa de las Entidades locales se produce en los casos en que dichos contratos sean financiados por el Ayuntamiento o establecimientos dependientes del mismo, de conformidad con el artículo 178.2.d) de la Ley Electoral, circunstancia de financiación que no existe en el contrato de enajenación de locales por parte del Ayuntamiento.
2. Que la posibilidad de prórroga de las concesiones de servicios públicos está condicionada a que las prórrogas y su duración estén previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.
3. Que las sociedades anónimas y de responsabilidad limitada, no inscritas en el Registro Mercantil, al carecer de personalidad no pueden contratar con las Administraciones Públicas.
4. Que, a partir de la reforma del Reglamento del Registro Mercantil, efectuada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, deberá exigirse a las sociedades civiles que pretendan contratar con las Administraciones Públicas el requisito de su inscripción en el Registro Mercantil.