

INFORME 11/02, de 17 de diciembre de 2002

CAPACIDAD PARA CONTRATAR CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. COINCIDENCIA ENTRE EL OBJETO SOCIAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS Y EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN A CONTRATAR.

ANTECEDENTES

El Interventor General de la CAIB dirige escrito de consulta a esta Junta con el siguiente tenor literal

“El artículo 15, apartados 1 y 2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece, dicho en líneas generales, que las personas que deseen contratar con la Administración han de tener plena capacidad de obrar. Los empresarios que sean personas jurídicas lo acreditarán mediante escritura de constitución o modificación inscrita en el Registro Mercantil, o mediante escritura o documento de constitución, estatutos o acta fundacional, inscrita, si es necesario, en el correspondiente registro oficial. También se prevén otras reglas para los empresarios no españoles.

De acuerdo con lo que establecen los artículos 2.1 y 12 del Decreto 20/1997, de 7 de julio, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y los artículos 15 al 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de dicha Junta, se solicita que emita informe respecto a la duda siguiente:

La duda surge respecto a si la coincidencia del objeto social que consta en la escritura de constitución o modificación, dicho en términos amplios y referido tanto a sociedades mercantiles como a otras personas jurídicas, con el objeto del contrato que se desea realizar, es determinante para atribuir capacidad de obrar para poder contratar con la Administración o si por el contrario hemos de considerar que la capacidad de obrar ya viene dada en el caso de las Sociedades Mercantiles, por ejemplo, como consecuencia de tener personalidad jurídica, que nace por haberse constituido con escritura pública y ésta haberse inscrito en el Registro Mercantil, con independencia de que el objeto social coincida o no con el objeto del contrato”.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

El Interventor General es persona legitimada para formular preguntas a la Junta Consultiva según el art. 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, (no de julio como erróneamente dice el escrito de consulta) y a la solicitud se ha

acompañado el informe jurídico exigido por el art. 16 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta (Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, BOCAIB nº 133 de 25-10-1997), cumpliéndose así todos los requisitos necesarios para la emisión de este informe.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

PRIMERA. La cuestión que se plantea es la de si las personas jurídicas para poder contratar con las Administraciones públicas han de tener un objeto social relacionado con la prestación a realizar o si, por el contrario, no es necesario esta coincidencia de objetos.

En la pregunta que efectúa el Interventor ya se prejuzga el que la coincidencia entre los objetos, social y de la prestación, afecta a la capacidad de obrar, cuando este tema no es pacífico en la doctrina y podría ser considerado bien desde una perspectiva del concepto genérico de capacidad jurídica y capacidad de obrar como presupuesto necesario para poder contratar con las Administraciones Públicas, o bien desde el ámbito del instituto de la representación, pero en este informe nos limitaremos a responder a la pregunta desde el punto de vista de la contratación administrativa y con arreglo a sus propias normas específicas, intentando dar una solución práctica y acorde a esta especial rama jurídica.

En la pregunta no se distingue entre ningún tipo de contrato, pero, lógicamente, se ha de iniciar este informe en referencia a los contratos de consultoría y asistencia y de servicios para los que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (texto refundido aprobado por R.D. Legislativo 2/2000, de 16 de junio. LCAP) dedica el artículo 197.1, disponiendo lo siguiente:

“Artículo 197. Requisitos de capacidad y compatibilidad.

- 1. En estos contratos, además de las condiciones generales exigidas por esta Ley, las empresas adjudicatarias deberán ser personas físicas o jurídicas cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales y se acredite debidamente y disponer de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato.”*

Resulta evidente que la LCAP, con acierto o sin él, ha considerado, para este tipo de contratos, como un aspecto de capacidad el que la finalidad o actividad de las personas, físicas o jurídicas, *“tenga relación directa con el objeto del*

contrato”, añadiendo (obviamente para las personas jurídicas).. *“según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales”*.

Sin embargo, para el resto de contratos la LCAP no hace ninguna referencia a la capacidad de obrar de los contratistas, limitándose a decir en el Libro I, aplicable a todos los contratos, en el art. 15, bajo el epígrafe de *“Capacidad de las empresas”*, que podrán contratar con las Administraciones las personas naturales o jurídicas *“..que tengan plena capacidad de obrar...”*, no definiendo, luego, cuál sea esta capacidad de obrar, por lo que hay que estar a las reglas del derecho común (arts. 37 y 38 del C. Civil por lo que a personas jurídicas se refiere que, a su vez, remiten a las normas y reglas de su constitución, donde, con carácter general, es preceptivo delimitar el objeto social); si bien, aunque no define la capacidad de obrar, continúa diciendo el art. 15 de LCAP, en su apartado 2, que ésta *“se acreditará mediante la escritura de constitución o modificación, en su caso, inscrita en el Registro Mercantil, cuando este requisito fuera exigible conforme a la legislación mercantil que le sea aplicable. Si no lo fuere, la acreditación de la capacidad de obrar se realizará mediante la escritura o documento de constitución, 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”*. Tanto las sociedades mercantiles como las fundaciones, asociaciones y demás formas de personalidad jurídica, conforme a las leyes que las regulan, han de recoger, como requisito necesario para su válida constitución, el que se especifique su objeto en sus reglas estatutarias, siendo significativo que el citado precepto de la LCAP exija la acreditación de la capacidad mediante el documento en el que consten las normas por las que se regula su actividad, dentro de las que, específicamente se encuentra la plasmación del objeto social, lo que ha llevado a la Junta consultiva estatal a interpretar el art. 15.2 de la LCAP en el sentido de que las empresas licitadoras para ser adjudicatarias de los respectivos contratos han de contar con la necesaria capacidad de obrar que está predeterminada por su objeto social (informes 4/99 y 20/00).

Los artículos 117 y 178 del Reglamento del Registro Mercantil de alguna manera refuerzan esta posición en tanto que, para las Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, respectivamente, impiden la inclusión en el objeto social *“...la realización de cualesquiera otras actividades de lícito comercio ni emplearse expresiones genéricas de análogo significado”*. Lo que a *“sensu contrario”* significa que el objeto social y consecuentemente, el ámbito de extensión de la capacidad de obrar de la persona jurídica que se crea, ha de ser concreto y determinado.

Por su parte, el Reglamento General de la LCAP (aprobado por RD 1098/2001, de 12 de octubre) sí que contiene, al menos, dos preceptos que tratan el

problema de la adecuación entre objeto social y objeto de la prestación a contratar y lo relacionan con la capacidad de obrar (insistimos, con mayor o menor acierto desde el punto de vista técnico.- jurídico). Nos referimos al art. 10 y al art. 47.2.a). Dice el primero de ellos bajo la rúbrica de “*capacidad de obrar de las restantes empresas extranjeras*” que la capacidad de obrar de estas empresas se acreditará mediante informe en el que se haga constar que figuran inscritas en el Registro Local profesional, comercial o análogo, o, en su defecto, “*que actúan con habitualidad en el tráfico local en el ámbito de las actividades a las que se extiende el objeto del contrato*”. Y el art. 47.2.a), al ocuparse de la documentación que han de aportar las empresas que pretendan clasificarse como contratistas de obras o de servicios, dice:

“Documentos de acreditación de las características jurídicas de la empresa:

- a) *Acreditación de la personalidad jurídica y de la capacidad de obrar en las personas jurídicas de conformidad con el artículo 15 de la Ley y artículos 9 y 10 de este Reglamento.*

El objeto social de las personas jurídicas deberá comprender las actividades incluidas en los subgrupos en que se solicite clasificación”.

El inciso final de este precepto obliga a que el objeto de las personas jurídicas que quieran clasificarse comprenda los subgrupos en que se dividen las correspondientes actividades y teniendo en cuenta que la falta de clasificación constituye una prohibición expresa de contratar (art. 20 de la LCAP) sancionada con la nulidad de pleno derecho (art. 22), no sería congruente sostener que una empresa no podría contratar obras o servicios superiores a 120.020,42€ si su objeto social no coincide con la prestación, por imposibilidad de obtener la clasificación, y, sin embargo, pudiera contratar en cuantías inferiores sin necesidad de esta adecuación de objetos. Dicho de otra forma: que la Administración permitiría contratar a quien luego no permitiría clasificar.

En esta misma línea, la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de fecha 17-11-1989, dijo:

“Corresponde en exclusiva a los constituyentes la definición del objeto social y sobre el ámbito así delimitado habrá de predicarse, en su caso, la ilicitud, la imposibilidad o la exigencia del cumplimiento de ciertos requisitos añadidos; siendo la definición estatutaria del objeto social y no el efectivo desenvolvimiento posterior de las actividades en él comprendidas lo que determina la aplicabilidad de aquellas disposiciones especiales que prevén el cumplimiento de ciertos requisitos por razón del ámbito de actuación delimitado, de modo que desde el momento fundacional la Sociedad ha de reunir todas las exigencias que hagan viable el completo desarrollo de cualesquiera actividades comprendidas dentro de su objeto social, no pudiéndose incluir en él aquellas otras que por sus especiales características queden por Ley sustraídas a la entidad que se pretende constituir”.

Incluso autores como García de Enterría han llegado a entender, refiriéndose a la exigencia de clasificación en determinados contratos (donde como hemos visto es necesario adecuar el objeto social a los subgrupos en que se pretenda clasificar), que se trata *“de un verdadero requisito de capacidad, aunque especial, pues la Ley presume fundadamente que quien carece de esta aptitud está tan impedido de llevar a buen término el contrato como lo estaría una persona en la que no concurren los requisitos generales de capacidad”*

Todo lo cual nos lleva a la conclusión de que en el ámbito de la contratación administrativa podría hablarse de un *“plus de capacidad”*, *“capacidad especial”* o *“capacidad complementaria”* necesaria para que las personas jurídicas puedan contratar con la Administración, consistente en la adecuación de su objeto social al concreto objeto de la prestación.

SEGUNDA. También existe otra doctrina que ha considerado que las actuaciones de las personas jurídicas extralimitándose de su concreto objeto social no afectan a su capacidad sino que deben ubicarse en el instituto de la representación, apoyando su tesis en lo que al efecto disponen el art. 129 de la Ley de Sociedades Anónimas y el art. 63 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (fruto de la incorporación al Derecho español de la directiva del Consejo CEE, de 9 de marzo de 1968), cuando ambos dicen: *“Ambito de la representación. 2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aún cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.”* Pero aunque a dicha tesis se podrían oponer argumentaciones tales como que dichos preceptos están ubicados como apartados siguientes de una premisa general que dice: *“1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos. Cualquier limitación de las facultades representativas de los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.”*, por lo que, en realidad no son sino una excepción garantista de terceros de buena fe, pero que no convalidan la falta de capacidad, sino que tan solo prevén que si se da la situación se producirán unos efectos concretos y excepcionales, dado que a tenor de los arts. 9 y 34 de la propia Ley de S.A. y 13 y 16 de la Ley de SL, es requisito imprescindible la delimitación del objeto social, así como que es causa de nulidad la falta de objeto en los estatutos; no obstante, no es tarea de esta Junta Consultiva la de dirimir sobre posicionamientos doctrinales divergentes, máxime si la cuestión excede del estricto ámbito de la contratación administrativa, único y exclusivo campo en el que la Junta debe pronunciarse aportando su visión interpretativa de las normas que la regulan, ejerciendo una función de coordinación y

homogeneización de las actuaciones a las que deban atenerse los órganos de contratación de su órbita competencial, y teniendo siempre presente, como en reiteradas ocasiones tiene dicho la Junta Consultiva del Estado, que sus informes carecen de carácter vinculante y el órgano de contratación podría apartarse de ellos justificándolo debidamente en el expediente, siendo los tribunales de justicia quienes tienen la potestad última de interpretar las normas. Pero lo que sí se puede afirmar es que gozan de especial cualificación jurídica debido no sólo a la condición de las personas que intervienen en su elaboración conforme a sus reglas reguladoras, sino también a la especialización y experiencia que sin duda se sedimenta en un órgano consultivo cuya misión se circunscribe precisamente a los contratos administrativos.

Según esta doctrina, de corte mercantilista y ascendente germánico, *“el objeto social no constituye un marco que delimite la capacidad jurídica de la persona moral sociedad anónima en el Derecho Español”* (S.de la A.P. de Madrid de 20-4-1999), y, consecuentemente, las sociedades mercantiles tienen, en principio, plena y general capacidad de obrar, sin vinculación, limitación ni restricción alguna de la misma derivada de su objeto social. Sin embargo al ubicar el problema en el campo de la representación, o, para ser más exactos, en la extralimitación del representante de la persona jurídica celebrando negocios jurídicos extraños o ajenos a su objeto social, la necesaria intervención previa de la Administración antes de contratar observaría que se está excediendo dicha representación y para poder continuar en la licitación se debería subsanar esa carencia representativa.

Por tanto, ya sea por falta de capacidad o por falta de representación, a la luz de las normas establecidas en la LCAP analizadas en la precedente consideración jurídica, y sin entrar en más elucubraciones ni disquisiciones de carácter doctrinal que, a la postre, nos llevarían a la misma conclusión, lo cierto es que la Administración no puede contratar con personas jurídicas en cuyo objeto social no tenga cabida el objeto concreto en que consista la prestación, y que en ningún caso podría invocarse la previsión excepcional contenida en los arts. 129 y 63 de las Leyes de Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada, habida cuenta de que no puede predicarse la condición de tercero de buena fe de la Administración, pues la propia LCAP (arts. 79, 81,82,88...) y su Reglamento (art. 81) le obliga al previo examen de la documentación del contratista, momento en el que, ineludiblemente, quedaría constatada la inadecuación de los objetos social y de la prestación.

CONCLUSIÓN

Las personas jurídicas para poder licitar contratos de las Administraciones Públicas deberán tener un objeto social que ampare la actividad concreta a que se refiera el objeto de la prestación a contratar o bien quienes las representen deberán acreditar debidamente que su representación se extiende también al objeto del contrato.