



Informe 10/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comisión Permanente)

Asunto: Necesidad, a efectos de acreditar la capacidad de obrar de las empresas licitadoras, que los acuerdos de modificación de los objetos sociales consten en escritura pública e inscritos en el Registro Mercantil en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones.

ANTECEDENTES

I. El Alcalde del Ayuntamiento de Vila-seca ha solicitado el Informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre si la modificación de los estatutos para adaptar el objeto social de una empresa licitadora a las prestaciones objeto de un contrato público debe constar en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, a efectos de acreditar la capacidad de obrar.

Así, se plantea “si en una correcta aplicación de los artículos 57.1 y 72.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, RDL 3/2011 (...) es suficiente la adopción y consiguiente certificación de un acuerdo societario antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones”, o si “en caso de que no sea suficiente este acuerdo societario, es necesario sólo formalizarlo en escritura pública, o hay que exigir también la inscripción del acuerdo societario en el Registro Mercantil”.

II. Se adjuntan al escrito de petición de informe el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento, por el cual se acuerda suspender el procedimiento de contratación en el cual tiene origen la consulta enviada, así como, de acuerdo con la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, de esta Comisión Permanente, sobre los requisitos que tienen que reunir las solicitudes de informe formuladas a la Junta Consultiva, el Informe jurídico correspondiente.

III. El artículo 4.9 del Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, de reestructuración de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, establece que esta Junta Consultiva informa sobre las cuestiones que, en materia de contratación, le sometan, entre otros, las entidades que integran la administración local en Cataluña. Por otra parte, el artículo 11.4 del mismo Decreto atribuye a la Comisión Permanente la aprobación de los informes correspondientes.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Antes de analizar la cuestión planteada, y vista la constancia de un Acuerdo de suspensión del procedimiento de contratación en el cual tiene origen la consulta enviada,



debe precisarse que, de acuerdo con lo que prevé el Decreto 376/1996, de 2 de diciembre, ya mencionado, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña es el órgano consultivo específico en materia de contratación pública para resolver cuestiones de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en esta materia que le planteen, entre otros, los entes locales de Cataluña, y no puede sustituir ni suplir las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia, tal como se recoge en la Instrucción 1/2005, de 4 de octubre, ya mencionada.

Por lo tanto, sin entrar a valorar el expediente concreto que origina la consulta, se emite este informe sobre la cuestión de carácter general relativa a si los acuerdos de modificación estatutaria de los objetos sociales tienen que estar inscritos en el Registro Mercantil en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, a los efectos de acreditar la capacidad de obrar de las empresas licitadoras, o si es suficiente su constancia en escritura pública o simplemente la adopción del acuerdo de modificación societario.

II. Con la finalidad de dar respuesta a la cuestión planteada, hay que partir de la regulación que sobre la capacidad de las personas jurídicas y su acreditación, se contiene en la normativa en materia de contratación pública.

El artículo 54 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (de ahora en adelante, TRLCSP), exige a las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que quieran, contratar con el sector público que cumplan con determinadas condiciones de aptitud, que consisten en tener plena capacidad de obrar, no encontrarse incursas en prohibición de contratar y disponer de la solvencia requerida.

El artículo 57.1 del TRLCSP establece, como norma especial de capacidad de las personas jurídicas, que estas “sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios”.

En relación con este requisito de capacidad, la doctrina, tanto de las diversas juntas consultivas de contratación, como de los tribunales competentes para resolver los recursos especiales en materia de contratación pública, ha manifestado que la capacidad de obrar de las personas jurídicas para contratar con el sector público se define por su objeto social, de manera que es necesario que este ampare las prestaciones objeto del contrato en cuestión¹; que tiene como finalidad garantizar que la persona jurídica dispone

¹ Así, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado afirmó, ya en el Informe 4/99, de 17 de marzo, que “a diferencia de las personas físicas que tienen una capacidad de obrar genérica (...), el tema de la capacidad de obrar de las personas jurídicas es más complejo y necesariamente ha de ser puesto en relación con su objeto, pues es indudable que solo pueden realizar y, por tanto, solo tienen capacidad de obrar para actividades comprendidas en su objeto”; en el mismo sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares señaló en el Informe 11/02, de 17 de diciembre, que “las empresas licitadoras para ser



de la aptitud necesaria para realizar eficazmente actos jurídicos, ejercer derechos y asumir obligaciones²; y que la interpretación, con respecto a su alcance, tiene que ser amplia, en el sentido de entender que no implica la obligación de una identidad absoluta entre los fines, el objeto o el ámbito de actividades de las personas jurídicas y el objeto del contrato, sino que es suficiente que se pueda apreciar una relación directa o indirecta entre este y el objeto social de la empresa³.

De acuerdo con el artículo 72.1 del TRLCSP, la capacidad de obrar de las personas jurídicas se acreditará mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en que consten las normas por las cuales se regula su actividad, “debidamente inscritos, en su caso, en el Registro público que corresponda, según el tipo de persona jurídica de que se trate”. Por lo tanto, son los referidos documentos inscritos, cuando la inscripción registral sea exigible en la normativa que sea aplicable al tipo de persona jurídica, los que acreditan la capacidad de obrar de estas.

Por otra parte, el artículo 146.5 del TRLCSP establece que “el momento decisivo para apreciar la concurrencia de los requisitos de capacidad y solvencia exigidos para contratar con la Administración será el de finalización del plazo de presentación de las proposiciones”. Por lo tanto, el requisito de capacidad de vinculación del objeto social al objeto del contrato, en los términos ya expuestos, debe cumplirse por las empresas licitadoras en la fecha de finalización del plazo de presentación de ofertas, siendo admisible después de esta fecha únicamente que se acredite su cumplimiento formal.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 18/10, de 24 de noviembre, señaló, que si “el objeto social de la entidad licitadora desde antes de la expiración del plazo de presentación de proposiciones es diferente del objeto social exigido por los pliegos a efectos de acreditar la aptitud de la empresa y, por lo tanto, fuera necesaria una modificación que innovará en el objeto social, esto es, que fuera más allá de una mera aclaración del mismo, en este caso estaríamos ante un defecto insubsanable”. Sin embargo, este informe no se pronuncia sobre si, en el supuesto de que la modificación del objeto social se acuerde antes de que expire el plazo de presentación de proposiciones, este acuerdo sería suficiente para acreditar la capacidad de obrar o si, por el contrario, requeriría además de inscripción registral.

adjudicatarias de los respectivos contratos han de contar con la necesaria capacidad de obrar que está predeterminada por su objeto social”; también, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en el Informe 2/2013, de 23 de enero, afirma que “la capacidad de las personas jurídicas se define con carácter general y para cualquier contrato, por su objeto social”.

² Resolución nº. 668/2015, de 17 de julio, del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (de ahora en adelante TACRC), entre otros.

³ Por ejemplo, por esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa en el Informe 8/2013, de 26 de julio; por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en el Informe 11/08, de 30 de abril; por la Junta Consultiva de Canarias en el Informe 4/2010, de 25 de marzo; y por la Junta Consultiva de Andalucía en el Informe 1/2014, de 20 de marzo. Asimismo, por el TACRC en las Resoluciones 58/2014, de 28 de enero, y 2/2016, de 12 de enero, entre otras; y por el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución 114/2013, de 24 de julio; entre otros tribunales.



III. Dado que la cuestión objeto de consulta se plantea respecto de las sociedades mercantiles, hay que poner los preceptos del TRLCSP relativos a la capacidad de las personas jurídicas y a su acreditación, en relación con la normativa reguladora de esta tipología de persona jurídica.

El Real Decreto legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (de ahora en adelante, TRLSC), dispone que la constitución de las sociedades de capital⁴ exige escritura pública, la cual debe inscribirse en el Registro Mercantil (artículo 20); que con la inscripción registral la sociedad adquiere personalidad jurídica (artículo 33); que la escritura de constitución de las sociedades de capital debe incluir, entre otros aspectos, los estatutos sociales (artículo 22); y que en estos estatutos, que rigen el funcionamiento de la sociedad, debe constar el objeto social determinando las actividades que lo integran (artículo 23).

Así, con la inscripción registral de la escritura pública de constitución, que debe incluir los estatutos sociales, la sociedad adquiere personalidad jurídica, y el objeto social, incluido en los estatutos sociales inscritos, determina su capacidad de obrar para contratar con el sector público⁵.

La modificación del objeto social de una sociedad, que supone una modificación de sus estatutos sociales, puede tener por objeto ampliar, reducir o sustituir, con posterioridad a la constitución de la sociedad, el objeto social predeterminado, y está sujeta a determinados requisitos de forma y de publicidad, como acto seguido se verá.

La modificación de los estatutos sociales de las sociedades de capital se regula en el título VIII del TRLSC. En concreto, el artículo 285.1 establece que “cualquier modificación de los estatutos será competencia de la Junta General”,⁶ y el artículo 290.1, relativo a la escritura e inscripción registral de la modificación, determina que “en todo caso, el acuerdo de modificación de estatutos se hará constar en escritura pública que se inscribirá en el Registro Mercantil”, y que “el registrador mercantil remitirá de oficio de forma telemática y sin coste adicional alguno, el acuerdo inscrito para su publicación en el Boletín Oficial del Registro Mercantil”.

En los mismos términos, el Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio, por el que se aprueba el Reglamento del Registro Mercantil (de ahora en adelante, RRM), establece el régimen

⁴ De acuerdo con el artículo 1 del TRLSC son sociedades de capital la sociedad de responsabilidad limitada, la sociedad anónima y la sociedad comanditaria por acciones.

⁵ El TACRC, en la Resolución nº. 188/2015, de 20 de febrero, declara que el objeto social de las sociedades de capital determina la capacidad para contratar con la administración y el resto de sujetos del sector público y que “se trata, por lo tanto, no de determinar si la sociedad está o no bien constituida, y en virtud de ello tiene una genérica capacidad por contratar sea cual sea su objeto social y la prestación del contrato al que licita, sino si el objeto del contrato licitado está comprendido entre las actividades contempladas en su objeto social y, por lo tanto, tiene capacidad para contratar en ese concreto procedimiento de licitación”.

⁶ También, el artículo 160, letra c, atribuye a la Junta General la competencia para acordar la modificación de los estatutos sociales.



de inscripción de las sociedades de carácter mercantil y de los diferentes actos que les afectan, entre ellos, los de modificación de los estatutos sociales, y prevé, en el artículo 94.1⁷, que en cada hoja abierta a cada sociedad se inscribirán obligatoriamente, entre otras circunstancias, “la modificación del contrato y de los estatutos sociales”, que, de acuerdo con el artículo 95, para su inscripción, debe constar en escritura pública⁸.

Así, esta normativa exige a los acuerdos de modificación de los estatutos sociales, por lo tanto, a los de modificación de los objetos sociales, los mismos requisitos de forma y de publicidad –eso es, escritura pública e inscripción registral–, que a los estatutos preexistentes objeto de modificación, para que el acuerdo tenga plena eficacia.

Por lo tanto, en principio, se podría afirmar que si la normativa mencionada que regula las sociedades mercantiles exige a los acuerdos de modificación de los objetos sociales que consten en escritura pública –que, como se ha señalado, es requisito para el acceso del acto al registro–, y que se escriban en el Registro Mercantil, será la certificación⁹ del acuerdo de modificación del registro la que acreditará el cumplimiento del requisito de capacidad de vinculación del objeto social al objeto del contrato exigido en la normativa de contratos del sector público.

El TACRC se ha referido a la cuestión objeto de este Informe en diversas resoluciones¹⁰, en las cuales afirmó que el acuerdo de modificación estatutaria que amplía el objeto social de una empresa licitadora para incluir las prestaciones objeto de un contrato tiene que constar inscrito en el Registro Mercantil con anterioridad a la fecha de finalización del

⁷ Este precepto desarrolla el artículo 22, apartado 2, del Real Decreto de 22 de agosto por el que se publica el Código de Comercio (de ahora en adelante, Código de Comercio), el cual establece que en la hoja abierta a las sociedades mercantiles “se inscribirán el acto constitutivo y sus modificaciones, la rescisión, disolución, reactivación, transformación, fusión o escisión de la entidad (...)”.

⁸ El artículo 5, relativo a la titulación pública, del RRM establece, como regla general, que la inscripción en el Registro Mercantil debe hacerse en virtud de documento público. Se trata de un principio que pretende garantizar la autenticidad del acto que accede al registro.

⁹ De acuerdo con el artículo 77.2 del RRM, la certificación será el único medio de acreditar fehacientemente el contenido de los asientos del registro.

¹⁰ En la Resolución nº. 568/2013, de 29 de noviembre, el TACRC declara que la publicidad registral de la modificación estatutaria disfruta de eficacia constitutiva y que, por lo tanto, “no basta con que el acuerdo adoptado por el órgano de gobierno de la mercantil se protocolice en escritura notarial sino que además el principio de publicidad registral exige que dicha modificación estatutaria quede inscrita en el Registro Mercantil”. Así, afirma que para acreditar la vinculación entre el objeto social de la empresa licitadora y el objeto del contrato, no es suficiente la aportación del acuerdo de modificación estatutaria adoptado por la Junta General de la empresa, ni se puede admitir la escritura de ampliación del objeto social otorgada e inscrita en el Registro Mercantil con posterioridad a la finalización del plazo de presentación de ofertas, dado que ello no supondría la subsanación de un defecto formal en la documentación acreditativa de la capacidad de la sociedad, sino la del contenido material de esta capacidad. En el mismo sentido, se ha manifestado en la Resolución nº. 988/2015, de 23 de octubre.

plazo para la presentación de proposiciones¹¹, en virtud de la eficacia constitutiva de la publicidad registral en esta materia.

Sin embargo, el TACRC ha afirmado, en la reciente Resolución nº. 614/2016, de 29 de julio, que no es oponible en la fecha de finalización del plazo para la presentación de ofertas una modificación estatutaria que se eleva a escritura pública en una fecha posterior, después de señalar que los requisitos de elevación a escritura pública y de inscripción en el Registro Mercantil no tienen carácter constitutivo para la existencia y la validez del acuerdo de modificación, si bien son presupuesto de eficacia y de oponibilidad frente a terceros¹². Así, señala que “la doctrina considera [en relación con la inscripción de los acuerdos de modificación de los estatutos], que su no práctica no obsta a su validez, de modo que la ausencia de estos (de los requisitos formales exigidos por el mencionado artículo 290 del TRLSC), sea porque el acuerdo de la junta no se eleva a escritura pública, sea porque ésta no se inscribe, sea porque la inscripción no se publica en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, no afecta a la validez del acuerdo regularmente adoptado”; y que “siguiendo en este punto el criterio doctrinal y jurisprudencial más extendido, hay que afirmar que esos requisitos formales, y particularmente la inscripción registral, no tienen carácter constitutivo para la existencia o la validez del acuerdo de modificación (...), son presupuesto de eficacia y oponibilidad frente a terceros, pero no en el ámbito interno donde se establece la relación entre la sociedad y los socios, frente a estos, cuyo conocimiento, o posibilidad de conocimiento, se supone, dado que participaron, o pudieron participar, en su adopción, el acuerdo es eficaz y oponible (...)”.¹³

Por lo tanto, de acuerdo con este posicionamiento, la inscripción de los acuerdos de modificación de los objetos sociales no tiene eficacia constitutiva, en el sentido que la inscripción registral no afectaría a la validez del acuerdo de modificación internamente perfeccionado, es decir, entre los socios de la sociedad, pero sí que afectaría a la eficacia¹⁴ y oponibilidad frente a terceros.

¹¹ El Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en la Sentencia nº. 372/2000, de 24 de noviembre de 2000, declaró conforme a derecho el acuerdo de exclusión de una empresa licitadora de un procedimiento de contratación por considerar insubsanable el hecho de no encontrarse la ampliación del objeto social en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil en el momento de cierre de la presentación de las proposiciones.

¹² También, en la Resolución nº. 188/2015, de 20 de febrero, este Tribunal señaló que la modificación del objeto social de una empresa con el fin de ajustarlo al objeto del contrato licitado no se puede admitir como subsanación, “tanto más cuando el título presentado falta de efectos respecto de terceros al no haber sido objeto de inscripción en el Registro Mercantil, sino sólo de un asiento de presentación”.

¹³ El Tribunal Superior de Justicia de Cantabria en la Sentencia nº. 599/2008, de 29 de julio de 2008, también señala que la inscripción en el registro mercantil y la publicación del escrito en el BORME no son constitutivas, sino que tienen como objetivo dar publicidad a unos hechos surgidos fuera del Registro, a efectos de la legitimidad registral; si bien, en el supuesto examinado, todos los licitadores presentaban un objeto social conforme con el requerido en la convocatoria, después de las modificaciones que también constaban inscritas en el Registro Mercantil.



En este sentido, parece que se puede distinguir entre las inscripciones que internamente –no en relación con terceros– tienen un efecto constitutivo, ya que el asiento del registro, además de declarar lo que se ha inscrito, perfecciona la situación o el acto que declara, de aquellas que no tienen este efecto, en el sentido de que el acto nace al margen del registro, si bien éste le añade eficacia. Entre las inscripciones que tienen un efecto constitutivo podrían encontrarse la de constitución de las sociedades de capital que, como ya se ha indicado, otorga personalidad jurídica a estas, y entre las inscripciones no constitutivas y con efecto declarativo, la inscripción de las modificaciones estatutarias la cual no es condición para que la modificación vincule desde el acuerdo de Junta General a los socios, pero sí para que sea eficaz y oponible a terceros.

En esta misma línea, hay que hacer referencia a tres principios relativos a la eficacia del registro, los cuales operan externamente, y que son los de legitimación, fe pública y oponibilidad, contenidos en los artículos 7, 8 y 9, respectivamente, del RRM. Estos principios son el fundamento de la actividad registral y son efectos que dimanar de todas las inscripciones.

La finalidad propia del Registro Mercantil es dar publicidad legal de hechos y actos relevantes para el tráfico jurídico¹⁵, y no sólo proporciona información a efectos de su conocimiento, sino que atribuye unos determinados efectos a lo que se ha inscrito y, así, la inscripción disfruta de presunción de veracidad. En este sentido, el artículo 7 del RRM establece que “el contenido del Registro se presume exacto y válido, mientras que no se demuestra lo contrario” y que “los asientos del Registro están bajo la salvaguardia de los tribunales y producirán sus efectos mientras que no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad”. Esta presunción de validez implica que el acto inscrito existe y, en consecuencia, es eficaz.

Por eso, el artículo 8 del RRM, relativo a la fe pública, determina que la declaración de inexactitud o nulidad de los asientos del Registro Mercantil no perjudica los derechos de terceros de buena fe adquiridos conforme a derecho¹⁶. Se trata de un principio que tiene

¹⁴ En este sentido, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid en la Resolución nº. 114/2013, de 24 de julio, ante un supuesto en el que, en trámite de subsanación, una de las empresas integrantes de una unión temporal aporta la elevación a público de un acuerdo de Junta General de ampliación del objeto social que incluía, en este momento, las prestaciones contractuales, señala que “tal como afirma el órgano de contratación dicha modificación no podía producir efectos frente a terceros en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones ya que la normativa mercantil (...) exige para ello, además del Acuerdo de la Junta General de la sociedad, su elevación a escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil”.

¹⁵ Hay que tener en cuenta que nuestro sistema registral mercantil obedece al principio de tipicidad o de *númerus clausus* del registrable.

¹⁶ Por su parte, el artículo 9 del RRM, relativo a la oponibilidad, prevé que los actos que se encuentran sujetos a inscripción sólo son oponibles a terceros de buena fe desde que se publiquen en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, excepto los efectos propios de la inscripción –la buena fe del tercero se presume en tanto que no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado, o la discordancia entre la publicación y la inscripción.



como objetivo principal proteger a los terceros de buena fe que han confiado en el contenido del registro, siendo su fundamento la seguridad que este otorga a los actos inscritos y una consecuencia de la presunción de veracidad del contenido del registro.

Así, aunque no se requiera a los acuerdos de modificación de los objetos sociales el complemento registral para considerarlos perfeccionados, su inscripción en el Registro Mercantil les otorga la eficacia derivada de los principios registrales de legitimación, fe pública y oponibilidad, antes mencionados, en relación con terceros. En este sentido, la inscripción de los acuerdos de modificación de los objetos sociales acredita frente a terceros –y, por lo tanto, también ante la Administración o entidad del sector público contratante–, la existencia y la validez de la modificación adoptada internamente.

En todo caso, si de conformidad con el artículo 72.1 del TRLCSP, antes mencionado, la capacidad de obrar de las personas jurídicas debe acreditarse, entre otros documentos, mediante los estatutos debidamente inscritos en el registro, cuando este requisito fuera exigible en la normativa que regula cada tipo de persona jurídica, el acuerdo de modificación estatutaria de adaptación del objeto social de una empresa a las prestaciones objeto de un contrato sólo puede acreditar aquella capacidad cuando conste inscrito en el registro, si su inscripción fuera obligatoria, como es el caso de las modificaciones estatutarias de las sociedades de capital.

En virtud de lo que se ha expuesto, hay que entender que es necesario, a efectos de acreditar la capacidad de obrar de las empresas licitadoras, que los acuerdos de modificación de los objetos sociales estén inscritos en el Registro Mercantil, cuya inscripción requiere la previa constancia en escritura pública, en la fecha de finalización del plazo para la presentación de las proposiciones, no siendo suficiente en este plazo el acuerdo de modificación societario adoptado internamente.

Sobre la base de las consideraciones anteriores la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Los acuerdos de modificación estatutaria por los cuales las empresas licitadoras adaptan su objeto social al objeto de un contrato público deben constar en escritura pública e inscritos en el Registro Mercantil en la fecha de finalización del plazo de presentación de proposiciones, a efectos de acreditar la capacidad de obrar.

Barcelona, 1 de diciembre de 2016