

## **Informe 8/00, de 6 de julio de 2000. "Nulidad de la adjudicación de un contrato por falta de clasificación de la empresa. Imposibilidad de cesión del contrato por nulidad".**

### **ANTECEDENTES.**

1. Por el Presidente de la Diputación Provincial de Jaén se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

*"ANTECEDENTES:*

*PRIMERO: por Resolución Presidencial nº 3357 de fecha 22 de septiembre de 1999, la Diputación Provincial de Jaén aprueba el proyecto de obra y expediente de contratación con denominación "Ejecución de un parque en la zona verde RP/3, en Jaén", determinándose como procedimiento de contratación para el mismo el de subasta pública abierta, ordenándose realizar anuncio de licitación en el Boletín Oficial de la Provincia, el cual fue publicado en fecha 7 de octubre de 1999, determinándose en el mismo que el plazo de presentación de ofertas será de 26 días computados a partir del siguiente a la publicación en el citado boletín, y exigiéndose como requisito para acreditar la solvencia económica, financiera y técnica, de conformidad con el pliego que le es de aplicación, la siguiente clasificación: Grupo C, Subgrupo 06, Categoría B.*

*SEGUNDO: La empresa ELECTROSUR SOCIEDAD COOPERATIVA LIMITADA presenta su proposición a fecha 2 de noviembre de 1999 a las 12,30 horas, según consta en el registro de plicas, último día de presentación de proposiciones.*

*TERCERO: Con fecha 5 de noviembre de 1999 se constituye la Mesa de Contratación para la apertura de documentación administrativa de las empresas licitadoras, comprobándose que la empresa de referencia aporta la documentación exigida a excepción de la declaración responsable a que se refiere el art. 20 de la Ley 13/95 de 18 de mayo de Contratos de las Administraciones Públicas (L.C.A.P.) En lo que afecta a la legislación de la Comunidad Autónoma de Andalucía, documentación que, en el plazo otorgado para ello, es subsanada.*

*Entre la documentación aportada por la empresa ELECTROSUR, S.C.L. se presenta la siguiente:*

*-Certificado de clasificación con un plazo de vigencia hasta 25 de marzo de 2003, con la clasificación exigida, y expedido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a fecha 25 de marzo de 1999.*

*-Declaración responsable de la empresa de la vigencia de la clasificación otorgada, expedida dicha declaración a fecha 27 de septiembre de 1999.*

*-Relación de maquinaria y medios materiales, suscrita por la empresa con fecha 24 de septiembre de 1999.*

*-Relación de personal adscrito a la obra, suscrita por la empresa con fecha 24 de septiembre de 1999.*

*CUARTO: Con fecha 17 de noviembre de 1999 se constituye la Mesa de Contratación para la apertura de ofertas económicas y elevar propuesta de adjudicación al órgano competente realizándose a favor de ELECTROSUR S.C.L., adjudicación que se perfecciona mediante Resolución Presidencial n° 4.452 de fecha 23 de noviembre de 1999.*

*QUINTO: El contrato se formaliza con la citada empresa en documento administrativo con fecha 30 de diciembre de 1999.*

*SEXTO: La empresa ELECTROSUR XXI SOCIEDAD LIMITADA, presenta escrito en fecha 12 de enero de 2000 mediante el que solicita la cesión de contrato y cambio de titularidad de la citada obra a su favor, empresa de la que ELECTROSUR S.C.L. es único accionista, y cuyo capital ha sido desembolsado íntegramente por transferencia de todo su activo y pasivo a fecha 1 de enero de 1999, según se pone de manifiesto en la escritura de constitución de la sociedad limitada y en la escritura en que se eleva a público el acuerdo de ampliación de su capital social. (Se adjunta como documento n° 1).*

*A la vista de los antecedentes expuesto se eleva a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa las siguientes*

*CUESTIONES:*

*PRIMERA.- "Existe nulidad en la adjudicación realizada por la Diputación Provincial a favor de la empresa ELECTROSUR S.C.L."*

*La empresa ELECTROSUR S.C.L. en el momento de presentar su proposición carece de los medios necesarios para llevar a cabo el contrato, ya que fueron trasferidos a ELECTROSUR XXI, S.L. con anterioridad a la fecha referida, dado que para la sociedad limitada era necesario disponer de dicho activo y pasivo a efecto de conseguir el certificado de clasificación requerido por la misma, para actuar dentro de su ámbito.*

*No obstante lo anterior, al Sociedad Cooperativa formula proposición económica amparada en el hecho de que no puede ver interrumpida su actividad en tanto se tramita el expediente de clasificación por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa a favor de la nueva sociedad constituida (Sociedad Limitada), y en el entendimiento de que, si bien se trata de sociedades distintas con personalidad jurídica independiente, la Sociedad Cooperativa es el único accionista de la sociedad Limitada.*

*Entendemos que ELECTROSUR S.C.L. tiene caducada su clasificación a fecha 27 de octubre de 1999, fecha en que la Junta Consultiva reconoce y certifica que la Sociedad Limitada obtiene la clasificación. Consecuentemente al presentar su proposición económica en la Diputación Provincial de Jaén a fecha 2 de noviembre de 1999 la empresa no reúne los requisitos de capacidad exigidos en el Pliego de Cláusulas Administrativa particulares que rige la contratación de referencia, incurriendo, por tanto, en causa de nulidad de pleno derecho la adjudicación realizada por la Diputación Provincial de Jaén a su favor, de conformidad con lo dispuesto en el art. 22 de la L.C.A.P..*

*Por otro lado, la declaración responsable de la vigencia de la clasificación, la relación de maquinaria y medios materiales y la relación de personal adscrito a la obra, son presentados en el período de licitación pero suscritos todos ellos fuera de dicho período.*

*SEGUNDA.- "Existe la "empresa" ELECTROSUR S.C.L. a los efectos previstos en el segundo inciso del art. 22 de la L.C.A.P."*

*Es decir, "Se puede entender que a la fecha de la licitación subsiste como "empresario" la Sociedad Cooperativa con posibilidad de continuar la ejecución del contrato por tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público"*

*Hemos de tener en cuenta que a Sociedad Cooperativa transmite a la Sociedad Limitada el 1 de enero de 1999 el patrimonio de que es titular, todo ello en ejecución del desembolso del acuerdo de ampliación adoptado.*

*"Se podría tratar de una novación subjetiva de cambio de titularidad, por absorción".*

*"Podría enclavarse el supuesto en el párrafo 2" del punto 1" del art. 15 de la L.C.A.P.". Es decir, entender que es un supuesto de persona jurídica dominante de un grupo de sociedades.*

*TERCERA.- "Sería posible la cesión del contrato".*

*Entendemos no procede la solicitud de la Sociedad Limitada de cesión del contrato, porque si interpretáramos que se trata de tal figura jurídica (que no la hay al no darse os requisitos*

*exigidos en el art. 115 de la L.C.A.P. en el caso concreto que nos ocupa) la solicitud habría de presentarla la empresa adjudicataria, es decir, la Sociedad Cooperativa, cuestión esta última cuya resolución vendría condicionada en función de la solución que se de a las anteriores cuestiones planteadas."*

2. Al anterior escrito se acompaña carta fechada el 12 de enero de 2000 firmada por D. J. Carlos Núñez López Apoderado de Electrosur XXI S.L. y dirigida al Área de Gestión y Contratación de la Diputación Provincial de Jaén en la que se comunica que la empresa Electrosur XXI S.L. fue constituida el 25 de noviembre de 1998 con un capital social de 500.000 pesetas desembolsado 100% por Electrosur S.C.L., quien, con fecha 15 de enero de 1999 suscribe la ampliación de capital de Electro XXI S.L. por importe total de 403.556.000 a través de una aportación de todos sus activos y pasivos realizada en fecha 1 de enero de 1999. Por esta razón solicita la subrogación de la obra adjudicada a Electrosur S.C.L. en favor de Electrosur XXI S.L. concluyendo con la afirmación de que "el motivo de haber concurrido Electrosur S.C.L. a la licitación de la obra mencionada se debió a que a la fecha límite de presentación de la documentación, todavía no se había pasado (sic) el certificado de clasificación a Electrosur XXI S.L., hecho que se produjo según acuerdo del Ministerio de Economía y Hacienda el 27 de octubre de 1999".

A dicha carta, a su vez, se acompaña diversa documentación relativa a la ampliación de capital de electrosur XXI S.L., Sociedad unipersonal y fotocopia del certificado de clasificación acordada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en favor de Electrosur XXI S.L., como consecuencia de acuerdo de la Comisión de Clasificación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 27 de octubre de 1999 y con vigencia hasta 27 de octubre de 2001.

3. Consultados los antecedentes del Registro de Empresas clasificadas obrantes en la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa resulta de interés, a efectos del presente informe, destacar los siguientes datos:

- Que la Sociedad Electrosur S.C.L. clasificada por la Comisión de Clasificación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa fue dada de baja en la citada clasificación con fecha 27 de octubre de 1999 por renuncia en favor de Electrosur XXI S.L. como consecuencia de aportación de rama de actividad a esta última.
- Que Electrosur XXI S.L. fue clasificada mediante acuerdo de la Comisión de Clasificación de 27 de octubre de 1999 fijando el límite de duración de dicha clasificación el 27 de octubre de 2001.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1. Como consecuencia de los hechos expuestos se someten a la consideración de esta Junta diversas cuestiones que para su exposición y examen sistemáticos deben centrarse en los aspectos relativos a la adjudicación en favor de Electrosur S.C.L., en fecha 23 de noviembre de 1999, de la "ejecución de un parque en la zona verde RP/3 en Jaén"; a la posibilidad de ceder la ejecución del contrato a Electrosur XXI Sociedad Limitada, y a la valoración de posibles irregularidades en el procedimiento de contratación, todo lo cual ha de hacerse a la luz de los datos que se consignan en el escrito de consulta y de los que figuran en el Registro de Empresas Clasificadas de la Secretaría de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa.

Con carácter previo, no obstante, debe resaltarse que las cuestiones enunciadas conectadas al tema de la clasificación se hacen desde un punto de vista general que no contradice los criterios anteriores de esta Junta sobre el alcance y significado de sus informes jurídicos, en el sentido de que por su doble carácter de no preceptivos, ni vinculantes no puedan sustituir a los que corresponden a las asesorías jurídicas de los órganos de contratación, por su doble carácter de no preceptivos, ni vinculantes.

2. La primera consideración que debe hacerse es la de que la adjudicación del contrato "ejecución de un parque en la zona verde RP/3 en Jaén" fue realizada en favor de empresa - Electrosur S.C.L.- que ni en la fecha límite de presentación de proposiciones -2 de noviembre de 1999- ni en la de la adjudicación -23 de noviembre de 1999- tenía la correspondiente clasificación, por haber sido dada de baja en el Registro de Empresas Clasificadas con fecha 27 de octubre de 1999. Si el requisito de la clasificación resultaba exigible por razón de la cuantía del contrato, extremo sobre el que se omite mención expresa en el escrito de consulta, la adjudicación efectuada debe considerarse nula de pleno derecho, al amparo de lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas existiendo una única posibilidad de seguir produciendo efectos, prevista en el propio artículo 22 al señalar que el órgano de contratación podrá acordar que el empresario continúe la ejecución del contrato, bajo las mismas cláusulas, por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público correspondiente.

3. La conclusión anterior convierte en ociosa la cuestión de si un contrato nulo de pleno derecho puede ser objeto de cesión, dado que la respuesta negativa se impone con toda evidencia.

Aquí, sin embargo, hay que aclarar que no se trata que la empresa Electrosur S.C.L. exista o no a los efectos previstos en el segundo inciso del artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas antes reseñado, dado que si el órgano de contratación acuerda la

continuación de la ejecución del contrato, ésta tendrá que llevarla a cabo la empresa adjudicataria siendo indiferente a la Administración los medios que emplee y su titularidad, pues al tratarse de un supuesto excepcional y provisional lo único que interesa es la continuación de la ejecución del contrato, cuya adjudicación se considera nula de pleno derecho, por la exclusiva razón de evitar perjuicios al interés público.

También debe descartarse la aplicación del segundo párrafo del apartado 1, del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dado que el supuesto de hecho que contempla es muy distinto al que se produce en el presente caso, de un lado, porque el citado párrafo y apartado del artículo 15 se refiere a momento anteriores a la adjudicación y, de otro lado, porque el requisito últimamente exigido -que se acredite que la persona jurídica dominante de un grupo de sociedades tiene efectivamente a su disposición los medios de las sociedades filiales necesarios para la ejecución de los contratos- es lo que, precisamente, no se produce, al haber transmitido Electrosur S.C.L. a Electrosur XXI S.L. la totalidad del activo y el pasivo, sin reserva alguna de medios.

Tampoco parece procedente la aplicación del artículo 80.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en la redacción dada al mismo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, puesto que, aparte de ser posterior a la fecha de la adjudicación, viene a proclamar una solución a problemas que surgen con anterioridad a la adjudicación del contrato, admitiendo en los supuestos de extinción de la personalidad jurídica de una empresa licitadora o candidata por fusión, escisión o por la transmisión de su patrimonio empresarial la sucesión en su posición de a sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio, siempre que reúna las condiciones de capacidad, solvencia y clasificación exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Enlazando con lo anterior, lo verdaderamente chocantes en este caso y que puede influir en las consideraciones que posteriormente se van a realizar es que no concurriese a la licitación Electrosur XXI S.L. que en la fecha límite de la presentación de proposiciones y en la fecha de la adjudicación tenía la correspondiente clasificación siendo inexacta la afirmación de que todavía no se había "pasado" por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, ya que el acuerdo de baja de la clasificación de Electrosur S.C.L. y el acuerdo de clasificación de Electrosur XXI, S.L fue adoptado por la Comisión de Clasificación de su reunión de 27 de octubre de 1999.

4. Por último en el escrito de consulta se hace referencia a que Electrosur, S.C.L., al presentar su proposición, presente declaración responsable fechada el 27 de septiembre de 1999 de la vigencia de la clasificación, una relación de maquinaria y materiales suscrita por la empresa con fecha 24 de septiembre de 1999 y una relación del personal adscrito a la obra,

suscrita el 24 de septiembre de 1999, y una relación del personal adscrito a la obra, suscrita el 24 de septiembre de 1999, por lo que cabe plantearse si Electrosur, S.C.L., ha incurrido en falsedades determinantes de prohibición de contratar y de suspensión de clasificaciones previstas en los artículos 20.g) y 34.3.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Partiendo de que estas medidas habrían de adoptarse respecto a Electrosur, S.C.L., que es la que incurre en falsedad, lo cierto es que, al no estar ya clasificada resulta imposible acordar la suspensión de clasificaciones y respecto a la prohibición de contratar que, también respecto a Electrosur, S.C.L., tendría que ser acordada por la Diputación Provincial de Jaén (artículo 21.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y artículos 12 y 13 del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo) concurren una serie de circunstancias que aconsejan no iniciar el correspondiente expediente, como son el que las fechas de las declaraciones y relaciones son anteriores a la fecha de baja de la clasificación, la circunstancia reseñada de que todos los problemas suscitados se entienden resueltos si se hubiese presentado Electrosur XXI, S.L., y, además, si se tiene en cuenta que la prohibición de contratar respecto a Electrosur, S.C.L., carecería de eficacia, pues si bien esta última sociedad sigue existiendo carece de posibilidades de contratación al haber transmitido su total activo y pasivo y al haber perdido su clasificación.

## **CONCLUSIONES.**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la adjudicación de la ejecución de un parque en la zona verde RP/3 en Jaén, en cuanto realizada a favor de Electrosur, S.C.L., debe considerarse nula de pleno derecho de conformidad con el artículo 22 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aunque el órgano de contratación puede acordar que se continúe la ejecución del contrato por el tiempo indispensable para evitar perjuicios al interés público.
2. Que, como consecuencia de lo anterior, no puede producirse la cesión del contrato en favor de Electrosur XXI, S.L., ni los efectos de la cesión o subrogación pueden producirse, por contemplar supuestos distintos, por la vía de los artículos 15.1, segundo párrafo y 80.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, este último en la redacción dada al mismo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.
3. Que las circunstancias concurrentes no parecen hacer aconsejable que por la Diputación Provincial de Jaén se instruya y resuelva procedimiento para la declaración de la prohibición de contratar de la empresa Electrosur, S.C.L.