

Dictamen nº: **230/19**
Consulta: **Alcalde de Valdemoro**
Asunto: **Revisión de Oficio**
Aprobación: **30.05.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 30 de mayo de 2019, sobre la consulta formulada por el alcalde de Valdemoro, a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y portavoz del Gobierno, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre sobre declaración de nulidad de la concesión administrativa de uso privativo de una porción del bien de dominio público recinto deportivo del Paseo del Prado para la construcción y explotación de una cafetería restaurante.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de abril de 2019 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid una solicitud de consulta del alcalde de Valdemoro, formulada a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, sobre la revisión de oficio del acuerdo de adjudicación del contrato de concesión administrativa de uso privativo de una porción del bien de dominio público recinto deportivo del Paseo del Prado para la construcción y explotación de una cafetería restaurante (Expte. 545/2010).

La ponencia ha correspondido al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el día 30 de mayo de 2019.

SEGUNDO.- Examinada la siguiente documentación resultan los siguientes hechos de trascendencia para la resolución del presente procedimiento.

El 12 de julio de 2010 se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares que ha de regir la concesión administrativa de uso privativo de una porción del bien de dominio público Recinto Deportivo del Paseo del Prado para la construcción y explotación de una cafetería-restaurant mediante procedimiento abierto, oferta económicamente más ventajosa, varios criterios de adjudicación y, previamente, el 9 de julio se había aprobado el pliego de prescripciones técnicas.

Con fecha 16 de agosto de 2010 la Intervención General del Ayuntamiento emite informe en el que considera que *“el régimen jurídico del presente contrato administrativo especial [cafetería y comedor] es el de una concesión demanial sobre un bien de servicio público”*.

Con esa fecha el alcalde avoca la aprobación del expediente respecto de la JGL en la que tenía delegada esa competencia.

Prevía aprobación de los pliegos de cláusulas administrativas particulares se tramita un procedimiento de contratación abierto para la adjudicación de una concesión administrativa de uso privativo de una porción del bien de dominio público Recinto Deportivo del Paseo del Prado para la construcción y explotación de una cafetería-restaurant por un plazo de cincuenta años y un canon base para la licitación de 1.000 euros.

En los pliegos se exigía que la capacidad de obrar se acreditaría por la escritura o documentos de constitución, los estatutos o el acto fundacional *“debidamente inscritos, en su caso, en el Registro Mercantil que corresponda”*.

La solvencia económica y financiera se acreditaría por dos o tres de los medios siguientes:

a) Declaraciones de entidades financieras o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de riesgos profesionales.

b) Cuentas anuales.

c) Declaración sobre el volumen global de negocios o, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades correspondiente al objeto del contrato referido a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades, en la medida en la que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

La solvencia técnica de los empresarios se acreditaría por tres o más de los siguientes medios:

a) Una relación de los principales servicios o trabajos realizados en los últimos tres años que incluyese importe, fechas y el destinatario, público o privado, de los mismos. Los servicios o trabajos efectuados se acreditarían mediante certificados expedidos o visados por el órgano competente, cuando el destinatario fuera una entidad del sector público o, cuando el destinatario fuera un sujeto privado, mediante un certificado expedido por éste o, a falta de este certificado, mediante una declaración del empresario; en su caso, estos certificados serían comunicados directamente al órgano de contratación por la autoridad competente.

b) Indicación del personal técnico o de las unidades técnicas, integradas o no en la empresa, participantes en el contrato, especialmente aquéllos encargados del control de calidad.

c) Descripción de las instalaciones técnicas, de las medidas empleadas por el empresario para garantizar la calidad y de los medios de estudio e investigación de la empresa.

d) Cuando se trate de servicios o trabajos complejos o cuando, excepcionalmente, deban responder a un fin especial, un control efectuado por el órgano de contratación o, en nombre de éste, por un organismo oficial u homologado competente del Estado en que esté establecido el empresario, siempre que medie acuerdo de dicho organismo. El control versará sobre la capacidad técnica del empresario y, si fuese necesario, sobre los medios de estudio y de investigación de que disponga y sobre las medidas de control de la calidad.

e) Las titulaciones académicas y profesionales del empresario y del personal directivo de la empresa y, en particular, del personal responsable de la ejecución del contrato.

f) En los casos adecuados, indicación de las medidas de gestión medioambiental que el empresario podrá aplicar al ejecutar el contrato.

g) Declaración sobre la plantilla media anual de la empresa y la importancia de su personal directivo durante los tres últimos años, acompañada de la documentación justificativa correspondiente.

h) Declaración indicando la maquinaria, material y equipo técnico del que se dispondrá para la ejecución de los trabajos o prestaciones, a la que se adjuntará la documentación acreditativa pertinente.

i) Indicación de la parte del contrato que el empresario tiene eventualmente el propósito de subcontratar.

La Mesa de Contratación, en sesión de 15 de noviembre de 2010, acuerda proponer la adjudicación a Valbar 3064 S.L y rechaza la proposición de Gallardo Puerta S.L. al considerar que no cumplía los requisitos establecidos en el pliego de prescripciones técnicas.

A propuesta del concejal de Régimen Interior, la JGL requiere a Valbar 3064 S.L. para que aporte documentación relativa al cumplimiento de las obligaciones tributarias y de Seguridad Social y con el Ayuntamiento de Valdemoro; disposición de los medios que se ha comprometido a adscribir; constitución de la garantía definitiva y pago de los gastos de anuncio.

La JGL por acuerdo de 21 de diciembre de 2010 acordó la adjudicación de la concesión a la mercantil Valbar 3064 S.L. por un canon anual total de 1.180 euros correspondiente a un valor estimado de 1000 euros y 180 euros de IVA actualizándose anualmente con arreglo al IPC a partir del primer año de explotación.

El contrato se formaliza el 30 de diciembre de 2010.

Con fecha 17 de enero de 2011, la mercantil Gallardo Puertas S.L. interpone recurso de reposición contra la adjudicación basándose, de un lado, en que la adjudicataria no estaba inscrita en el Registro Mercantil en el momento de la presentación de las plicas sin que por ello pudiera reunir los requisitos de solvencia y, de otro, en que los defectos por los que fue excluida eran subsanables. Aporta nota simple en la que consta que a fecha 16 de noviembre de 2010 Valbar 3064 S.L. no figuraba inscrita.

El 18 de febrero de 2011 se emite informe por el Servicio de Contratación en el que se propone la desestimación del recurso ya que los estatutos sociales de la adjudicataria otorgados el 5 de marzo de 2010 permiten que durante el periodo de formación de la sociedad, el

órgano de administración realice actos y contratos útiles para la sociedad que serán automáticamente asumidos por la sociedad con su inscripción en el Registro Mercantil. Por ello la proposición fue aceptada por la Mesa de Contratación. De otro lado considera que la exclusión de la recurrente fue valida al no coincidir con los requisitos del pliego de prescripciones técnicas.

Consta en el expediente que la citada escritura fue presentada en el Registro Mercantil de Madrid el 8 de septiembre de 2010 y su inscripción fue denegada el 10 de septiembre al haber caducado la certificación del Registro Mercantil Central (Sección Denominaciones) conforme el artículo 412 del Reglamento del Registro Mercantil aprobado por Real Decreto 1784/1996, de 19 de julio (RRM).

Igualmente figura certificado de 14 de octubre de 2010 de la entidad Ibercaja en el que se recoge que Valbar 3064 S.L. tiene solvencia económica suficiente y un escrito de la citada empresa el que señala que al ser una mercantil de reciente creación no pueden presentar balance de situación y las cuentas anuales, aportando en su lugar información de las sociedades propietarias de Valbar 3064 S.L. que son quienes aportarían la solvencia económica. Asimismo aportan copia del seguro de responsabilidad civil que Valbar 3064 S.L. procedería a suscribir en caso de ser adjudicataria.

TERCERO.- Con fecha 20 de noviembre de 2018 el secretario general del Ayuntamiento de Valdemoro emite informe, a petición de la Alcaldía en el que propone iniciar un procedimiento de revisión de oficio.

En el mismo se recoge que existe un informe de la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil en el que recogen diversas irregularidades en el procedimiento de contratación que dicho cuerpo policial considera que pueden constituir un delito de prevaricación administrativa.

En concreto, el informe policial pone de relieve que el contrato se adjudicó a una sociedad en formación que no estaba inscrita en el Registro Mercantil ni dada de alta en la Seguridad Social sin acreditarse debidamente la solvencia técnica.

Considera igualmente que el plazo de duración del contrato (50 años) supera el límite legal de 40 y entiende que el contrato fue calificado indebidamente de concesión demanial cuando en realidad se trataba de una concesión de obra pública y, como consecuencia, no se exigió la “*capacidad de obrar para la construcción*” ni la solvencia económica y técnica exigible. Cita al respecto el Dictamen 367/12, de 20 de junio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid y entiende que ha existido una simulación contractual.

Por ello considera aplicables las causas de nulidad:

-Artículo 47.1 e) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC): actos dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

-Artículo 47.1 d) de la LPAC: actos constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de esta.

-Artículo 47.1 f) de la LPAC: actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

-Artículo 32 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP): la falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional, debidamente acreditada,

del adjudicatario, o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 49.

Entiende que procede la revisión del contrato si bien la causa del artículo 47.1 d) de la LPAC y el reconocimiento de posibles indemnizaciones quedarían condicionadas al resultado de las actuaciones penales que se tramitan en el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.

Asimismo considera que procede suspender la ejecución de la adjudicación (sic) del contrato y el plazo para resolver el procedimiento de revisión.

Por ello propone el inicio del procedimiento de revisión de oficio y que se dé audiencia a Valbar 3064 S.L. y al Juzgado Central de Instrucción nº 6.

El 26 de noviembre de 2018 la JGL acuerda el inicio del procedimiento de revisión así como la suspensión de la ejecución del contrato y la suspensión del plazo para resolver al solicitar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid. El acuerdo es notificado a Valbar 3064 y al Juzgado Central de Instrucción nº 6.

El 5 de febrero de 2019 Valbar 3064 presenta un escrito en el que solicita que hasta que no se le entregue o ponga a su disposición el expediente, se suspendan los plazos para realizar alegaciones y para recurrir el inicio del procedimiento de revisión.

El 11 de febrero de 2019 Valbar 3064 S.L. presenta recurso de reposición frente al acuerdo de la JGL en lo relativo a la suspensión de la ejecución del contrato y del plazo para resolver hasta que recaía resolución en el pronunciamiento penal.

El 12 de febrero el Ayuntamiento de Valdemoro presenta un escrito ante el Juzgado Central de Instrucción nº 6 en el que solicita autorización para entregar a Valbar 3064 S.L. una parte extractada del informe de la Guardia Civil.

El 19 de febrero de 2019 Valbar 3064 S.L. presenta un escrito en el que señala que, al no habersele entregado el expediente, no puede formular alegaciones en el procedimiento de revisión.

Por Diligencia de Ordenación del letrado de la Administración de Justicia del Juzgado Central de Instrucción nº 6 se autoriza la entrega del informe de la Guardia Civil.

El 12 de marzo Valbar 3064 S.L. presenta escrito de alegaciones en el que recoge que:

- Ni la empresa ni sus administradores actuales son parte en el procedimiento seguido en el Juzgado Central de Instrucción nº 6.

- La obra se ha ejecutado a plena satisfacción del Ayuntamiento.

- No existen razones para la suspensión del contrato.

- Las obras ejecutadas y el lucro cesante deberían ser indemnizados con independencia del proceso penal.

El 19 de marzo de 2019 se emite informe por la Secretaría del Ayuntamiento proponiendo la desestimación del recurso de reposición planteado por Valbar 3064 S.L. y entendiendo que procede la revisión de oficio por las causas de nulidad de los artículos 32 b) de la LCSP y 47. 1 e) y f) de la LPAC.

El 25 de marzo de 2019 la JGL acuerda aprobar la citada propuesta de resolución y recabar el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

CUARTO.- El 4 de abril de 2019 el alcalde de Valdemoro solicita a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, el dictamen de la Comisión Jurídica Asesora en el expediente de declaración de nulidad del acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 21 de diciembre de 2010 teniendo entrada en esta Comisión el día 22 de abril de 2019.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5.3.f) b. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre y a solicitud del alcalde de Valdemoro, cursada a través del vicepresidente, consejero de Presidencia y Portavoz del Gobierno, conforme establece el artículo 18.3. c) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid.

Por remisión, debe traerse a colación el artículo 106 de la LPAC en el que se establece la posibilidad que las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, declaren de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo. Para ello será necesario que concurra en el acto a revisar alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 47.1

de la LPAC, y, desde el punto de vista del procedimiento, que se haya recabado dictamen previo del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, y que éste tenga sentido favorable.

Por tanto, la adopción del acuerdo de revisión de oficio tendrá lugar siempre previo dictamen favorable del órgano consultivo correspondiente, que adquiere en este supuesto carácter vinculante.

SEGUNDA.- La revisión de oficio en el ámbito local, con carácter general, se regula en el artículo 53 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local (LBRL), que permite a las Corporaciones Locales revisar sus actos y acuerdos en los términos y con el alcance que, para la Administración del Estado, se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

Igualmente, los artículos 4.1.g) y 218 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por el Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, indican que dichas Corporaciones, dentro de la esfera de sus competencias, tienen atribuida la potestad de revisión de oficio de sus actos, resoluciones y acuerdos, con el alcance que se establece en la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común.

La señalada remisión a la legislación del Estado conduce a los artículos 106 a 110 y concordantes de la LPAC, que regulan la revisión de los actos de la Administración en vía administrativa.

Al elaborarse la propuesta de resolución por el secretario del Ayuntamiento de Valdemoro se tiene por cumplida la exigencia de informe de secretaría conforme establece el artículo 3.3 d) 3º del Real

Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional.

Al tratarse de una solicitud de revisión de oficio iniciada por la propia Administración el transcurso del plazo de seis meses desde su inicio sin dictarse resolución produciría la caducidad del mismo si bien en este caso la JGL suspendió el plazo para resolver conforme el artículo 22.1 d) de la LPAC al solicitarse el dictamen preceptivo de esta Comisión lo cual se comunicó a los interesados.

TERCERA.- En lo que respecta a la potestad de revisión de oficio esta Comisión viene recordando reiteradamente que se trata de una potestad exorbitante de la Administración para dejar sin efectos sus actos al margen de cualquier intervención de la jurisdicción contencioso administrativa, razón por la cual esta potestad de expulsión de los actos administrativos de la vida jurídica debe ser objeto de interpretación restrictiva y sólo se justifica en aquellos supuestos en que los actos a revisar adolezcan de un defecto de la máxima gravedad, es decir, que estén viciados de nulidad radical o de pleno derecho.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2013 (recurso 822/2011) citando reiterada jurisprudencia la revisión de oficio aparece como “ (...) *un medio extraordinario de supervisión del actuar administrativo, verdadero procedimiento de nulidad, que resulta cuando la invalidez se fundamenta en una causa de nulidad de pleno derecho, cuya finalidad es la de facilitar la depuración de los vicios de nulidad radical o absoluta de que adolecen los actos administrativos, con el inequívoco propósito de evitar que el transcurso de los breves plazos de impugnación de aquellos derive en su consolidación definitiva*”.

Se trata de una potestad cuyo ejercicio requiere una especial ponderación ya que, como recuerdan las sentencias del Tribunal

Supremo de 19 de febrero de 2018 (recurso 122/2016) y de 1 de abril de 2019 (recurso 1187/2017):

“1. El procedimiento de revisión de actos nulos de pleno Derecho constituye un cauce extraordinario para, en determinados y tasados supuestos (los expresados en el apartado 1 del artículo 217 LGT, expulsar del ordenamiento jurídico aquellas decisiones que, no obstante su firmeza, incurren en las más groseras infracciones del ordenamiento jurídico. Sacrifica la seguridad jurídica en beneficio de la legalidad cuando ésta es vulnerada de manera radical. Por ello, dada la "gravedad" de la solución, se requiere dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano equivalente de la respectiva comunidad autónoma, si lo hubiere (artículo 217.4 LGT segundo párrafo).

2. Se trata, por tanto, de un procedimiento excepcional, que únicamente puede seguirse por alguno de los tasados supuestos contemplados en el artículo 217.1 LGT (sentencia del Tribunal Supremo de 13 de mayo de 2013, casación 6165/2011, FJ 3º; ES: TS:2013:3083). Debe ser abordado con talante restrictivo (vid. la sentencia citada de 18 de diciembre de 2007, FJ 6º)”.

En cuanto potestad exorbitante de la Administración frente a la regla general de que nadie puede ir contra sus propios actos, la carga de la prueba de la existencia de motivos de nulidad corresponde a la Administración como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2014 (recurso 3843/2011).

El artículo 106.1 de la LPAC establece que para proceder a la revisión ha de tratarse de actos *“que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo”*. En este caso

procede la revisión tanto por lo dispuesto en el artículo 52.2 a) de la LBRL como porque el acto fue dictado en el año 2010.

CUARTA.- La presente revisión de oficio, al igual que otras que han sido remitidas por el Ayuntamiento de Valdemoro, traen causa de una serie de actuaciones penales que se tramitan en el Juzgado de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional.

Al no haber concluido esas actuaciones que se encuentran en fase de instrucción no procede hacer trasvase alguno de las mismas al presente procedimiento de revisión máxime cuando el artículo 47.1 d) de la LPAC (anterior artículo 62.1 d) de la LRJ-PAC) al establecer que los actos constitutivos de infracciones penales son nulos de pleno derecho requiere sentencia penal firme sin que pueda analizarse la cuestión ni siquiera a título prejudicial (sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2008 (recurso 1988/2006)).

Por ello el Ayuntamiento no incluye esta causa de nulidad entre las que justifican la revisión de oficio por lo que el presente Dictamen se ha de ceñir, a su vez, a esas causas.

Así pues la revisión queda limitada a dos cuestiones que son las que pueden encajar en las causas de nulidad como son el que la adjudicataria Valbar 3064 S.L. carecía de personalidad en el momento de la presentación de proposiciones y que, asimismo, no acreditó las condiciones de solvencia exigidas en los pliegos, esto es las causas de nulidad de los artículos 47.1 f) de la LPAC y 32 b) de la LCSP.

QUINTA.- En relación a la capacidad, el pliego de cláusulas administrativas recogía lo dispuesto en el artículo 61 LCSP en cuanto a que la capacidad de obrar de los empresarios que fueren personas jurídicas se acreditaría mediante la escritura o documento de constitución, los estatutos o el acto fundacional, en los que constasen

las normas por las que 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.

Sin embargo, en el caso de Valbar 3064 S.L. S.L su escritura de constitución otorgada ante notario el 5 de marzo de 2010 fue presentada en el Registro Mercantil para su inscripción el 8 de septiembre siendo esta denegada el 10 de septiembre puesto que había caducado la certificación negativa de denominación social conforme establece el artículo 414.2 del RRM. Consta que a fecha 10 de noviembre de 2010 no estaba inscrita en el Registro Mercantil de Madrid.

La resolución desestimatoria del recurso de reposición hace referencia a los actos realizados por la sociedad en formación que el derecho mercantil contempla en el artículo 37 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (TRLSC) y que la escritura de constitución autorizaba a realizar a los administradores pero no consta la concreta fecha en que fue inscrita.

Sin embargo, la contratación administrativa presenta particularidades diferentes de la contratación mercantil como son las específicas exigencias de capacidad y solvencia para poder contratar con la Administración.

El citado artículo 61 de la LCSP recoge la tradicional exigencia de que las personas jurídicas estén inscritas en el registro correspondiente. Esta exigencia ha sido interpretada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa estatal en el sentido de que no es posible en el ámbito del derecho de contratos públicos lo dispuesto para la sociedades y entidades en formación. Así el Informe 54/96, de 18 de

octubre, consideró que una fundación no inscrita no podía contratar con la Administración toda vez que:

“(...) los requisitos de la contratación (por ejemplo la solvencia o clasificación, la constitución de garantías, etc...) no pueden ser cumplidos por las fundaciones sin personalidad y que los efectos que consagran los citados artículos (asunción de obligaciones por la fundación cuando se inscriba y en caso de no inscripción responsabilidad del patrimonio y subsidiariamente y con carácter solidario de sus patronos o personas que compongan los órganos de gobierno) resulta incompatibles con la finalidad de interés público que debe presidir la celebración de un contrato administrativo, que no es otra que la de lograr la correcta ejecución del contrato sin que la misma pueda quedar condicionada a la inscripción futura de la fundación o, caso contrario, a sustituir la ejecución por la responsabilidad del patrimonio de la fundación o de los patronos o personas que componen su órgano de gobierno”.

Es más, la Junta señalaba que ese criterio (aunque no fuera objeto de consulta) debía aplicarse igualmente a las sociedades mercantiles.

Este criterio de la Junta se ratificó en su Informe 5/99, de 17 de marzo, en el que, tras mencionar su Informe 5/96, afirma que:

“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 oponérsele 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 (solvencia 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”.

Si bien la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos) de 20 de enero de 1998 (recurso 641/1997) admite en cierta forma la validez de los actos de las sociedades en formación, lo

cierto es que su ratio decidendi se basa en que, conforme el artículo 55 del RRM, la fecha de la inscripción es la del asiento de presentación por lo que, en el caso enjuiciado, la inscripción se había producido antes de la finalización del plazo de presentación de proposiciones. Aun cuando esta sentencia fue confirmada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2003 (recurso 4089/1998) esta última desestima el recurso por considerar que el recurso de casación no combate los argumentos de la sentencia. Por ello ha de estarse al criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa puesto que, en el caso que nos ocupa, no se ha acreditado la fecha en la que se practicó la inscripción, fecha que tampoco se recoge en el contrato en el que tan solo se alude a la constitución de la sociedad.

Por tanto ha de concluirse que la sociedad adjudicataria no disponía de personalidad jurídica en el momento de finalización del plazo de proposiciones por lo que concurre la causa de nulidad del artículo 32 b) de la LCSP.

SEXTA.- Lo anterior conduce igualmente a que no se acreditó debidamente la solvencia de la empresa adjudicataria, aspecto que como se ha expuesto ya destacó la Junta Consultiva de Contratación Administrativa para los supuestos de sociedades en formación.

La solvencia económica se podía acreditar por la aportación de al menos dos de los criterios recogidos en el pliego. Valbar 3064 S.L. tan solo presentó una declaración de una entidad financiera.

En cuanto a la solvencia técnica se exigían al menos tres de los criterios recogidos en el pliego sin que Valbar 3064 S.L. acreditase ninguno ya que se limitó a indicar que las empresas que participaban en su capital social disponían de experiencia pero sin acreditar fehacientemente esa experiencia en relación con los concretos criterios de solvencia recogidos en el pliego y sin aportar la acreditación de la

integración de la solvencia con medios externos de conformidad con el artículo 53 de la LCSP.

Estos requisitos deben cumplirse en el momento del plazo de presentación de ofertas como recogen la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 47/09, de 1 de febrero de 2010 y la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 799/2015, de 11 de septiembre de 2015.

Por esta razón tampoco puede admitirse que Valbar 3064 S.L. dispusiese de solvencia para realizar el contrato siendo de aplicación de nuevo el artículo 32 b) de la LCSP.

Esta Comisión ha considerado igualmente en el Dictamen 97/18, de 1 de marzo, que la no acreditación de estar al corriente de las obligaciones con la Seguridad Social ya que la empresa no estaba dada de alta en el sistema de Seguridad Social era causa de resolución. En este caso Valbar 3064 S.L. presentó un certificado en el que se indicaba que no estaba dada de alta que fue dado por válido por la mesa de contratación.

Es cierto que, al respecto, existe jurisprudencia contradictoria y recientemente el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en su Resolución 1206/2018, de 28 de diciembre ha considerado que no es necesario esa acreditación atendiendo a que *“solo es necesario si se desarrolla la actividad social de la empresa, no en caso contrario”* y tratándose de una sociedad de nueva creación no sería precisa su exigencia *“criterio [que] parece razonable, por cuanto salvaguarda la libre concurrencia y la competencia entre licitadores.”* Sin embargo la exigencia legal es clara, la competencia no puede desvirtuarla y en este caso conecta claramente con lo expuesto en

cuanto a que la empresa no tenía personalidad jurídica ni solvencia en el momento de la adjudicación.

Se expone en la propuesta de resolución que resulta de aplicación lo causa de nulidad del artículo 47.1.d) de la LPAC puesto que se prescindió del procedimiento establecido para la adjudicación de una concesión de obra pública en tanto que se calificó erróneamente como una concesión demanial a lo que se suma que se concedió por cincuenta años en tanto que las concesiones de obra pública tenían un plazo máximo de cuarenta años.

Para ello hay que partir del hecho de que el objeto de la concesión de la concesión es la construcción de una cafetería en un recinto deportivo de titularidad municipal. El Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón considera que *“(...) debe entenderse que negocios jurídicos en virtud de los cuales el contratista privado asume la gestión de un bar o cafetería en una piscina municipal, con calendario y horarios predeterminados de carácter obligatorio y prestaciones específicas, no puede considerarse un contrato patrimonial excluido de la aplicación de la LCSP en virtud de lo dispuesto en el art. 9. Esta conclusión se ve reforzada si el contratista, junto con la gestión de la cafetería, asume funciones de control de accesos, mantenimiento, limpieza de las instalaciones de la piscina y otros análogas”*.

En este caso puede entenderse que existe una conexión operativa entre la cafetería objeto de la concesión y el resto de las instalaciones deportivas municipales de tal forma que el contrato presentaba las características de una concesión de obra pública por lo que el procedimiento de adjudicación debería haber seguido un procedimiento distinto y por ello se incurre en la causa de nulidad del artículo 47.1 d) de la LPAC.

SÉPTIMA.- Debe hacerse una referencia a la posibilidad de aplicar los límites a la revisión establecidos en el artículo 106 LRJ-PAC.

En cuanto al tiempo transcurrido, si bien el acto fue dictado en 2010 y se pretende su revisión en 2019, ha de tenerse presente la duración del contrato de 50 años por lo que tal contrato expira en el 2060 Por ello en este caso el tiempo opera en sentido favorable a la revisión.

Tampoco existe razón alguna de equidad. No existen daños a terceros ni hay un interés público que pueda enervar la aplicación de la causa de nulidad. Es más, al admitir la oferta de la concesionaria se perjudicó a otras empresas máxime cuando el Ayuntamiento de Valdemoro tuvo la oportunidad de corregir su actuación a través del recurso de reposición que interpuso otro licitador.

Por todo ello entiende esta Comisión que no concurren los supuestos del citado artículo 106.

En cuanto a los efectos, el artículo 35 de la LCSP indica que el contrato “(...) *entrará en fase de liquidación, debiendo restituirse las partes recíprocamente las cosas que hubiesen recibido en virtud del mismo y si esto no fuese posible se devolverá su valor. La parte que resulte culpable deberá indemnizar a la contraria de los daños y perjuicios que haya sufrido*”.

También el artículo 106.4 de la LPAC determina que, al declararse la nulidad de una disposición o acto, puedan establecerse las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados si se dan las circunstancias previstas en los artículos 32.2 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En la propuesta de resolución se prevé como efecto de la declaración de nulidad, la extinción de la relación contractual y que el Ayuntamiento debe recuperar la posesión libre de las instalaciones deportivas. Sobre las posibles indemnizaciones, devolución de la garantía y daños generados por la suspensión contractual, se indica que *“necesariamente tendrán que quedar sujetas al futuro pronunciamiento del Tribunal Penal competente”* y que *“será sustanciado en vía de liquidación cuando la revisión de oficio sea firme”*.

Como ya señalamos en nuestro Dictamen 97/18, de 1 de marzo, en este último aspecto, el Ayuntamiento de Valdemoro, al actuar mediante la JGL, no puede considerarse ajeno a la culpa que también concurre en la empresa licitadora, de ahí que no pueda reclamarse indemnización a esta, sin perjuicio de las acciones que estime procedente ejercitar para la defensa de los intereses municipales y la depuración de las posibles responsabilidades en que se haya podido incurrir en la contratación irregular.

En mérito a cuanto antecede la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la revisión del oficio del acuerdo adoptado por la Junta de Gobierno Local de 21 de diciembre de 2010 por el que se adjudica una concesión administrativa de uso privativo de una porción del bien de dominio público recinto deportivo del Paseo del Prado para la construcción y explotación de una cafetería restaurante.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 30 de mayo de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 230/19

Sr. Alcalde de Valdemoro

Pza. de la Constitución, 11 – 28340 Valdemoro