

**ACUERDO DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA
DE LA COMUNIDAD DE MADRID**

En Madrid, a 12 de diciembre de 2024.

VISTO el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Beta Group Services SAS sucursal en España (en adelante la Beta sucursal) contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Usera del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 17 de octubre de 2024, por el que se inadmite la participación de la recurrente en la licitación del contrato de servicios “Procesos y actividades asociativas y participativas realizadas en el distrito de Usera” número de expediente 300/2023/00715 este Tribunal ha adoptado la siguiente

RESOLUCIÓN

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - Mediante anuncio publicado el día 6 de marzo de 2024 en el perfil del contratante del Ayuntamiento de Madrid, alojado en la PCSP, se convocó la licitación del contrato de referencia mediante procedimiento abierto con pluralidad de criterios de adjudicación y sin división en lotes.

El valor estimado del contrato asciende a 356.440 euros y su plazo de duración será de 24 meses.

A la presente licitación se presentaron dos licitadores, entre ellos la recurrente.

Segundo. - Tras la tramitación del procedimiento de licitación, la mesa de contratación requiere a la primera clasificada la documentación acreditativa previa a la adjudicación.

El 22 de mayo de 2024 Beta sucursal deposita la preceptiva garantía definitiva, acreditando tanto la solvencia como el resto de requisitos preceptivos a través de la sociedad matriz, Beta Group Services SAS, con domicilio social en Colombia.

Tras consulta al departamento jurídico del Ayuntamiento de Madrid, la Concejala Presidenta del Distrito de Usera, siguiendo la propuesta de la mesa de contratación, decreta el 17 de octubre de 2024, excluir a la recurrente por falta de personalidad jurídica.

Dicha inadmisión es notificada a la interesada el 22 de octubre de 2024.

Tercero. - El 14 de noviembre de 2024 tuvo entrada en este Tribunal el recurso especial en materia de contratación, interpuesto por la representación de Beta Group Services SAS sucursal en España en el que solicita la anulación de su exclusión al procedimiento de licitación.

El 20 de noviembre de 2024 el órgano de contratación remitió el expediente de contratación y el informe a que se refiere el artículo 56.2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (LCSP).

Cuarto.- La tramitación del expediente de contratación se encuentra suspendida por acuerdo adoptado por este Tribunal el 18 de noviembre de 2024, hasta que se

resuelva el recurso y se acuerde expresamente el levantamiento de la suspensión, de conformidad con lo establecido en el artículo 56.3 de la LCSP.

Quinto. - La Secretaría del Tribunal dio traslado del recurso al resto de interesados de este contrato, en cumplimiento de la previsión contenida en el artículo 56.3 de la LCSP, concediéndoles un plazo, de cinco días hábiles, para formular alegaciones. El 5 de diciembre, en plazo y forma la Federación Regional de Asociaciones Vecinales de Madrid, presenta escrito de alegaciones de cuyo contenido se dará cuenta en el fundamento quinto de derecho de esta Resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. - De conformidad con lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, corresponde a este Tribunal la competencia para resolver el presente recurso.

Segundo. - El recurso ha sido interpuesto por persona legitimada para ello, al tratarse de una licitadora excluida, *“cuyos derechos e intereses legítimos individuales o colectivos se hayan visto perjudicados o puedan resultar afectados de manera directa o indirectamente por las decisiones objeto del recurso”* (Artículo 48 de la LCSP).

Asimismo, se acredita la representación del firmante del recurso.

Tercero. - El recurso especial se interpuso en tiempo y forma, pues el acuerdo impugnado fue adoptado el 17 de octubre de 2024, practicada la notificación el 22 de octubre de 2024, e interpuesto el recurso, en este Tribunal, el 11 de noviembre de 2024, dentro del plazo de quince días hábiles, de conformidad con el artículo 50.1 de la LCSP.

Cuarto. - El recurso se interpuso contra un acto de trámite, adoptado en el

procedimiento de adjudicación, que determina la imposibilidad de continuar el mismo, en el marco de un contrato de servicios cuyo valor estimado es superior a 100.000 euros. El acto es recurrible, de acuerdo con el artículo 44.1.a) y 2.b) de la LCSP.

Quinto. - En cuanto al fondo del recurso se centra en la consideración por parte del órgano de contratación de la falta de capacidad de obrar por inexistencia de personalidad jurídica de la sucursal en España de la empresa Beta Group Services SAS y consecuentemente provoca la exclusión de la licitadora del procedimiento de adjudicación.

Beta sucursal manifiesta que los motivos materiales sobre los que se fundamenta su recurso especial en materia de contratación son los siguientes:

1.- Beta Group Services SAS Sucursal en España es una extensión de la sociedad matriz Beta Group Services SAS; en cuya escritura de establecimiento se incluyen entre otras facultades de la sucursal la de desarrollar en territorio español la participación en cualquier proceso de contratación pública en nombre de la sociedad matriz.

2.- Que de conformidad con la documentación aportada a requerimiento del órgano de contratación se acredita la capacidad de obrar, representación, honorabilidad (que iguala a ausencia de prohibiciones de contratar) solvencias tanto económica como técnica. Así como el resto de documentación establecida por el artículo 68 de la LCSP para empresas con domicilio social no comunitario.

3.- Que el fin de la existencia de Beta sucursal no es otro que operar en España con autonomía de gestión y mayor transparencia a efectos fiscales.

Por último, la recurrente enumera los contratos suscritos por ella con distintas administraciones públicas en España.

Por su parte el órgano de contratación defiende su posición de exclusión de la oferta de la recurrente, motivado como ya hemos señalado en la falta de personalidad jurídica de las sucursales.

Manifiesta que la mesa de contratación tuvo dudas sobre la adecuación a derecho de la documentación acreditativa de la capacidad de la empresa recurrente, por lo que solicitó informe jurídico a la subdirección general de coordinación y contratación del Ayuntamiento de Madrid en los siguientes términos:

...1. Respecto a la acreditación del representante legal, se solicita consulta si el poder bastanteado en el ayuntamiento de Sevilla presentado por el propuesto adjudicatario cumple con lo requerido en el PCAP que exige que sea ante el letrado municipal, no estando la empresa inscrita en el ROLECE, y en el caso de no serlo si es subsanable o es motivo de exclusión.

2. Toda vez que el pliego exige para acreditar la solvencia técnica los tres primeros dígitos del CPV y al tratarse de una empresa extranjera colombiana los certificados aportados no contienen CPV, cual es la forma de constatar la equivalencia de dichos certificados con el objeto de nuestro contrato.

3. Confirmar el cumplimiento de la cláusula 30 del Pliego de Cláusulas Administrativas con relación al cumplimiento del acuerdo de reciprocidad entre España y Colombia...

Por la Secretaría del distrito de Usera se realiza una propuesta interpretativa, señalando lo siguiente: *“La acreditación del representante legal debe estar bastanteado por la Asesoría Jurídica Ayto. de Madrid pero puede subsanarse en esta fase del procedimiento La acreditación de la solvencia técnica los 3 primeros códigos del CPV se pueden sustituir por una declaración del empresario junto con la documentación que acredita el objeto de los contratos. El acuerdo de reciprocidad*

entre España y Colombia quedaría acreditado por medio del certificado de la Cámara de Comercio de Bogotá que se adjunta.”

En base a esta solicitud el informe jurídico desarrolla las siguientes consideraciones:

En primer lugar, advierte que este informe no tiene carácter preceptivo ni vinculante.

Prosigue entrando ya en la esencia de la consulta poniendo de manifiesto la noción de sucursal según el Reglamento del Registro Mercantil que establece en su artículo 295: *“A efectos de lo prevenido en este Reglamento, se entenderá por sucursal todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión a través del cual se desarrollen, total o parcialmente as actividades de la sociedad”*.

A esta noción, debemos añadir la que efectúa la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en su resolución de 14 de marzo de 2022, que en referencia a la sucursal remarca la representación permanente y la autonomía de gestión como principales rasgos de la sucursal e incide en la falta de personalidad jurídica diferenciada de la matriz, pues en caso contrario estaríamos ante una filial y no una sucursal.

Continúa el informe indicando que la sucursal debe cumplir con las siguientes características:

- Tratarse de un establecimiento secundario, sin personalidad jurídica.
- Dotado de representación permanente.
- Cierta autonomía de gestión para poder desarrollar en todo o en parte la actividad que constituye el objeto de la sociedad y en nombre de esta se realice la actividad jurídica.

Es importante reseñar la última característica de la sucursal que es actuar en nombre de la sociedad matriz, y que más adelante abordaremos.

El informe jurídico prosigue con el tratamiento de las especialidades de la contratación con empresas extranjeras no comunitarias recogido en el artículo 68 de la LCSP.

Nuevamente el Distrito de Usera mantiene dudas sobre la adjudicación del contrato a Beta sucursal y solicita un segundo informe jurídico a la Dirección de Coordinación de la Contratación. En este caso la duda se plantea en torno a:

...A la hora de adjudicar el contrato y en vista de la documentación aportada por el propuesto adjudicatario se plantean las siguientes cuestiones:

1.- En el informe de la DGCyS de fecha 27 de junio de 2024, se indica que la sucursal no tiene personalidad jurídica propia, por lo tanto, se nos plantea la duda, si se puede adjudicar el contrato a dicha sucursal, que es la que ha presentado la oferta y ha licitado en este contrato. O si bien, habría que hacerlo a la persona física administradora de la sociedad o bien a la empresa matriz que dispone de un NIF en España.

2.- La sucursal en España no está dada de alta en la Seguridad Social, ni tampoco la matriz. Puesta esta circunstancia en conocimiento de la sucursal, nos han enviado la documentación que se adjunta...

Por el distrito se realiza una propuesta interpretativa, señalando lo siguiente:
“Exigiendo el artículo 65 de la LCSP el presupuesto de la personalidad jurídica para poder contratar y no dándose tal circunstancia en la sucursal ha de concluirse la incapacidad de dicha sucursal para contratar con el Ayuntamiento. La contratación debería hacerse con la empresa matriz que es la ha aportado la solvencia.”

El mencionado informe establece las siguientes consideraciones, que complementarían las ya manifestadas en el primer informe emitido: *“Teniendo en cuenta lo anterior, la adjudicación del contrato debería efectuarse a la sociedad matriz, siendo necesario analizar si la sucursal actúa dentro de las facultades que la sociedad matriz le confirió al constituir la y, por lo tanto, si su actividad jurídica puede entenderse realizada en nombre de ésta.*

Es decir, se debería comprobar que la sucursal tiene atribuida la facultad para celebrar contratos con la administración pública y que la prestación de esos contratos se encuentra dentro del objeto social de la sociedad matriz, la cual deberá acreditar su aptitud para contratar, en este caso, se podría entender que la sucursal habría actuado válidamente en nombre de dicha sociedad y en consecuencia sus actos obligarían a la misma.

Todas estas cuestiones debieron ser analizadas al examinar la documentación administrativa acreditativa de los requisitos de aptitud para contratar con el sector público constituidos por tener plena capacidad de obrar, no estar incurso en prohibición de contratar y acreditar su solvencia económica y financiera y técnica y profesional (artículo 65 LCSP)”.

A la vista de esta información la mesa de contratación en su sesión de 2 de octubre de 2024 acuerda excluir de la licitación a la licitadora Betra Group SAS sucursal en España al no tener personalidad jurídica y no poder ser adjudicataria del contrato.

Esta propuesta de exclusión, es refrendada por el órgano de contratación mediante acuerdo adoptado el 17 de octubre de 2024.

La otra licitadora, Federación Regional de Asociaciones Vecinales de Madrid, ha presentado en plazo y forma escrito de alegaciones en el que mantiene los mismos

argumentos que el órgano de contratación en cuanto a la exclusión como licitadora de Beta sucursal, basándose en su carencia de personalidad jurídica propia.

Invoca distintas sentencias, tanto del TJUE como del Tribunal Supremo, así como Resoluciones de TACRC que si bien, establecen la falta de capacidad jurídica de las sucursales, unas se basan en cuestiones fiscales, otras se refieren a los compromisos de unión temporal de empresas y otras a la coincidencia de los objetos sociales de las empresas con el objeto del contrato.

En resumen, consideran que la sucursal no puede ser licitadora ni la matriz, ahora, adjudicataria, por lo que consideran ajustado a derecho la exclusión de la oferta.

Vistas las posiciones de las partes este Tribunal considera que jurídicamente, la sucursal es una extensión de la sociedad matriz. Nuestro derecho en el artículo 295 del Reglamento del Registro Mercantil las define como “todo establecimiento secundario dotado de representación permanente y de cierta autonomía de gestión a través del cual se desarrollan, total o parcialmente, las actividades de la sociedad”.

Entre sus características principales, como ya hemos visto anteriormente se encuentran la subordinación al establecimiento principal, tanto en el aspecto jurídico como en el fiscal; coincidencia de objeto social con la empresa matriz y responsabilidad de la sucursal asumida por la matriz.

Gozan también de autonomía de gestión, en tanto que poseen una organización propia y un órgano de dirección al que se le han conferido poderes suficientes por la matriz para el cumplimiento de sus funciones.

Evidentemente las sucursales no tienen personalidad jurídica propia e independiente de la matriz, sino que a pesar de resultar obligatoria su inscripción en el Registro Mercantil ésta no es constitutiva.

No podemos obviar que el hecho de carecer de personalidad jurídica propia condiciona la posición de licitadora en nuestra normativa de contratación pública, tampoco contraria a derecho. No obstante, hemos de reseñar distintas resoluciones de Tribunales de Contratación, admitiendo su condición como tal (TACPCM Resolución 15/2013 de 30 de enero; TACRC Resolución nº 576/2013 de 20 de noviembre y nº 333/2024 de 7 de marzo).

El artículo 65 de la LCSP establece: “ *1. Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídica, españolas y extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija la Ley se encuentren debidamente clasificadas*”.

Por lo tanto, siguiendo lo establecido por el artículo 65 de la LCSP la tenencia de personalidad jurídica propia es condición previa e inexcusable para tener capacidad de obrar, por lo que si no existe capacidad de obrar tampoco existe condición para licitar.

Ahora bien, el modo de subsanar esta carencia de personalidad jurídica de la sucursal será estar suficientemente apoderado por la empresa principal, es decir, actuar como mandataria de la empresa matriz, que será la que responda en el caso de resultar adjudicataria.

En el caso que nos ocupa comprobamos que la escritura de constitución de Beta Group Services SAS que ha sido aportada a este Tribunal, fue otorgada ante el Notario de Madrid don Fernando de la Camara Garcia y con numero de protocolo 1.398 y fecha de 21 de julio de 2022, y en la misma se establece por parte de Beta Goup SAS una sucursal en España por la recurrente establece: “ *3- (...) asistir a subastas y concursos y subastas-concursos, ya sean del Estado, Provincia, Municipio, Comunidades Autónomas o particulares, presentar pliegos, resolver los empates por*

medio de pujas a la llana u otro medio legal, plantear incidentes, quejas o reclamaciones, aceptar en su caso, las adjudicaciones, transigir cuestiones, sean judiciales o no judiciales, (...)”.

Asimismo, comprobamos que el representante de la matriz y de la sucursal es el mismo que coincide también con el apoderado que ha presentado la oferta y ha interpuesto el presente recurso especial en materia de contratación.

Por lo tanto, la sucursal se encuentra debidamente facultada para obrar en nombre de la matriz en el ámbito de la contratación pública.

Ningún motivo esgrime el órgano de contratación sobre el objeto social de la empresa matriz o sobre la documentación preceptiva como empresa extranjera no comunitaria, que se considera válida y completa.

Tampoco pone en duda la acreditación de la solvencia de la empresa matriz, adjudicataria última, y que ha sido examinada por este Tribunal considerándola suficiente. Lo mismo podemos decir del resto de documentación que se describe en el artículo 150.2 como previa y necesaria a la adjudicación. Es importante destacar que la acreditación de la solvencia tanto económica como general se efectuara por los méritos de la sociedad matriz y no de la sucursal, tal y como establece la Resolución de este Tribunal ya nombrada 15/2013 de 30 de enero.

Por último, el órgano de contratación alega que Beta sucursal no se encuentra dada de alta como empresa en la Seguridad Social, ni tampoco la empresa matriz.

A este respecto este Tribunal en su Resolución 359/2023 de 28 de septiembre establece: *“A juicio de este Tribunal es necesario cohonestar las normas de contratación con las de Seguridad Social. Tal y como explica la web de la Seguridad Social la obligación de inscripción de la empresa es para las que tengan o vayan a tener trabajadores. Tal y como señala el artículo 138 del vigente Texto Refundido de*

la Ley general de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre:

“Artículo 138. Inscripción de empresas.

1. Los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, solicitarán su inscripción en el Régimen General de la Seguridad Social, haciendo constar la entidad gestora o, en su caso, la mutua colaboradora con la Seguridad Social por la que hayan optado para proteger las contingencias profesionales, y en su caso, la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes del personal a su servicio. Los empresarios deberán comunicar las variaciones que se produzcan de los datos facilitados al solicitar su inscripción, en especial la referente al cambio de la entidad que deba asumir la cobertura de las contingencias indicadas anteriormente, así como su extinción o el cese temporal o definitivo de su actividad, a efectos de practicar su baja.

2. Las actuaciones en materia de inscripción a que se refiere el apartado anterior se efectuarán ante el correspondiente organismo de la Administración de la Seguridad Social, a nombre de la persona física o jurídica o entidad sin personalidad titular de la empresa. Dicho organismo podrá, también, realizar de oficio tales actuaciones cuando por cualquiera de los procedimientos a que se refiere el artículo 16.4 de esta ley constate el incumplimiento de la obligación de efectuarlas, así como proceder a la revisión de oficio de sus actos dictados en esas materias, en los supuestos a que se refiere el apartado 5 del citado artículo.

3. A los efectos de la presente ley se considerará empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica o entidad sin personalidad, pública o privada, por cuya cuenta trabajen las personas incluidas en el artículo 136”.

A los efectos del TRLGSS si no tiene trabajadores, no es empresario y no tiene obligación de inscribir la empresa. El artículo 14 del Real Decreto 1098/2001, de 12

de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas afirma:

“Artículo 14. Obligaciones de Seguridad Social.

1. A los mismos efectos de lo previsto en el artículo 20, párrafo f), de la Ley, se considerará que las empresas se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social, cuando en su caso, concurren las siguientes circunstancias.

a) Estar inscritas en el sistema de la Seguridad Social y, en su caso, si se tratare de un empresario individual, afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad.

b) Haber afiliado, en su caso, y haber dado de alta, a los trabajadores que presten servicios a las mismas.

c) Haber presentado los documentos de cotización correspondientes a las cuotas de Seguridad Social y, si procediese, de los conceptos de recaudación conjunta con las mismas, así como de las asimiladas a aquéllas a efectos recaudatorios, correspondientes a los doce meses anteriores a la fecha de solicitud de la certificación.

d) Estar al corriente en el pago de las cuotas o de otras deudas con la Seguridad Social”. De este precepto no puede deducirse una obligación de inscripción aunque no se tengan trabajadores, sino cuando la misma sea obligatoria, y si no tiene trabajadores afiliación y alta en el régimen que le corresponda.

El artículo 10 (“Concepto de empresario en la Seguridad Social”) del Real Decreto 84/1996, de 26 de enero, por el que se aprueba el Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social, afirma que “a efectos de lo dispuesto en este Reglamento, se considera empresario, aunque su actividad no esté motivada por ánimo de lucro, a toda persona física o jurídica, pública o privada, a la que presten sus servicios, con la consideración de trabajadores por cuenta ajena o asimilados, las personas comprendidas en el campo de aplicación de cualquier Régimen de los que

integran el sistema de la Seguridad Social”. Y el artículo 5 afirma que: “1. Los empresarios, como requisito previo e indispensable a la iniciación de sus actividades, deberán solicitar a la Tesorería General de la Seguridad Social su inscripción en el correspondiente Régimen del sistema de la Seguridad Social en la forma que se determina en el artículo 11 de este Reglamento”.

No tiene sentido exigir la inscripción como empresa cuando no se tiene intención de contratar trabajadores por cuenta ajena y no tiene la condición de empresario. Siendo este el motivo de exclusión procede la estimación del recurso (también sería absurdo obligar a estar inscrito en plazo de licitación cuando no se tengan trabajadores y solo se necesitarían de resultar adjudicatario, momento al que debiera remitirse la obligación, que no parece el caso, pues no tiene intención de contratarlos)”.

En base a todo lo expuesto, no es necesario que una empresa se encuentre inscrita y ni en situación de alta ante la Seguridad Social si carece de trabajadores en ese momento concreto, ni tampoco puede entenderse esa ausencia de inscripción como un elemento de exclusión de la oferta.

Por tanto, después de analizadas todas las circunstancias de hecho y de derecho que motivan tanto el acto recurrido como el recurso interpuesto, este Tribunal considera que Beta España Services SAS sucursal en España, es una mandataria de su sociedad matriz, pudiendo licitar en su nombre, pero por orden de su mandante quien será verdaderamente la obligada a acreditar su capacidad y solvencia y así, llegado el caso, será la adjudicataria del contrato.

En consecuencia, el acuerdo de exclusión de la oferta de la recurrente no se ajusta a derecho y debe ser anulado, admitiendo a la recurrente nuevamente al procedimiento de licitación.

En su virtud, previa deliberación, por unanimidad, y al amparo de lo establecido en el artículo 46.4 de la LCSP y el artículo 3.5 de la Ley 9/2010, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y Racionalización del Sector Público, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid:

ACUERDA

Primero. - Estimar el recurso especial en materia de contratación interpuesto por la representación legal de Beta Group Services SAS sucursal en España contra el Decreto de la Concejala Presidenta del Distrito de Usera del Ayuntamiento de Madrid, de fecha 17 de octubre de 2024, por el que se inadmite la participación de la recurrente en la licitación del contrato de servicios de “Procesos y actividades asociativas y participativas realizadas en el distrito de Usera” número de expediente 300/2023/00715, anulando el mencionado decreto y en consecuencia la inadmisión de la recurrente.

Segundo. - Declarar que no se aprecia la concurrencia de mala fe o temeridad en la interposición del recurso por lo que no procede la imposición de la sanción prevista en el artículo 58 de la LCSP.

Tercero. - Dejar sin efecto la suspensión acordada por este Tribunal el 18 de noviembre de 2024.

Cuarto. - Notificar este acuerdo a todos los interesados en este procedimiento.

Esta resolución es definitiva en la vía administrativa, será directamente ejecutiva y contra la misma cabe interponer recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, en el plazo de dos meses, a contar desde el día siguiente a la recepción de esta notificación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10, letra k) y 46.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio,

Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, todo ello de conformidad con el artículo 59 de la LCSP.