

Informe 3/2013, de 23 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Posibilidad de utilización del procedimiento negociado sin publicidad ex artículo 173 e) TRLCSP para la adquisición de activos mobiliarios en supuestos de disolución de empresas.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Sabiñanigo, se dirige, con fecha 4 de enero de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Este Ayuntamiento es socio minoritario (16,06%) en una Sociedad Mercantil privada (S.A.) que no forma parte del Sector Público a efectos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La Sociedad Anónima tiene como objeto social, según sus Estatutos “la construcción, administración y explotación de Parque Temático de los Pirineos y sus centros y establecimientos de ocio, así como equipamientos e instalaciones que sean necesarias; también la explotación de actividades de hostelería, tiendas de recuerdos y aquellas complementarias del Parque y sus centros como su divulgación audiovisual, Internet, mercadotecnia u otras de similar índole. La Sociedad podrá desarrollar estas actividades total o parcialmente a través de su cesión a terceros, mediante arrendamiento, convenio de gestión o cualquier otro título que permita la cesión de uso de las instalaciones o la explotación de sus derechos. La adquisición de toda clase de inmuebles, su parcelación y urbanización y la de instalaciones o bienes de equipo necesarios para la realización del objeto social anteriormente expresado. El objeto social se podrá realizar total o parcialmente de forma indirecta, mediante la titularidad de acciones o participaciones en sociedades con objeto social análogo”.

La Sociedad desarrolla sus actividades en unos edificios e instalaciones de dominio público municipal sobre los que ostenta una concesión demanial otorgada por 50 años en el 2003 y cuyo canon fue abonado por la Sociedad en su totalidad en el momento de formalización del negocio patrimonial.

Actualmente la Sociedad arrastra importantes pérdidas motivadas por la escasa rentabilidad de su objeto principal (explotación del Parque Temático) que han llevado mayoritariamente a los socios a optar por la disolución de la misma sin instar concurso de acreedores mediante un Convenio de Liquidación extrajudicial en el que algunos socios harían aportaciones al S.A. para saldar sus deudas, previéndose también importantes quitas por parte de los acreedores.

Con la disolución de la Sociedad se produciría según lo estipulado en los Pliegos de la Concesión, la reversión de los terrenos, construcciones e instalaciones fijas al Ayuntamiento.

Tras la reversión del bien y la disolución de la Sociedad, el Ayuntamiento acreditando su conveniencia y oportunidad, estaría interesado en licitar los contratos patrimoniales precisos para la explotación por terceros de actividades de hostelería y alojamiento turístico, comerciales o de servicios u otras de toda índole empresarial que fueran susceptibles de instalarse en los casi 20.000m² edificados en el bien de dominio público del total de 45.000m² de los que dispone.

Para este fin podría ser de utilidad la adquisición por parte del Ayuntamiento del mobiliario (el propio de un restaurante, de un albergue, mobiliario de oficina y comercial...) e instalaciones desmontables (cuadros eléctricos comunes...etc.) propiedad de la S.A. previa valoración de los mismos por perito independiente que acredite que el precio de los suministros se encuentra por debajo de su valor de mercado para bienes análogos, así como que su estado de conservación es óptimo para su uso.

Por todo ello se plantea a esa Junta que si tiene a bien emita informe sobre las siguientes cuestiones:

1º ¿Sería posible concertar suministros por procedimiento negociado, si se dan condiciones especialmente ventajosas, cuando una empresa vaya a cesar en su actividad y disolverse por hallarse en una situación de pérdidas continuadas tales que le impidan continuar con su actividad, pero sin que la empresa inste procedimiento concursal?. Forma de acreditar esas "condiciones especialmente ventajosas". ¿Cuándo se consideraría que concurren?

2º En defecto de lo anterior, posibilidad de contratar el suministro por procedimiento negociado en razón de sus características.

3º En los supuestos de procedimiento negociado en contratos de suministros por darse las circunstancias del artº 173.e) ¿sería preciso solicitar tres ofertas o por la propia naturaleza del supuesto quedaría acreditada la imposibilidad de hacerlo?

4º En los supuestos de contratación de suministros por procedimiento negociado previstos en el artº 173.e) ¿resulta necesario para acreditar la capacidad del empresario que el objeto social del mismo guarde relación directa con el objeto del contrato, o por el contrario se considera que es una facultad propia de todo empresario desprenderse de sus activos, sin que sea preciso por tanto que figure tal circunstancia en su objeto social?

5º En el caso de suministros adquiridos por darse alguno de los supuestos previstos en el artº 173.e), ¿es necesario y por qué medios que el empresario acredite su solvencia económica y financiera, toda vez que los supuestos de hecho previstos en este artículo parecen ser incompatibles con la acreditación de una solvencia económico-financiera suficiente por los medios previstos en el artº 75?. ¿Cómo hay que valorar, en su caso, los medios de acreditación de la solvencia económica en los supuestos del artº 173.e) para considerar que la empresa cumple con este requisito?

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 23 de enero de 2013, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el

Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del Sector Público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación en el ámbito de la contratación pública atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Ayuntamiento de Sabiñanigo, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del alcance, significado y condiciones para la utilización del supuesto de procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 173 e) TRLCSP.

El Alcalde del Ayuntamiento de Sabiñanigo, es órgano legitimado para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, anteriormente citado.

II.- Alcance y significado del supuesto de procedimiento negociado sin publicidad contemplado en el artículo 173 e) TRLCSP.

La cuestión objeto de consulta se puede concretar en si es jurídicamente posible por la Administración pública contratar un suministro en casos de disolución de empresas y si, a tal fin, sería de aplicación el artículo 173 e) del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), que habilita el procedimiento negociado para los supuestos en que se trate de un suministro concertado en condiciones especialmente ventajosas con un proveedor que cese definitivamente en sus actividades comerciales, o con los

administradores de un concurso, o a través de un acuerdo judicial o un procedimiento de la misma naturaleza.

Resulta indiferente a los efectos de este Informe el dato de que se trate de una empresa participada minoritariamente por la Administración pública, pues en la disolución voluntaria de empresas hay que estar a lo dispuesto por la legislación mercantil, y resulta esta cuestión ajena a la contratación pública y competencia de esta Junta.

En todo contrato de suministro como el objeto de informe, deben aplicarse las exigencias legales contenidas en el TRLCSP, debiendo justificar que la prestación es necesaria y conveniente (artículo 22 TRLCSP), y que el procedimiento de adjudicación garantiza la correcta aplicación de los principios de transparencia, igualdad de trato y eficiencia (artículo 1 TRLCSP).

Parece evidente que el supuesto objeto de consulta cumple con la exigencia de necesidad y posible conveniencia. La cuestión se limita a si es posible un procedimiento negociado sin publicidad ex artículo 173 e) —lo que es una adjudicación directa— con una empresa en disolución, y, entre otras cuestiones, si la misma cuenta con solvencia técnica, profesional y financiera para poder celebrar este contrato.

Conviene recordar, con carácter previo, que la finalidad y función de cada procedimiento de contratación pública es distinta y no pueden ser objeto de confusión ni de alteración, debiendo tenerse en cuenta que, como regla previa, se admite/selecciona primero a una empresa u operador económico y posteriormente se valora la concreta oferta sobre la prestación demandada.

Como es conocido, el procedimiento negociado sin publicidad sólo procede en situaciones tasadas y consiste en la adjudicación de un contrato, previa consulta y negociación de los términos del mismo, debiendo, al menos y

siempre que sea posible, solicitar ofertas a tres empresas contratistas capacitadas para la ejecución del objeto del contrato. Dado el carácter excepcional de los supuestos contemplados, no caben interpretaciones amplias, como ya advirtiera el TJUE en la Sentencia de 13 de enero de 2005 de condena al Reino de España al incorporar, con carácter general, dos causas de elección de este procedimiento que no figuran en las Directivas. Doctrina ya referida en la STJCE de 14 de septiembre de 2004, al condenar a la República Italiana por la utilización de este procedimiento incorrectamente, al recordar que los supuestos que lo amparan deben ser interpretados restrictivamente y que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (véanse, en este sentido, las Sentencias de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, apartado 23, y de 28 de marzo de 1996, Comisión/Alemania, apartado 13). Especialmente clara es la Sentencia del TJUE de 8 de abril de 2008, asunto C-337/05, Comisión-Italia, al recordar que *«las excepciones a las normas que tienen como finalidad garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos deben ser objeto de una interpretación restrictiva»*.

Por ello, solo en situaciones de exclusividad objetiva puede justificarse el recurso al procedimiento negociado sin convocatoria de licitación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por la propia entidad adjudicadora con vistas al futuro procedimiento de contratación y que no existan alternativas adecuadas, circunstancia que debe evaluarse rigurosamente.

Con estas limitaciones debe interpretarse el artículo 173 e) TRLCSP —que trae causa del artículo 31. 1. d) de la Directiva 2004/18, de contratos públicos, y que contempla la nueva propuesta de Directiva en su artículo 42— que se refiere a la compra de los productos/suministros de una empresa en liquidación,

concurso o extinción de actividad si aporta condiciones especialmente ventajosas, lo que exigirá una justificación detallada que acredite notorias ventajas económicas sobre el precio de mercado. La excepcionalidad radica aquí en el cese de la actividad voluntaria o por circunstancias de crisis empresarial que llevan a una situación concursal o de insolvencia, y en la oportunidad, por dichas circunstancias, de adquirir muy ventajosamente, al deshacerse de sus activos la referida empresa.

Sin embargo, no existe regulación que concrete o limite el alcance de este supuesto, lo que exige ciertas precisiones previas a fin de poder dar respuesta a las cuestiones sometidas a Informe.

La referencia al concepto de «proveedor» no aporta ningún matiz singular o limitativo —es copia literal de la Directiva—, pues debe entenderse, en atención a la propia definición de «proveedor» que contiene la Directiva, como equivalente a cualquier empresa (privada o pública) que se encuentre en dicha situación objetiva de cese de actividad y quiera, en consecuencia, deshacerse de sus activos materiales. La finalidad de esta previsión es que, por la singularidad del supuesto, y siempre que sean especialmente ventajosas las condiciones, un poder adjudicador pueda cubrir sus necesidades sin aplicar las reglas procedimentales ordinarias.

Por supuesto, resulta claro que podrá adquirirse como suministro por cualquier poder adjudicador aquellos productos que distribuya dicha empresa en su actividad mercantil y que se compran con ventajas económicas especiales. La duda surge en torno a si este supuesto es igualmente aplicable si lo que se pretende adquirir no son los productos de ese proveedor, sino el material de segunda mano utilizado por una empresa en disolución, ya que de los mismos esta empresa no es «proveedor» (material oficial, informática, elementos de seguridad, maquinaria específica, etc.).

Como viene advirtiendo el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (por todos, Acuerdo 3/2011), en atención al artículo 3 del Código Civil, *«las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas. Conforme al criterio gramatical, las normas se interpretan según el sentido propio de sus palabras. Es un criterio según el cual, el intérprete ha de atender al significado gramatical de las palabras que componen la norma. Lo que persigue este criterio, es que nunca se fuerce el tono literal de las normas con interpretaciones que excedan los límites de aquello que sea razonablemente comprensible»*. Y no parece que pueda inducir a error la redacción literal, del artículo 173 e) TRLCSP, que, al no limitar su alcance objetivo y atender fundamentalmente al hecho del cese de actividad, permitirá adquirir cualquier suministro, aun de segunda mano propio de su uso empresarial, siempre que el mismo resulte necesario y conveniente para el poder adjudicador y aporte significativas ventajas frente a una compra ordinaria (lo que será objeto de negociación y se documentará suficientemente en el expediente). De hecho, el artículo 59 de la Ley 31/2007, sobre procedimientos de contratación en los sectores de agua, energía, transporte y servicios postales utiliza el concepto de *«mercancía»*, que, por si mismo, incluye a cualquier tipo de bien.

Así pues, de la lógica interpretativa literal y teleológica no es posible otra interpretación. Y es que, por el propio carácter excepcional de cese de actividad, crisis concursal o insolvencia de la empresa, no puede entenderse que en este caso exista quiebra del principio de igualdad de trato (ni de alteración del mercado), sino más bien una posibilidad de gestión eficiente de los recursos públicos al aprovechar una circunstancia excepcional de aprovisionamiento. En consecuencia, con carácter general, no será preciso solicitar más de una oferta, ya que este supuesto es uno de los que habilitaría

a acudir a la oferta única, ex artículo 178.1 «*in fine*».

En conclusión, es posible la utilización de este supuesto del procedimiento negociado sin publicidad para adquirir directamente —pero cumpliendo todos los trámites legales— como suministro cualquier tipo de bienes y productos cuando se disuelve una empresa.

Quedarían por aclarar las cuestiones relativas a la exigencia de los requerimientos de aptitud y solvencia, en aras a preservar el adecuado cumplimiento del contrato. Lo que se pretende, a la hora de valorar la aptitud de un contratista, es determinar la auténtica capacidad para hacer efectiva en las condiciones pactadas la prestación en cuestión que se demanda por el ente contratante. Y para ello, el artículo 54 TRLCSP exige que acredite la solvencia económica, financiera y técnica o profesional. La solvencia económica y financiera, al igual que la solvencia técnica (que trata de adaptarse a las especialidades respectivas de cada modalidad de contrato nominado), tienen por función, de indudable relieve, asegurar la fiabilidad del contratista y de su capacidad de llevar a buen término el contrato público objeto de licitación, en la medida que lo que está en juego es el interés general (artículos 74 a 82 TRLCSP). Y por ello, el objeto de la licitación debe estar comprendido en el objeto social de la empresa licitadora, tal y como explicita el artículo 55 TRLCSP. Se exige, en definitiva, como requisito de capacidad que haya una relación entre el objeto social de la empresa y el objeto de la licitación, pues de lo contrario el contrato celebrado será inválido.

Y esta relación, por la propia lógica del cese de actividad, existe cuando se pretende comprar los activos mobiliarios usados de una empresa en liquidación —aun cuando se trate de condiciones ventajosas—, pues, evidentemente, aunque no es una actividad fundamental de la empresa, sí es propia de cualquier tipo de negocio empresarial, en tanto pretende, aun en el cese,

recuperar parte de su inversión con la venta de sus activos. En consecuencia, y por este carácter singular del cese de una actividad empresarial, deberá entender cumplida la exigencia de capacidad y solvencia para proceder a la enajenación de cualquier activo mobiliario.

III. CONCLUSIONES

- I. La utilización del supuesto de procedimiento negociado contemplado en la letra e) del artículo 173 TRLCSP exige una interpretación restrictiva que limita su alcance a la compra de los productos inherentes a la propia actividad de un proveedor, o de sus activos mobiliarios, por extinción o cese de la actividad.
- II. La extinción de una empresa y puesta en venta de sus activos mobiliarios usados es título suficiente para que los poderes adjudicadores puedan adquirir directamente cualquier bien o producto de los que sea titular dicha empresa, si es un suministro necesario y conveniente para un poder adjudicador y se adquiere en condiciones especialmente ventajosas, lo que será objeto de negociación y se documentará suficientemente en el expediente.
- III. La necesidad de solvencia, capacidad y relación con el objeto social para que una empresa pueda celebrar contratos con un poder adjudicador son condiciones que no impiden por sí la posibilidad de compra en caso de disolución o extinción de empresas, al ser tal actividad propia de cualquier negocio empresarial.

Informe 3/2013, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 23 de enero de 2013.