

Informe 8/2012, de 7 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Capacidad de las sociedades civiles para contratar con las Administraciones Públicas.

I. ANTECEDENTES

La Sra. Presidenta de la Comarca Ribera Baja del Ebro se dirige, con fecha 31 de enero de 2012, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Por la presente tengo el deber de dirigirme a la Junta que usted preside, en cuanto órgano consultivo del Sector Público de Aragón en materia de contratación pública, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 1 a 3 del Decreto 81/2006 de 4 de abril del Gobierno de Aragón por la que se crea dicha Junta y se aprueba su Reglamento, a fin de solicitar de dicho órgano la emisión de informe en relación a la capacidad de las sociedades civiles para contratar con las Administraciones Públicas, ante la cuestión suscitada en el adjunto Informe emitido por la Secretaria-Intervención de esta Comarca de 15 de diciembre de 2011 donde se fundamenta jurídicamente la falta de capacidad de dichas sociedades civiles para contratar con las administraciones Públicas (cuyo informe fue emitido con ocasión de la participación de una sociedad civil en la tramitación de un procedimiento negociado sin publicidad para contratar la edición del periódico de esta Comarca)».

Al escrito de la Sra. Presidenta se acompaña el Informe del Secretario de la Comarca citado, junto con fotocopias de diversos documentos a los que alude el mencionado informe.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 7 de marzo de 2012, 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 la Presidenta de la Comarca de la Ribera Baja del Ebro, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de la capacidad de las sociedades civiles para contratar con las Administraciones Públicas, ya que esta sí que es una cuestión de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas, en materia contratación pública que encuentra perfecto acomodo en el artículo 3.2 del Reglamento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La Sra. Presidenta de la Comarca de la Ribera Baja del Ebro, es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Capacidad para contratar con las Administraciones Públicas.

El artículo 54.1 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), dispone que sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o 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 esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Además, y por imperativo del artículo 57.1 TRLCSP, las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

La falta de capacidad de obrar se sanciona, en el artículo 32 TRLCSP, con la nulidad de pleno derecho del contrato.

La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos u obligaciones, o la facultad más o menos amplia de realizar actos válidos y eficaces en derecho. Doctrinalmente se distingue entre capacidad jurídica, o aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, que tiene toda persona por el hecho de existir, y capacidad de obrar, o de realizar con validez y eficacia un concreto acto o negocio. El régimen jurídico de la capacidad no se aborda directamente por la normativa de contratos del sector público, sino que esta remite a otras normas y sectores del ordenamiento jurídico.

Reunidos ambos requisitos, capacidad de obrar e inclusión de las prestaciones en el objeto, o ámbito de actividad, de la persona jurídica, ésta podrá contratar con la Administración.

III. Las sociedades civiles y su personalidad jurídica.

El contrato de sociedad civil se configura legalmente en el artículo 1665 del Código Civil (en adelante CC), al establecer que *«la sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias»*.

A su vez, el artículo 1669 CC dispone que *«no tendrán personalidad jurídica las sociedades cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros. Esta clase de sociedades se regirá por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes»*.

De los preceptos reseñados, cabe deducir que el criterio atributivo de la personalidad jurídica lo es la voluntad negocial de las partes. La personalidad jurídica de una sociedad civil, surge en el momento en que se perfecciona el contrato de sociedad. Desde ese momento la sociedad adquiere la personalidad jurídica del artículo 35.1 CC, y, ex artículo 38 CC, pueden adquirir y poseer bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución.

Las sociedades civiles, en consecuencia, gozan de personalidad sin necesidad de inscribirse en ningún Registro público; interpretación que respeta la letra de la ley y la *ratio legis*.

El Derecho de sociedades en España atribuye de forma amplia la personalidad jurídica, tanto en el ámbito civil, al no vincularlo a ningún requisito de publicidad legal, como en el ámbito mercantil, circunstancia ésta, manifiesta en los artículos 36 y 39 del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, que reconocen personalidad jurídica a las sociedades no inscritas en el Registro Mercantil.

Es cierto que la resolución de 31 de marzo de 1997, de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante DGR), y la disposición adicional única del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre (*Boletín Oficial del Estado* de 29 de septiembre de 1998), por la que se añadía un tercer apartado

al artículo 81 del Reglamento del Registro Mercantil, y se creaba el artículo 269 bis del mismo, generaron un clima de incertidumbre jurídica (del que se hace eco el informe del Secretario de la Comarca de la Ribera Baja del Ebro) respecto a las sociedades civiles, de tal manera que, si bien la disposición citada no consideraba obligatoria la inscripción de aquéllas, por el contrario la DGR había insistido en que dicha inscripción era imprescindible para las sociedades civiles con vocación de actuar en el tráfico, hasta el punto de vincular la *personalidad jurídica* a la inscripción de la sociedad en el Registro mercantil (en el mismo sentido la resolución de la DGR de 11 de diciembre de 1997).

La doctrina de la DGR partía de vincular la adquisición de la personalidad jurídica de las sociedades civiles, a su inscripción en un Registro público. Se basaba en un argumento sistemático, según el cual no sería «*coherente supeditar la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles a su inscripción en un Registro público y prescindir de tal exigencia para la personificación de las sociedades civiles*». Es decir, la DGR consideraba que las sociedades civiles que gozan de personalidad jurídica, son aquéllas cuyos pactos no se mantienen en secreto entre los socios; e interpreta que ese secreto se destruye, exclusivamente, por la publicidad que proporciona un Registro público. Ahora bien, como nuestro ordenamiento no exige forma alguna para el contrato de sociedad civil, ni prevé cauce alguno para su inscripción registral, la DGR se veía obligada a interpretar que las únicas sociedades civiles capaces de adquirir personalidad, eran las sociedades objetivamente mercantiles y subjetivamente civiles; es decir, las sociedades que, teniendo un objeto civil, adoptan una forma mercantil de las prescritas en el Código de Comercio (artículo 1670 del Código Civil) y que, por tanto, pueden tener acceso a un Registro público, el Registro Mercantil.

La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, al anular los artículos 81.3 y 269 bis del Reglamento del Registro mercantil, introducidos por el Real Decreto aludido, ha repuesto la situación a su justo término, puesto que de nuestro sistema legal se infiere que las

sociedades civiles no son inscribibles en el Registro Mercantil y que, desde luego, tendrán personalidad jurídica al margen de la publicidad registral; porque así lo ha querido el Código Civil y, subsidiariamente, porque nada dispone el artículo 16.1 del Código de Comercio por lo que: la sociedad civil no puede ni debe inscribirse.

Esta es la doctrina que se recoge, a su vez, en los Informes 12/2003, de 23 julio (que rectifica el Informe 5/99, de 17 de marzo de 1999), y 55/08, de 31 de marzo de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, que esta Junta comparte. Las sociedades civiles pueden contratar con las Administraciones públicas, salvo en el supuesto del artículo 1669 CC, sin que sea exigible su inscripción en el Registro Mercantil.

IV. La personalidad jurídica de las sociedades mercantiles irregulares.

Aunque en la solicitud de informe de la Presidenta de la Comarca Ribera Baja del Ebro, no se consulta sobre la personalidad jurídica de las sociedades mercantiles irregulares, lo cierto es que la referencia al Informe del Secretario que contiene dicha solicitud, y el aparato documental que la acompaña, hace necesario analizar la personalidad jurídica de tales sociedades, pues centra la base de dicho informe. En todo caso, y en atención al principio de congruencia, sobre esta cuestión la Junta no establecerá conclusión alguna.

Nuestra doctrina y jurisprudencia entienden que es el objeto social el que determina, a falta de otras circunstancias, si una sociedad es civil o mercantil. No es fácil, sin embargo, concluir cuándo el objeto social es mercantil o civil, debido a la ausencia de un concepto legal de «*acto de comercio*». La jurisprudencia suele considerar mercantil el desempeño organizado de una actividad económica lucrativa en el mercado de bienes o servicios.

En el marco de la sociedad civil, no cabe el fenómeno de la irregularidad. La sociedad civil no precisa de ninguna inscripción registral obligatoria, a diferencia de la mercantil (artículo 116 Código de Comercio), para nacer como

sociedad «regular». El Código civil nunca exige tal inscripción, como ya hemos indicado.

Se califica como «irregular», toda sociedad con objeto mercantil que actúa externamente como tal sociedad, sin estar inscrita en el Registro mercantil, y sin tener voluntad de hacerlo. Tres son los rasgos caracterizadores de este tipo de sociedad: su objeto mercantil, que actúa en el tráfico como tal sociedad y que no está inscrita. Al no estar inscrita resulta indiferente la existencia, o no, de escritura pública. Como suele indicar la doctrina la irregularidad deviene de la falta de inscripción, no de la falta de escrituración.

Es oportuno indicar que no existe, en nuestro ordenamiento jurídico, un concepto «legal» de personalidad jurídica, la personalidad jurídica es un concepto «artificial», es una creación jurídica para tratar como sujetos de derechos a entidades que, ni material ni físicamente, son personas. De hecho, hoy en día, la concepción legal y doctrinal más arraigada reduce la personalidad jurídica a la posibilidad de imputación de derechos y de obligaciones. Y por ello, se habla de una relativización del concepto de personalidad jurídica, de un mero «*nomen iuris*», que aglutina realidades diversas, y que sirve para superar la aporía de un ente que no es persona física, pero actúa como tal.

Pues bien, en esta cuestión sí que existe una neta divergencia en el seno de la doctrina mercantilista: por un lado, hallamos la teoría clásica (asumida en varias de las sentencias, y en el informe 11/2002, de 4 de febrero de la Comisión Consultiva de la Junta de Andalucía, que se acompañan a la solicitud de informe), a tenor de la cual las sociedades mercantiles sólo adquieren personalidad jurídica, una vez inscritas en el Registro Mercantil (artículos 116, 118 y 119.1 del Código de Comercio); y, por otro lado, se abre paso una tesis moderna, mejor fundada, que estima que ni siquiera en el ámbito mercantil es requisito imprescindible para la atribución de personalidad la inscripción registral.

La conclusión a la que se llega desde una lectura separada de los artículos 116 y 118 del Código de Comercio es la siguiente: las sociedades mercantiles no inscritas, también llamadas sociedades irregulares, tienen personalidad jurídica aunque no podrán oponer frente a terceros las cláusulas del contrato social que alteren el Derecho dispositivo, puesto que tales cláusulas no gozan de publicidad legal, y sus gestores responderán solidaria y adicionalmente de las deudas sociales a tenor del artículo 120 del Código de Comercio.

Partiendo de todas estas ideas, la mayoría de los autores que siguen la postura «moderna» en cuanto a la sociedad irregular, consideran que la misma tiene personalidad jurídica. Bien porque toda sociedad la tiene si se configura negocialmente como externa; bien porque al ser tratada como colectiva, tiene la personalidad jurídica propia de esta sociedad mercantil. De manera que la personalidad jurídica de la sociedad irregular parece estar fuera de toda duda. Cuestión distinta es el régimen que deba aparejarse a esa actuación social, que como hemos visto es el propio de la sociedad general.

La personalidad jurídica es una fórmula conceptual explicativa de cómo atribuir derechos a un ente distinto a sus socios, pero nada más. Ningún privilegio, además, puede haber cuando esa personalidad no implica autonomía patrimonial, limitación de responsabilidad, ni perjuicio para terceros. Desde este criterio legal y doctrinal mayoritario, negar hoy en día la personalidad jurídica a la sociedad irregular, implica una visión dogmática superada. Si la sociedad civil externa, que no es objeto de control notarial ni registral alguno, tiene personalidad jurídica, no existe razón lógica alguna para negársela a la sociedad irregular.

En apoyo de cuanto se manifiesta, es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2002 (que cita la sentencia de 8 julio 1993 y las de 3 abril, 11 junio y 6 noviembre 1991, todas del Tribunal Supremo), según la cual *«desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la*

sociedad de naturaleza mercantil, dada la naturaleza de las operaciones que la sociedad había de desarrollar, con lo que se viene a aplicar el criterio objetivo que la doctrina científica mayoritariamente contempla para llegar a establecer la naturaleza civil o mercantil de la sociedad, determinando tal condición irregular a los efectos plenamente mercantiles, la ausencia de escritura pública constitucional y la inscripción en el Registro mercantil, pero sin que ello desnaturalice tal carácter mercantil en las relaciones mediadas entre los socios», así lo estima la doctrina jurisprudencial, y añade: «El artículo 117 del Código de Comercio, da validez al contrato, cualquiera que sea la forma de su celebración entre los que lo celebren, siempre que reúna los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, admitiendo la posibilidad de su concierto en documento privado y con forma verbal, siempre que su objeto sea mercantil, remitiendo como legislación aplicable a tal tipo de sociedades a la de las colectivas, con aplicación de la normativa específica a la del Código de Comercio», asimilación a las sociedades colectivas y consiguiente aplicación de la normativa específica del Código de Comercio, que es acogida por la sentencia del Tribunal Supremo de 20 febrero de 1988, (con cita expresa de la de 21 Junio de 1983); y la sentencia del Tribunal Supremo de 9 Marzo de 1992, afirma que «el otorgamiento de escritura notarial y la inscripción en el Registro Mercantil, requisitos que solo tienen carácter constitutivo en las sociedades anónimas y en las sociedades de responsabilidad limitada, pero no en las "compañías colectivas", según reconoce, con carácter más general, el artículo 120 del Código de Comercio».

En definitiva, siguiendo el discurrir del Tribunal Supremo, el grado de autonomía de la persona jurídica, respecto de los socios que la integran, es distinto en las sociedades de personas y en las de capital. En aquéllas no existe autonomía absoluta, los socios responden en defecto de la sociedad, y la entidad se basa más en las personas físicas componentes; la «interposición del ente», de la persona jurídica, entre los socios es mínima. En cambio, en las sociedades de capital, la incomunicabilidad patrimonial es absoluta, y el ente se independiza en buena medida de la personalidad de los socios. Las primeras,

se dirá, responden a la idea de la mancomunidad en mano común, mientras que las segundas se corresponden con el concepto de persona jurídica corporación, en la que la interposición del ente es casi absoluta. De ahí que, para estas, sí tiene carácter constitutivo la escritura pública y la inscripción en el Registro Mercantil; pero no para aquellas.

III. CONCLUSIONES

- I. Las sociedades civiles pueden contratar con las Administraciones públicas, salvo en el supuesto del artículo 1669 CC, sin que sea exigible su inscripción en el Registro Mercantil.
- II. Las sociedades civiles, de acuerdo con el artículo 57.1 TRLCSP, sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

Informe 8/2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 7 de marzo de 2012.