

## **INFORME 6/02, de 26 de setembre de 2002**

### **CAPACITAT PER CONTRACTAR AMB LES ADMINISTRACIONS PÚBLIQUES. COMUNITATS DE BÉNS.**

#### **ANTECEDENTS**

El Secretari general tècnic de la Conselleria d'Educació i Cultura adreça un escrit a aquesta Junta Consultiva del tenor literal següent:

*“Els propers dies, la Conselleria d'Educació i Cultura té previst d'iniciar els procediments negociats de contractació administrativa de menjadors escolars de diversos centres públics docents.*

*Per l'experiència que tenim de la contractació de menjadors escolars, resulta que, moltes vegades, s'hi presenten ofertes de petits empresaris (persones físiques) que, en alguns casos, estan constituïts com a comunitats de béns. En aquest sentit, cal tenir molt present que no estem davant d'uns contractes de gestió de serveis públics, sinó de contractes administratius especials, als quals els són aplicats els articles 5.2.b), 7.1 i 8 del Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (LCAP), en què s'especifiquen com a sistema de fonts, en primer lloc i amb caràcter preferent, les seves normes pròpies.*

*Si bé l'article 24 de l'esmentat Reial decret legislatiu 2/2000 preveu la possibilitat de la Unió Temporal d'Empresaris (UTE), entenem que aquesta unió està més pensada per contractes d'obres, serveis o subministrament d'una certa envergadura econòmica o complexitat tècnica, que fan necessari aquesta unió, però no per contractes especials d'escassa quantia i d'execució simple (bars, cafeteries i restauració dels centres docents públics).*

*Davant dels dubtes sobre la possibilitat legal que es puguin contractar els esmentats menjadors escolars amb persones naturals, constituïdes en comunitats de béns en lloc de amb una unió temporal d'empresaris (UTE), us demanem, d'acord amb l'article 2.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la junta consultiva de contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, que la Junta ens informi en relació a les següents qüestions: 1) si hi ha cap impediment legal per tal de poder contractar conjuntament amb varies persones naturals, 2) si escau, ens indiqueu amb quines condicions s'hi pot contractar i 3) si hi ha cap impediment legal perquè els contractistes puguin actuar formalment davant l'administració com una comunitat de béns.*

*En compliment del que disposa l'article 16.3 del reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la comunitat autònoma de les Illes Balears, us adjuntem l'informe del nostre servei jurídic envers la qüestió plantejada, en el qual es conclou que, llevat d'un altre informe més ben fonamentat i en especial a l'informe de la Junta Consultiva de contractació de les Illes Balears, es pot contractar conjuntament amb persones naturals sense que hi hagi cap impediment legal perquè els contractistes actüin formalment davant l'administració com una comunitat de béns, sempre que es faci en determinades condicions, que s'hi indiquen..”*

## PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

Es compleixen tots els requisits d'admissibilitat , atès que efectua la sol·licitud qui té competència per fer-ho i ho fa en la forma que preveu el Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta, i el seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997 (BOCAIB núm. 133, de 25-10-1997).

## CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

**PRIMERA.** Tot i que les preguntes concretes que efectua el sol·licitant són tres, a las que degudament respondrem, la qüestió subjacent en el plantejament de la qüestió no és altre que la de si les comunitats de béns poden o no contractar amb les administracions públiques.

Sobre el particular ja s'ha pronunciat aquesta Junta Consultiva en abordar temes de capacitat. Així, l'informe 15/99 deia:

*“En efecte, l'art. 15 de la Llei de contractes de les administracions públiques impedeix la contractació amb les empreses que no estiguin investides de personalitat jurídica, la qual cosa, de fet, prohibeix subscriure contractes amb comunitats de béns, entenent-se aquestes com la tinença en comú d'una cosa o dret, que en la pràctica mercantil ha arribat a ser el conjunt de béns i drets que constitueix una empresa, i admeten aquesta realitat tant les administracions com la jurisprudència. Però la LCAP no prohibeix la subscripció del contracte en conjunt amb tots els copropietaris de la comunitat de béns, mitjançant la constitució d'una UTE, d'acord amb l'art. 24. En definitiva, l'empresa, una i única en aquesta ficció jurídica, podria actuar en l'àmbit privat i en determinats àmbits administratius (fiscal, laboral, etc.) sota la forma de comunitat de béns, però per a la contractació pública només podria fer-ho en forma d'UTE”*

També la Junta Consultiva de la comunitat autònoma de Madrid, en l'informe 20/1997, digué:

*“2.4.- Les comunitats de béns manquen de personalitat jurídica. Aquest criteri, que és generalment admès per la doctrina i la jurisprudència, recolza, sense perjudici de la seva regulació en els articles 392 a 405 del Codi Civil, en l'article 1669 d'aquesta norma legal, que precisament declara aplicable el règim de les comunitats de béns a les societats civils sense personalitat jurídica, i en l'article 33 de la Llei general tributària, que, com a complement de la regulació dels subjectes passius, estableix que tenen aquesta consideració (la de subjectes passius) en les lleis tributaries que així s'estableixi, (...) les comunitats de béns (...), que manquen de personalitat jurídica (...).*

*De la mateixa manera que s'ha dit per als equips professionals i per als estudis, les comunitats de béns, perquè no tenen atribuïda personalitat jurídica pròpia, manquen de la capacitat d'obrar necessària per contractar amb les administracions públiques”.*

I la Junta Consultiva de l'Estat, en diversos informes, ha dit :

*“Finalment, quant a la possibilitat de concurrència de les comunitats de béns a l’adjudicació de contractes, ha d’advertir-se que l’article 15 de la LCAP exigeix que les empreses que disposin de personalitat jurídica i capacitat d’obrar. L’article 35.2 del Codi Civil reconeix la personalitat jurídica a les associacions d’interès particular, siguin civils, mercantils o industrials, a les que la llei concedeix personalitat pròpia, independent de la de cadascun dels associats. Les Comunitats de béns, regulades en els articles 392 a 406, no reben l’atribució de personalitat jurídica, mantenint els participes la seva personalitat jurídica pròpia a l’àmbit de la comunitat, per lo qual s’ha de concloure que las mateixes no poden concórrer como a tals a l’adjudicació de contractes amb les administracions públiques.” (Informe 29/97).*

*“Allò que sí conté el propi article 15 de la Llei de contractes de les administracions públiques és el principi general de que poden contractar amb l’Administració les persones naturals i jurídiques, amb la qual cosa estableix expressament, el requisit de la personalitat o capacitat jurídica i permeti afirmar que els empresaris, per tant també els professionals, poden contractar amb l’Administració quan siguin persones naturals o físiques i quan siguin persones jurídiques i compleixin els requisits en cada cas establerts per adquirir personalitat (societats mercantils, societats civils, associacions i fundacions) i que, pel contrari, la falta de personalitat impedeix celebrar contractes amb l’Administració a altres figures jurídiques com la constituïda per la comunitat de béns”. (Informe 56/97).*

*“...cal tornar a insistir que, a efectes de contractes amb les administracions públiques, conforme als articles 15 i 24 de la Llei de contractes de les administracions públiques, hi ha només tres possibilitades o alternatives, que són les següents:*

- 1. Que el contracte es faci amb una persona física.*
- 2. Que el contracte es faci amb una persona jurídica.*
- 3. Que el contracte es faci amb unions temporals d’empresaris sense personalitat, constituïdes indistintament per persones físiques o jurídiques i que reuneixin els requisits que deriven dels articles 24 i 32 de la Llei de contractes de les administracions públiques i de l’article 27 del Reglament general de contractació de l’Estat.*

*En conseqüència, pot afirmar-se que no existeix en cap cas la possibilitat que varies persones puguin obligar-se solidàriament en front a l’Administració per al compliment de les obligacions derivades d’un contracte sense que s’hagin constituït una unió temporal d’empresaris que ha de formalitzar-se amb posterioritat a l’adjudicació.” (Informe 32/98).*

*“2. La vigent legislació de contractes de les administracions públiques, pel que fa als requisits que han de reunir els que pretenen contractar amb l’Administració, no regula d’una manera expressa el de personalitat, sinó que se centra en el de la capacitat d’obrar, per entendre que el segon engloba necessàriament el primer; així, l’única declaració que trobem al respecte és la de l’article 15 de la Llei de contractes de les administracions públiques que estableix que poden contractar amb l’Administració “les persones naturals o jurídiques”, de la qual cosa fàcilment es dedueix que la dada de la personalitat és un pressupost bàsic per a la contractació, i no podran accedir-hi aquells que no tinguin aquest requisit (per exemple, les comunitats de béns), amb l’única excepció de que un precepte legal exceptuï expressament de tal requisit como succeeix en la Llei de contractes de les administracions públiques l’article 24 del qual admet la contractació amb unions temporals d’empresaris, tot i que encara que*

*aquestes unions manquen de personalitat distinta dels empresaris que la integren.” (Informe 4/99).*

Les transcripcions que precedeixen exoneren d’haver que reiterar en aquest informe les argumentacions jurídiques que justifiquen la conclusió posterior.

**SEGONA.** No es pot admetre la tesis apuntada a l’escrit de consulta que argumenta que en estar en presència de contractes administratius especials, la seva font particular de regulació –el contracte mateix- podria permetre la contractació amb les comunitats de béns, atès que això és indisponible per les parts contractants no només perquè l’article 8 de la LCAP determina que també els contractes especials s’han d’adjudicar de conformitat amb el que es disposa en el Llibre I de la Llei, on que s’ubiquen els arts. 15 i el 24, sinó perquè la personalitat i capacitat jurídica son pressupostos bàsics exigits per el Codi Civil per poder contractar.

Tampoc és admissible que la quantia del contracte o la escassa complexitat d’aquest punt puguin eximir del requisit de la personalitat i capacitat d’obrar, ja que tots els contractes, fins i tot els menors, precisen d’aquestes exigències.

Quant a la possibilitat de que els contractistes *“actüen formalment davant l’Administració como una comunitat de béns, sempre que ho facin en determinades condicions”*, les quals s’indiquen a l’informe jurídic que s’acompanya a la sol·licitud, i que són: que cada comuner es faci responsable solidari, que s’acrediti individualment la capacitat i solvència, i que es designi un representant, tampoc es viable atès que això es contraposa frontalment a les normes que regeixen la comunitat de béns en el Codi Civil i, en definitiva, no es sinó la descripció de les circumstancies que delimiten la figura de la Unió Temporal d’Empreses (UTE) recollida en la legislació dels contractes de les administracions públiques, tret de l’aspecte formal d’atorgament d’escriptura pública.

**TERCERA.** Atenent les consideracions precedents la resposta a cadascun dels interrogants plantejats és la següent:

- 1) No existeix cap impediment legal per poder contractar conjuntament varies persones naturals amb les administracions públiques, si bé ho han de fer en les condicions i amb els requisits exigits per la LCAP, que no són altres que la constitució d’una UTE.

S’ha d’aclarir, en aquest punt, que tot i que l’article 24 de la LCAP utilitzi el terme *“empresaris”* per referir-se a les UTE, s’ha d’entendre que es refereix a l’expressió *“persona física o jurídica”* de l’art. 15, tal i com ho ha interpretat la Junta consultiva de l’Administració de l’Estat (informe 3/96), en considerar que: *“Cap dels preceptes ressenyats permet afirmar que la Llei de contractes de les administracions públiques restringeix les possibilitades de contractació a les empreses o empresaris, ja que apart de que no existeix en l’ordenament jurídic espanyol una definició d’allò que s’ha d’entendre per empresa o empresari, el cert és que la Llei utilitza indiferentment ambdós conceptes per*

*evitar la reiteració de l'expressió persona física o jurídica. Com a títol exemplificatiu poden citar-se els articles 16 al 19 (medis de justificar els empresaris la solvència) l'article 20, apartats h) e i) (prohibicions de contractar dels empresaris) i capítol II, títol II, llibre I ,en què es parla de classificació i registre d'empreses i empresaris indistintament.”. A això hi, afegeix l'informe 8/98 que: “...és evident que ni la LCAP ni el Reglament general de contractació de l'Estat autoritzen a restringir la figura de les unions d'empresaris a persones físiques o a persones jurídiques ni tampoc a determinats contractes, ja que l'art. 24 de la Llei està enquadrat en les disposicions que se consideren aplicables a tots els contractes...”.*

- 2) Les condicions estan recollides essencialment a l'art. 24 de la LCAP i a l'art. 24 del Reglament general de la LCAP, aprovat per Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, que resumidament són les següents:
  - la condició d'empresari, titular d'una empresa, les persones físiques o jurídiques que pretenguin constituir la UTE.
  - l'acreditació, cadascun dels seus components, de la capacitat i la solvència. Les característiques i, si n'és el cas, les classificacions exigides acreditades per cadascun dels integrants s'acumulen a efectes de la determinació de la solvència de la UTE
  - la Indicació dels noms i circumstàncies de les persones que la constitueixen.
  - la participació que cadascun té en la UTE.
  - el compromís de constituir-se formalment en escriptura pública como a UTE, si en resultes adjudicatària.
  - la responsabilitat solidària de tots els components de la UTE.
  - el nomenament d'un representant o apoderat únic de la UTE.(Aquestes dues últimes circumstàncies no tenen el caràcter de bàsiques i, per tant, podrien ser variades per les comunitats autònomes).
- 3) Hi ha un impediment legal perquè els contractistes puguin actuar formalment davant l'Administració com una comunitat de béns; ho impedeix l'art. 15 de la LCAP en la interpretació amplament exposada.

Per últim s'ha d'indicar que la legislació en matèria de contractes administratius preval sobre la resta de normes de dret administratiu, que son d'aplicació supletòria. Tant sols en el seu defecte, s'ha d'acudir a les normes de dret privat (art. 7 i disposició adicional setena de la LCAP).Aquesta Junta Consultiva entén que la LCAP no produeix cap tipus de discriminació ni limitació de la concurrència en la regulació pel fet de no preveure una altra forma de participar en les licitacions a varies persones de forma conjunta tret del supòsit de constitució d'una UTE, ja que s'admet qualsevol forma que adoptin les persones físiques per unir-se sempre que conformin una nova persona jurídica (societat, associacions, fundacions, etc.) Tant sols si aquesta unió no constitueix una nova persona jurídica (cas de les comunitats de béns) s'instrumenta a través d'unes regles que han de garantir l'interès públic de la bona execució del contracte mitjançant la fórmula de la UTE.

## **CONCLUSIÓ**

Por tot el que s'ha exposat la Junta Consultiva entén que:

1. Les comunitats de béns no poden contractar amb les administracions públiques, atès que manquen del requisit necessari de tenir personalitat jurídica.
2. La contractació amb més d'una persona física no és possible fora de la utilització de la figura de la UTE, o adquirint entre elles una personalitat jurídica nova i distinta de la que formen part, conforme es raona i contesta a les preguntes concretes realitzades en la consideració jurídica tercera de aquest informe.