

INFORME 1/2009, DE 3 DE MARZO, SOBRE LA CONTRATACIÓN CON LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR PARTE DE LAS AGRUPACIONES DE INTERÉS ECONÓMICO

1. Por parte de la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura se ha solicitado informe sobre la procedencia o no de estimar los recursos administrativos planteados por el “Grupo Extremeño de Autocares, A.I.E.” contra el acuerdo de la Mesa de Contratación sobre su exclusión del proceso de licitación, así como contra la adjudicación provisional del mismo. Todo ello en relación con la contratación, mediante procedimiento abierto, de la gestión del servicio público de transporte escolar para los cursos 2008/2009 a 2011/2012, expte. TRANS0803002.

Con carácter previo a las cuestiones sobre las que tiene que pronunciarse esta Junta, se pone de manifiesto que el artículo 3.2 del Decreto 6/2003, de 28 de enero, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y se regula el Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, permite a dicho órgano “informar sobre las cuestiones que, en materia de contratación le sean sometidas por las diferentes Consejerías de la Junta de Extremadura”. Pero ello no puede conllevar la sustitución de las competencias de las unidades consultivas propias, como son los Servicios Jurídicos de las respectivas Consejerías o la propia Dirección de los Servios Jurídicos de la Junta de Extremadura. Ello supondría vulnerar la distribución organizativa y competencial autonómica.

En definitiva, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa no puede sustituir las facultades de resolución, propuesta o informe atribuidas, en el ámbito de la contratación o de la tramitación de recursos administrativos, a órganos específicos y concretos, como sucedería si, en el presente caso, se entendiera que este órgano, por vía de informe, ha de informar sobre la estimación o no de los recursos administrativos interpuestos e incluso sobre la admisión o no del recurrente en el proceso concreto de licitación.

Dichas consideraciones conducen a la conclusión de que el informe de este órgano, sin entrar a examinar la documentación remitida en cuanto al recurrente, ha de limitarse a razonamientos generales sobre la posibilidad o no de que las agrupaciones de interés económico tengan la capacidad jurídica para contratar con el sector público, el análisis de su naturaleza auxiliar, la acreditación de su clasificación y su concurrencia junto con las sociedades que la integran en los procedimientos de licitación pública

2. Las Agrupaciones de Interés Económico son sociedades dotadas de personalidad jurídica, carácter mercantil y carentes de ánimo de lucro para sí mismas, que se rigen por la Ley 12/1991, de 29 de abril y, supletoriamente, por las normas de la

sociedad colectiva que resulten compatibles con su específica naturaleza. Su finalidad es facilitar el desarrollo o mejorar los resultados de la actividad económica de sus socios en el mercado español.

Respecto a la inexistencia de ánimo de lucro hay que indicar que ello no comporta que dicha figura empresarial no pueda generar beneficios, sino que los mismos deben considerarse como ganancias de los socios y repartidos entre ellos en la proporción prevista en su escritura de constitución o, en su defecto, por partes iguales.

Su objeto se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios. El término auxiliar debe interpretarse en sentido amplio, según establece la propia Ley en su Exposición de Motivos, siguiendo el criterio que esta figura ha tenido en la Europa Comunitaria y consistente en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquellos que no se oponga a dicho carácter auxiliar. Cabe, pues, la absoluta coincidencia de sus fines, pudiendo la Agrupación dedicarse a la misma actividad que sus miembros, pero sin sustituirlos y pudiendo asumir el desarrollo de una fase o aspecto de la actividad de sus miembros.

No obstante la Agrupación no podrá poseer directa o indirectamente participaciones en sociedades que sean miembros suyos, ni dirigir o controlar directa o indirectamente la actividad de sus socios o terceros.

Previamente, en el ámbito comunitario, se había creado la figura de la Agrupación Europea de Interés Económico, la cual se halla regulada en el Reglamento (CEE) 2137/85, del Consejo, de 25 de julio, que en diversos puntos remitía o habilitaba a la legislación de los Estados miembros para el desarrollo de sus propias previsiones. En España ello se produjo mediante la citada Ley 12/1991, de 29 de abril, que estableció el régimen jurídico sustantivo tanto de las Agrupaciones Europeas de Interés Económico, como de las Agrupaciones de Interés Económico. Aunque no coinciden de forma absoluta dichas figuras jurídicas la Ley procuró mantener el máximo paralelismo entre ellas y, por supuesto, la unidad de tratamiento de sus rasgos esenciales.

3. Una vez expuesta la naturaleza jurídica de las Agrupaciones de Interés Económico se hace necesario determinar si tienen la capacidad jurídica para contratar con el sector público, de conformidad con lo establecido en los artículos 43 y 46 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En este sentido, el Informe 7/92, de 27 de febrero de 1992, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, señala que “la Ley 12/1991, de 29 de abril, regula la nueva figura asociativa denominada Agrupación de Interés Económico, señalando en su artículo 1 que tendrá personalidad

jurídica y carácter mercantil; en su artículo 3, que el objeto de la Agrupación de Interés Económico se limitará exclusivamente a una actividad económica auxiliar de la que desarrollen sus socios y, en su artículo 7 que deberá inscribirse en el Registro Mercantil, de cuyos preceptos se deduce que la Agrupación de Interés Económico es una figura encajable en la categoría general o, al menos, con rasgos muy similares, a la de la sociedad mercantil, por lo que, desde el punto de vista de la clasificación deberá ser tratada como una sociedad dado el dato fundamental de su personalidad jurídica”

Dicho Informe es concluyente al señalar que “aunque resulte difícil admitir, por la limitación de su objeto, que una Agrupación de Interés Económico concorra como tal a una licitación pública, en el supuesto de que así fuese, el problema de la clasificación deberá ser resuelto con arreglo a los criterios generales de la vigente legislación de contratos del Estado”.

De todo ello deducimos que una Agrupación de Interés Económico podrá contratar con el sector público dado que tienen personalidad jurídica propia y carácter mercantil, cumpliendo con ello los requisitos que sobre capacidad de obrar establece el artículo 43 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En el ámbito de las Agrupaciones de Interés Económico Europeo, que, como se ha indicado, tienen una regulación paralela y similar a las de ámbito estrictamente nacional, se dictó la Comunicación de la Comisión 97/C 285, de 20 de septiembre de 1997, que establece lo siguiente: “En cuanto a la participación de las AEIE en licitaciones públicas, hay que señalar que las Directivas comunitarias en este ámbito no contienen disposición alguna que pudiera suponer un obstáculo a dicha participación. Al contrario, las Directivas de contratación pública prevén todas las posibilidades de que las agrupaciones participen en las licitaciones sin exigirles una forma jurídica específica.”

Además señala que “el carácter auxiliar de la actividad de las AEIE no debe obstar para su participación en licitaciones públicas. En este sentido el Tribunal de Justicia recordó recientemente que ‘podrán optar a la adjudicación de contratos públicos de obras, no solamente las personas físicas o jurídicas que ejecuten las obras, sino también una persona que las haga ejecutar a través de agencias o sucursales, que recurra a técnicos u órganos técnicos exteriores, o una agrupación de contratistas, cualquiera que sea su forma jurídica’. Por tanto una AEIE puede participar en una licitación pública y asumir su ejecución”.

Como aclaración cabe señalar que las Directivas comunitarias en materia de contratación pública vigentes en el momento de emitir la citada Comunicación (Directiva 92/50/CEE, Directiva 93/36/CEE y Directiva 93/37/CEE) fueron refundidas en la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de diciembre, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos

públicos de obras, de suministros y de servicios, la cual fue, entre otros extremos, precursora de la vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

En consecuencia, podemos concluir que su naturaleza jurídica no sería causa de exclusión en un expediente de contratación; no obstante, un rasgo fundamental de esta figura jurídica es su carácter auxiliar, como se ha expuesto, y ello nos obliga a efectuar un detenido análisis de su objeto social con el fin de determinar su adecuación al objeto del contrato y, con ello, cumplir las previsiones del artículo 46.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público. Ello conlleva una dificultad intrínseca derivada de las limitaciones del objeto social de la Agrupación de Interés Económico, pero no comporta necesariamente su automática exclusión del proceso de selección del contratista. En definitiva, habrá que efectuar el análisis individualizado de cada caso, según se ha indicado, para determinar o no su exclusión.

4. Otra cuestión relativa a las condiciones de aptitud para contratar con el sector público es la acreditación de la solvencia económica, financiera, técnica o profesional, de conformidad con lo previsto en los artículos 43.1 y 51 y concordantes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Teniendo en cuenta el citado Informe 7/92, de 27 de febrero de 1992, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda, el problema de la clasificación o del cumplimiento de los requisitos de solvencia deberá ser resuelto con arreglo a los criterios generales de la vigente legislación de contratos del Estado y, dado el principio de individualización de la clasificación, debe analizarse los elementos personales, materiales y de experiencia de las Agrupaciones de Interés Económico, todo ello con independencia de la clasificación o solvencia reconocida a los integrantes de la Agrupación.

A su vez, siguiendo el Informe 15/2006, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, se plantea la situación originada en el sentido de que “habría que buscar una solución a la posible incongruencia de que, para acreditar la solvencia de un licitador, se pudieran tener en cuenta recursos económico-financieros y medios materiales que, en realidad, estuvieran compartidos con otras entidades (los socios que integran la AIE) y que, por tanto, pudieran estar destinados, en todo o en parte, a otras actividades distintas a las del objeto del contrato a realizar, o, lo que es lo mismo, no estar a su entera disposición para la ejecución de dicho contrato”.

Esta segunda cuestión es resuelta por el artículo 56.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, respecto de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, al señalar que “a efectos de la valoración de su solvencia económica, financiera, técnica o profesional, se podrá tener en cuenta a

las sociedades pertenecientes al grupo, siempre y cuando la persona jurídica en cuestión acredite que tendrá efectivamente a su disposición, durante el plazo a que se refiere el artículo 59.2, los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución de los contratos”

El supuesto analizado de las AIE no es exactamente el de personas jurídicas pertenecientes a un grupo de sociedades, pero se considera que puede ser de plena aplicación para acreditar la solvencia siempre y cuando quede documentalmente acreditado que cuenta con la efectiva y plena disposición de aquellos medios materiales y de solvencia económica-financiera de sus socios que resulten necesarios para la ejecución del contrato de que se trate.

Por su parte, el Informe 45/02, de 28 de febrero de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda analiza esta cuestión a la luz de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, expresada fundamentalmente a través de las sentencias en los asuntos C-389/92 y C-5/97 de 14 de abril de 1994 y de 18 de diciembre de 1997, respectivamente (Ballaast Nedam Groep NV) y en la sentencia del asunto C-176/98, de 2 de diciembre de 1999 (Host Italia). En estas sentencias el Tribunal de Justicia determina los criterios de interpretación de las Directivas 92/50/CE y 93/36/CEE ya citadas, las cuales fueron refundidas en la Directiva 2004/18/CE.

Dicho Informe concluye que, en estos casos, la acreditación de la solvencia puede realizarse mediante la descripción de medios que no son de su propiedad sino que pertenecen a otras empresas distintas de ellas con las que mantienen vínculos directos o indirectos, siempre que prueben ante el órgano de contratación que disponen de manera efectiva de los mismos para ejecutar el contrato.

A mayor abundamiento esta interpretación se refuerza con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, al señalar que “Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”.

5. Sentados los principios anteriores, debemos analizar el supuesto en el que concurran a una misma licitación tanto una Agrupación de Interés Económico, como alguno o algunos de sus socios integrantes. En estos casos se observa que existe una coincidencia por parte de las sociedades mercantiles concurrentes en la consecución del objeto del contrato. Ello choca de forma clara con el carácter auxiliar que define la figura jurídica de la Agrupación de interés económico.

En efecto, el Preámbulo de la propia Ley 12/1991, de 29 de abril, establece que el contenido auxiliar, aún siendo amplio, consiste en la imposibilidad de sustituir la actividad de sus miembros, permitiendo cualquier actividad vinculada a la de aquellos que no se oponga a esta limitación.

A este respecto debemos traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 2004, dictada en el recurso 2397/2001, en la que se señala que no es la propia AIE la que ha de ser auxiliar, sino que es su objeto el que ha de serlo.

Por otra parte, habrá que tener en cuenta la prohibición contenida en el artículo 137 del Código de Comercio, aplicable supletoriamente en virtud de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 12/1991, de 29 de abril, en el sentido de que, salvo pacto en contrario, los socios de una compañía colectiva podrán hacer lícitamente por su cuenta toda operación mercantil, siempre y cuando no pertenezca a los negocios a que se dedique la compañía de que fueren socios.

En definitiva, aunque las AIE pueden contratar con el sector público debemos tener en cuenta que dicha posibilidad decaería cuando concurren simultáneamente junto con los socios integrantes en el mismo procedimiento de contratación, dado que en ese caso desaparecería su carácter auxiliar y no se reunirían los requisitos de capacidad de obrar establecidos en el artículo 46.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con el concreto objeto del contrato.

Todo ello, sin perjuicio de la salvaguarda del principio de la libre competencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en relación con su Disposición Adicional Vigésimo Séptima.

6. De cara a una mayor seguridad jurídica se recomienda que en los Pliegos de Cláusulas Administrativa Particulares se contemple de forma expresa los criterios que resulten de aplicación respecto a la participación de las AIE en los procedimientos de licitación pública.

Por lo expuesto, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, y para el ámbito de la Comunidad Autónoma de Extremadura, emite las siguientes

CONCLUSIONES

1º. Las Agrupaciones de Interés Económico podrán contratar con el sector público dado que tienen personalidad jurídica propia y carácter mercantil, siempre y



cuando cumplan con el resto de las previsiones del ordenamiento jurídico y su objeto social coincida con el del contrato administrativo que se pretende adjudicar.

2°. A pesar de las limitaciones que se derivan de su carácter auxiliar, ello no debe suponer necesariamente su automática exclusión del proceso de selección del contratista. Habrá que efectuar el análisis individualizado de cada caso, según se ha indicado, para determinar o no su exclusión.

3°. La acreditación de su solvencia se podrá efectuar haciendo valer los medios económico-financieros y técnicos de sus socios, siempre y cuando acredite que tendrá efectivamente a su disposición los medios de dichas sociedades necesarios para la ejecución del contrato durante el plazo previsto legalmente.

4°. Aunque pueden contratar con el sector público, como se ha indicado, hay que tener en cuenta que dicha posibilidad decaería cuando concurren simultáneamente junto con los socios integrantes en el mismo procedimiento de contratación.