

Informe 10/2017, de 28 de noviembre de 2017, sobre la aplicación de la normativa de contratos del sector público a los contratos suscritos por las Comunidades de Propietarios en los que participen entes del sector público.

I – ANTECEDENTES

El Director General de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“La Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, se configura como una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1 b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía y tiene la consideración, a los efectos del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), de poder adjudicador, Administración Pública, conforme a la calificación que le confirió la propia Comisión Consultiva de Contratación Pública en su Instrucción 3/2008, de 21 de abril, sobre la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las entidades de derecho público del artículo 6.1. b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.

En ejercicio de las funciones que le son propias, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía es participe en comunidades de propietarios donde, en muchas ocasiones, ostenta un porcentaje de participación mayoritario. Así, existen comunidades de propietarios donde la participación del ente alcanza el 90%, existiendo, por otro lado participación mayoritaria de otros entes del sector público que son caracterizados como poderes adjudicadores, así como de personas jurídicas de naturaleza privada o, incluso, de personas naturales.

En estas situaciones, donde la comunidad de propietarios está configurada y se rige por sus estatutos y por lo dispuesto en la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, y partiendo de la configuración de la comunidad de propietarios como una entidad sin personalidad jurídica se entendía que, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3 del TRLCSP, esta no se encontraba sujeta a lo de allí dispuesto.

No obstante lo expuesto, las comunidades de propietarios en las que participa la entidad, en ejercicio de las competencias que le son propias y que se concretan en la gestión de las zonas comunes, celebran contratos con entidades privadas prestatarias de los servicios, suministros u obras afectos a la correcta gestión de las referidas zonas comunes.

Así, es palmario que la participación mayoritaria de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía en las comunidades, la convierte en sujeto determinante de las decisiones a adoptar en el seno de la misma, todo ello con independencia de que la referida comunidad, por no ostentar personalidad jurídica, se encuentre fuera del ámbito contenido en el artículo 3 del TRLCSP.

Conforme a lo expuesto, se realizan las siguientes cuestiones:



1. En primer lugar, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía se cuestiona si, tal y como ha venido entendiendo hasta la fecha, efectivamente las comunidades de propietarios en las que participa mayoritariamente algún ente del sector público, se encuentran excluidas del ámbito subjetivo de aplicación del TRLCSP, por carecer las mismas de personalidad jurídica.

2. El artículo 109.5 del TRLCSP proclama que “si la financiación del contrato ha de realizarse con aportaciones de distinta procedencia, aunque se trate de órganos de una misma Administración pública, se tramitará un sólo expediente por el órgano de contratación al que corresponda la adjudicación del contrato, debiendo acreditarse en aquél la plena disponibilidad de todas las aportaciones y determinarse el orden de su abono, con inclusión de una garantía para su efectividad”.

Por lo tanto, partiendo de la falta de sujeción de las comunidades de propietarios al régimen jurídico contenido en el TRLCSP, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía se plantea si los contratos a celebrar por las comunidades en las que exista participación mayoritaria de un ente del sector público deben sujetarse al régimen contenido en el TRLCSP en función de la condición que dicho ente ostente de conformidad con el referido artículo 3.

En el supuesto de que la participación mayoritaria la ostentase la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía y el resto de participación correspondiese a otros entes del sector público, ¿se podrían calificar los contratos a suscribir como contratos del sector público y aplicar el artículo 109.5 del TRLCSP por considerar que nos encontramos ante contratos con aportaciones de distinta naturaleza?

Si la participación del ente o entes del sector público es minoritaria, ¿se excluyen los contratos celebrados por la comunidad de propietarios del régimen jurídico contenido en el TRLCSP?

3. Por otro lado, cuando en la comunidad de propietarios exista participación minoritaria de entidades no comprendidas en el artículo 3 del TRLCSP, ¿qué calificación merecerían los contratos suscritos por la comunidad de propietarios?. ¿Resultaría de aplicación a los citados contratos el régimen que le corresponde a la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía conforme al TRLCSP por entender que al ostentar la participación mayoritaria es decisiva en la toma de decisiones y, por tanto, se calificarían los contratos como contratos del sector público?.

Si así fuera, ¿resultaría aplicable lo dispuesto en el artículo 109.5 antes transcrito a los referidos contratos?. En tal caso, ¿cómo se entendería acreditada la plena disponibilidad de todas las aportaciones y la garantía para su efectividad?.

4. Si la Comisión Consultiva de Contratación Pública entiende que los contratos a suscribir por la comunidad de propietarios han de regirse por el régimen contenido en el TRLCSP para las Administraciones Públicas, por la participación mayoritaria de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía en las mismas, ¿qué régimen jurídico resultaría de aplicación a los contratos celebrados si durante la ejecución del contrato la Agencia pierde su condición de partícipe mayoritario?.”



II – INFORME

Previamente al examen de las cuestiones resulta necesario indicar que, de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los Estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía modificado por el Decreto 122/2014, de 26 de agosto, la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (IDEA) es una Agencia Pública Empresarial de las previstas en el artículo 68.1.b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de la Administración de la Junta de Andalucía (en adelante LAJA). A efectos contractuales tiene la consideración de Administración Pública, de conformidad con el artículo 62.1 de la LAJA que dispone que *“el régimen de contratación de las agencias, salvo las agencias públicas empresariales previstas en el artículo 68.1.a) de esta Ley, será el establecido para las Administraciones Públicas en la legislación de contratos del sector público”*.

Pues bien, la cuestiones que se plantean en la consulta están relacionadas con la participación de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (en adelante IDEA) en ejercicio de las competencias que le son propias, en comunidades de propietarios que celebran contratos con entidades privadas prestatarias de los servicios, suministros u otros afectos a la correcta gestión de las zonas comunes.

El Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (modificado por el Decreto 122/2014 de 26 de agosto) establece en su artículo 4 que *“constituye el objeto de la Agencia la promoción y desarrollo de la actividad económica en Andalucía, mediante la realización de las acciones y la utilización de los instrumentos que se enumeran, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del presente artículo*. Entre otras acciones, el artículo 3 prevé en su apartado i) *promover la creación de parques tecnológicos, industriales y empresariales y Centros de Innovación Tecnológica y gestionarlos, o en su caso, participar en la gestión de los mismos, directamente o a través de sus empresas participadas, sin perjuicio de las que competen a otras entidades, públicas o privadas* y en su apartado j) *cualquier otra actividad, relacionada con el epígrafe i), incluso la construcción, arrendamiento y enajenación de edificaciones, para la consecución de sus propios fines* “.

Como primera cuestión, IDEA plantea si tal y como ha venido entendiéndose hasta la fecha, las comunidades de propietarios en las que participa mayoritariamente algún ente del sector público, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación 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), por carecer las mismas de personalidad jurídica. Resulta por ello preciso determinar si las comunidades de propietarios poseen o no personalidad jurídica.

La ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal (en adelante LPH) no reconoce a la comunidad de propietarios personalidad jurídica. La LPH en su artículo 13 establece que son órganos de gobierno de la comunidad a) *la junta de propietarios* b) *el presidente y, en su caso, los vicepresidentes* c) *el secretario* y d) *el administrador* y establece que *el presidente ostentará la representación de la comunidad, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten*. Por tanto, quien ostenta la representación de la comunidad es su Presidente.



El Tribunal Supremo en la sentencia de 28 de julio de 1999 (STS5464/1999) pone de manifiesto en relación a la personalidad jurídica de la comunidad de propietarios *“son cuestiones de derecho básicas para resolver el presente litigio, la de derecho material relativa a la naturaleza jurídica de la comunidad de propietarios y la de derecho procesal relativa al concepto de litisconsorcio pasivo necesario. La comunidad de propietarios del edificio completo está constituida en régimen de propiedad horizontal y regulada por la ley 49/1960, de 21 de julio, hoy modificada por Ley 8/1999, de 6 de abril; carece de personalidad jurídica (así lo destacan las sentencias de 24 de diciembre de 1986, 9 de febrero de 1991, 15 de julio de 1992) y puede demandar y ser demandada por su presidente, que tiene la representación orgánica de la misma (sentencia de 9 de marzo de 1988), lo cual es práctica forense común e indiscutida”*.

Asimismo, la A.P. de Madrid ha negado la consideración de personalidad jurídica a las Comunidades de Propietarios. Así en la sentencia 262/2008, de 10 de junio (SAPM9537/2008) indica que *“ninguna Comunidad de Propietarios tiene personalidad jurídica propia ni independiente, y es por ello que está representada en juicio y fuera de él por quién en cada momento es Presidente. Y es por ello que no puede considerarse que pese a identificarse al Presidente, no por ello se estaba demandando a la persona física más allá de por ser Presidente, es decir, a quien se estaba demandando era a la Comunidad en la persona de su Presidente”*.

Y en la sentencia 327/2008, de 17 de junio (SAPM 9738/2008) ponía de manifiesto que no era posible que una comunidad de propietarios pudiera adquirir por usucapión en el sentido de que *“las comunidades de propietarios carecen de personalidad jurídica, por lo que no podrían adquirir por usucapión. Destacándose en este sentido, que la capacidad para afectar o desafectar bienes comunitarios, lo es como manifestación de la voluntad común de todos y cada uno de los diversos copropietarios, no como acto de persona jurídica, que no lo es. Debe del mismo modo acentuarse, que la jurisprudencia ha venido estableciendo que las Comunidades de propietarios no son tampoco asociaciones reconocidas por la ley, ni pueden tener la condición de asociaciones ni civiles ni mercantiles. Siendo esta cuestión además, especialmente contemplada por la LPH, en cuanto que establece que será el Presidente quien represente al conjunto de propietarios para ejercitar los derechos o cumplir las obligaciones comunes, no porque con ello exista una persona jurídica, porque no se atribuyen derechos a un organismo superior”*.

Una vez determinada la ausencia de personalidad jurídica en las Comunidades de Propietarios cabe preguntarse si por ese motivo se encuentran excluidas del ámbito subjetivo de aplicación del TRLCSP, tal y como se cuestiona IDEA.

La Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, se configura como una agencia pública empresarial de las previstas en el artículo 68.1 b) de la Ley 9/2007, de 22 de octubre, de Administración de la Junta de Andalucía y tiene la consideración, a los efectos del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, de Administración Pública, conforme a la calificación que le confirió la propia Comisión Consultiva de Contratación Pública en su Instrucción 3/2008, de 21 de abril, sobre la aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público a las entidades de derecho público del artículo 6.1. b) de la Ley General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía.



En ese sentido, resulta evidente que en materia de contratos les será de aplicación el régimen jurídico establecido para las Administraciones Públicas; ahora bien, en la solicitud de informe que realiza IDEA centra su consulta en la actividad que realiza la misma, en el ejercicio de sus competencias, cuando *es participe de comunidades de propietarios donde, en muchas ocasiones, ostenta un porcentaje de participación mayoritario. Así existen comunidades de propietarios donde la participación del ente alcanza casi el 90%, existiendo, por otro lado participación minoritaria de otros entes del sector público que son caracterizados como poderes adjudicadores, así como de personas jurídicas de naturaleza privada o, incluso, de personas naturales*, y se cuestiona si los contratos que dichas comunidades de propietarios, en las que participa en ejercicio de las competencias que le son propias, celebran con entidades privadas prestatarias de los servicios, suministros u otros afectos a la correcta gestión de las zonas comunes deben sujetarse al régimen contenido en el TRLCSP.

Se hace preciso por tanto determinar si efectivamente las comunidades de propietarios en las que participa algún ente del sector público, se encuentran excluidas o no del ámbito subjetivo de aplicación del TRLCSP.

El artículo 3.3.del TRLCSP dispone que, se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, los siguientes entes, organismos y entidades:

a) Las Administraciones Públicas.

b) Todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de los expresados en la letra a) que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3 financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

c) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

No siendo Administración Pública, careciendo las Comunidades de Propietarios de personalidad jurídica, y no pudiendo calificarlas de asociaciones tal y como señala la propia A.P. de Madrid en la sentencia 327/2008, de 17 de junio (SAPM 9738/2008) no cabe más que considerar que se encuentran excluidas del ámbito de aplicación del TRLCSP.

Partiendo de esta premisa, el resto de cuestiones que plantea IDEA en su solicitud de informe a esta Comisión, no cabe más que abordarlas desde el punto de vista de la no sujeción de las Comunidades de Propietarios al régimen contenido en el TRLCSP en aquellos contratos que deban celebrar, siendo indiferente que un ente del sector público se vea obligado en ejercicio de sus competencias a formar parte de las mismas, ya sea ostentando una posición mayoritaria o no, concurra en las mismas con otro u otros entes del sector público o concurra con otros entes no comprendidos en el ámbito del artículo 3 del TRLCSP.

Los contratos que celebren las comunidades de propietarios estarán sometidos a las reglas generales de Derecho privado y cuantas cuestiones y controversias se susciten en relación a los



mismos serán resueltos por los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción civil, no siéndoles de aplicación el TRLCSP.

III – CONCLUSIONES

1. Los contratos que celebren las Comunidades de Propietarios a través de su representante y conforme a las previsiones contenidas en la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal estarán sometidos a las reglas generales del derecho privado y se encuentran por tanto fuera del ámbito de aplicación del TRLCSP por no formar parte dichas comunidades del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 3 del TRLCSP.

2. La circunstancia de que la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, en ejercicio de las competencias que le son propias, recogidas en el Decreto 26/2007, de 6 de febrero, por el que se aprueban los estatutos de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía (modificado por el Decreto 122/2014 de 26 de agosto) forme parte de diferentes comunidades de propietarios no altera el régimen aplicable a los contratos que éstas puedan celebrar para la gestión de las zonas comunes.

Es todo cuanto se ha de informar.

