



INFORME 19/2023, DE 12 DE DICIEMBRE, SOBRE LA CAPACIDAD PARA LICITAR DE LOS GRUPOS COOPERATIVOS

I.- ANTECEDENTES

El Presidente de la Federación de Empresas Cooperativas de Trabajo -FAECTA- solicita informe a esta Comisión consultiva en los siguientes términos:

“Las Uniones Temporales de Empresas (UTEs), reguladas por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre Régimen Fiscal de Agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y Sociedades de Desarrollo Industrial Regional cuentan, entre sus principales líneas identitarias, el NO poseer personalidad jurídica propia, -afirmada por la STS de 16 de noviembre de 1992- de lo que se incide que de las potenciales deudas que se generen en el seno la UTE responderán, subsidiaria y de manera solidaria e ilimitada entre ellas, las entidades que la conforman. Dicho de otro modo, los virtuales acreedores de la UTE que concurren deberán dirigirse contra los posibles saldos y bienes existentes a nombre de la misma y de no resultar el crédito suficientemente satisfecho, tales acreedores podrán ejercitar sus acciones contra cualquier empresa asociada, a la que podrán exigir el pago de la totalidad de la deuda en virtud del régimen solidario existente.

Si bien la Ley 18/1982, de 26 de mayo, no circunscribe el ámbito de actuación de las UTEs a la contratación pública, lo cierto es que las uniones temporales de empresas suponen en la práctica un mecanismo muy utilizado para la licitación conjunta de varias empresas, una herramienta jurídica que vehiculiza la contratación y ejecución de obras, servicios y suministros. Y es que las UTEs aparecen expresamente reconocidas en la normativa reguladora de la contratación pública como es, por ejemplo, el artículo 69 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. De esta guisa, las UTEs suponen una manera típica y consagrada de colaboración entre empresas, en la que sin necesidad de constituir un nuevo ente, los miembros que la integran pueden sumar sus capacidades y actuar como un único sujeto. Empero, de cara a la contratación pública constituye requisito “sine quanum” que las empresas que integran la UTE cumplan, satisfactoriamente, determinados requisitos de solvencia económico-financiera o técnico-empresarial. De igual modo, la vigencia de la UTE puede extenderse hasta veinticinco años, incluso, tratándose de una ejecución de obras y servicios públicos, la duración se puede extender hasta los cincuenta años.

Una vez expuesto todo lo anterior, cabe señalar que la Ley 14/2011, de 23 de diciembre de Sociedades Cooperativas Andaluzas, prevé en su artículo 109 y en el 107 de su Reglamento de desarrollo, una figura de integración y cooperación empresarial semejante a la agrupación y unión temporal de empresas, como es el Grupo Cooperativo, ya sea tipológicamente propio o impropio. El grupo obedece a objetivos tendentes a canalizar una alianza empresarial, para compartir inversiones, proyectos, cadenas de producción y comercialización; en definitiva, para acceder a una economía de escala y alcanzar una mayor capacidad competitiva y productiva desde la colaboración e intercooperación empresarial y en todo caso, bajo los estándares orientadores del cooperativismo fijados en el artículo 4 de la citada norma en forma de principios y valores cooperativos. No obstante, el Grupo carecerá de personalidad jurídica, igual que ocurre con la figura de la UTE.

Tomando como punto de partida el mandato establecido en el artículo 129.2 de la CE por el que los poderes públicos promoverán eficazmente las diversas formas de participación en la empresa y fomentarán mediante una legislación adecuada, las sociedades cooperativas, así como el 58.1.4º de nuestro Estatuto de Autonomía que atribuye competencias exclusivas a la Comunidad Autónoma de regulación y fomento del cooperativismo y el 172.2 que consagra la atención preferente, en las políticas públicas, a las cooperativas y demás entidades de economía social, interesamos los siguientes extremos:

1. ¿Podría un Grupo Cooperativo participar, directamente, en licitaciones públicas en términos semejantes al de una Unión Temporal de Empresas, sumando sus capacidades y actuando como un único sujeto?





2. ¿Sería necesario, en dicho supuesto, que el documento constitutivo del Grupo, previese y regulase aquellos requisitos de solvencia económico-financiera o técnico empresarial requeridos a una UTE, así como cualquier otro (régimen de responsabilidad, etc)?

3. De ser necesario, ¿podría un Grupo Cooperativo acceder a ostentar la catalogación de UTE, es decir, revestir la naturaleza de Grupo/UTE?

4. En el supuesto de que el grupo estuviese integrado, únicamente, por sociedades cooperativas andaluzas permanecería vigente la medida especial de promoción cooperativa preceptuada en el artículo 116.6 de la Ley de Sociedades Cooperativas Andaluzas, cuyo tenor literal reza: “las sociedades cooperativas que participen en los procedimientos de contratación o contraten con las administraciones públicas andaluzas, en el supuesto de exigirse la constitución de garantías, solo tenderán que aportar el 25% de su importe”? Se trataría de aplicar, analógicamente, lo dispuesto en la Ley 20/1990, de 19 de diciembre, sobre el Régimen Fiscal de Cooperativas de cara a las cooperativas de segundo o ulterior grado, en cuanto a que “las cooperativas de segundo o ulterior grado que asocien, exclusivamente, a cooperativas especialmente protegidas, disfrutarán de los beneficios fiscales previstos para éstas”.

II.- INFORME

Previamente al examen de fondo de las cuestiones suscitadas conviene tener presente que en relación con el contenido de los informes, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), a la Comisión Consultiva de Contratación Pública no le corresponde informar expedientes en concreto, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo.

Por tanto, los informes que se soliciten habrán de recaer sobre cuestiones que se susciten en relación con la interpretación general de las normas en materia de contratación pública, como sucede el presente informe.

1.- El Presidente de la Federación de Empresas Cooperativas de Trabajo -FAECTA- plantea la cuestión de si sería admisible la participación en licitaciones públicas de grupos de cooperativos constituidos al amparo de lo dispuesto en la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas, de manera análoga a las uniones temporales de empresas (en adelante UTEs), cuestionando, en consecuencia, si los citados grupos cooperativos ostenta capacidad de obrar para licitar.

La capacidad es la aptitud legal para ser sujeto de derechos y/o obligaciones y, en consecuencia la facultad de realizar actos válidos y eficaces en derecho. Desde un punto de vista doctrinal se distingue entre capacidad jurídica, que es la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones, y que la ostenta toda persona por el mero hecho de existir, y la capacidad de obrar que implica el poder realizar con validez y eficacia un acto concreto o negocio jurídico.

El régimen jurídico de la capacidad no se aborda directamente por la normativa de contratos del sector público, si bien la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), en la Subsección 1ª del Capítulo II del Título II del Libro I, determina las normas generales y especiales sobre capacidad para contratar con el sector público.

El artículo 65 de la LCSP dispone que solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas.

Se exige, también, en el segundo apartado del precepto, que las personas contratistas cuenten con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato.



Además, y por imperativo del artículo 66 de la LCSP, 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 39 de la LCSP, con la nulidad de pleno derecho del contrato.

Por tanto, se establece un requisito *sine qua non* para que una persona natural o jurídica pueda ser adjudicataria de un contrato público, que es tener capacidad de obrar.

Para determinar quien tiene capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas, debe acudir a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“A los efectos previstos en esta Ley, tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten capacidad de obrar con arreglo a las normas civiles.

b) Los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

c) Cuando la Ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos”.

En este sentido, la LCSP en su artículo 69 declara expresamente que podrán contratar con el sector público las uniones de empresarios que se constituyan temporalmente al efecto, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.

Una UTE, por su propia naturaleza, es un sistema voluntario de colaboración entre empresarios por tiempo cierto, determinado o indeterminado, para el desarrollo o ejecución de una obra, servicio o suministro y que no tiene personalidad jurídica propia (ex artículo séptimo de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial regional.) Sus principales notas distintivas son:

- 1) No tiene personalidad jurídica.
- 2) Genera un régimen de responsabilidad solidaria que asumen todos y cada uno de los empresarios integrantes de la misma.
- 3) Su constitución tiene carácter temporal.
- 4) Debe formalizarse mediante escritura pública ante Notario en caso de resultar adjudicataria del contrato.

Sin embargo, a pesar de no poseer personalidad jurídica propia, la LCSP ha exceptuado de este requisito a las UTEs, declarando expresamente que pueden contratar con el sector público. Pero esta excepción, insistimos, sólo se ha previsto para las UTEs, por lo que no cabe inferir que otras uniones y entidades sin personalidad jurídica puedan, por analogía, ser adjudicatarias de contratos del sector público.

2.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 78 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, los grupos cooperativos son un *“conjunto formado por varias sociedades cooperativas, cualquiera que sea su clase, y la entidad cabeza de grupo que ejercita facultades o emite instrucciones de obligado cumplimiento para las cooperativas agrupadas, de forma que se produce una unidad de decisión en el ámbito de dichas facultades”.*



Por su parte la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (en adelante LSCA), contempla que las sociedades cooperativas podrán asociarse entre sí y con otras entidades, formando un grupo cooperativo que deberá ajustar su funcionamiento a los principios de libre adhesión y baja voluntaria, estructura, gestión y control democráticos, igualdad de derechos y obligaciones de las personas socias, autonomía e independencia, cooperación empresarial e intercooperación, entre otros. Se dividen entre grupo propio donde existe una sociedad dominante e impropio donde prima el principio de igualdad.

Por lo tanto podría afirmarse que los Grupos Cooperativos vienen a ser una asociación entre sociedades cooperativas y, en su caso, otro tipo de entes, que actúan en común sin llegar a vincularse en una entidad con personalidad jurídica independiente.

Las similitudes con las UTES son apreciables, pues en ambos casos hay una asociación entre diferentes operadores económicos que actúan en común sin que se cree una nuevo ente con personalidad jurídica, pero al mismo tiempo se pueden apreciar los siguientes caracteres diferentes:

- a) Por indicación expresa del artículo 8.b) de la Ley 18/1982, de 26 de mayo, las UTES tienen como objeto desarrollar o ejecutar exclusivamente una obra, servicio o suministro concreto. Por ello se “constituyen al efecto” como se expresamente contempla el artículo 69 de la LCSP.

Por contra, los Grupos Cooperativos no tienen señalada limitación alguna al respecto, ni en cuanto al objeto ni en cuanto al tiempo. De hecho, el artículo 78.4 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, recoge como elemento necesario a incluir en los estatutos de la entidad cabeza de grupo o documento contractual que se suscriba al efecto, la duración del mismo para el caso de que sea limitada. A sensu contrario el mismo puede tener duración ilimitada.

- b) La LSCA alude en su artículo 109 a que los grupos cooperativos se rigen en todo caso en su funcionamiento por los principios del artículo 4 de la misma norma, entre los que se incluye el de “baja voluntaria”. Dicha facultad, aunque sometida a condicionantes formales y temporales, merma hipotéticamente de garantías la correcta ejecución de un contrato, dejando el mismo al albur de desvinculaciones.

A la vista de las principales diferencias indicadas, sin ánimo de exhaustividad, podemos concluir que no es viable realizar una interpretación analógica de los grupos cooperativos con las UTES.

La LCSP solo ha contemplado expresamente una única excepción al requisito de contar con capacidad de obrar (y por ende, de personalidad jurídica) y esta se concreta en una figura jurídica determinada, las UTES.

En este sentido se pronuncia el informe 4/99, de 17 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en su consideración jurídica segunda:

“La vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto a los requisitos que han de reunir los que pretenden contratar con la Administración, no regula de una manera expresa el de personalidad, sino que se centra en el de la capacidad de obrar, por entender que el segundo engloba necesariamente al primero y así la única declaración que encontramos al respecto es la del artículo 15 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece que podrán contratar con la Administración “las personas naturales o jurídicas”, de donde fácilmente se deduce que el dato de la personalidad es presupuesto básico para la contratación, no pudiendo acceder a la misma quienes carezcan de este requisito (por ejemplo, comunidades de bienes), con la única excepción de que un precepto legal exceptúe expresamente de tal requisito como sucede en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas cuyo artículo 24 admite la contratación con uniones temporales de empresarios, aunque estas uniones carecen de personalidad distinta de los empresarios que la integran.”



En consecuencia, un grupo cooperativo no puede participar directamente en licitaciones públicas en términos semejantes al de una UTE.

Una vez contestado negativamente a la primera cuestión, se entiende que decaen la mayoría de las cuestiones planteadas por la Asociación, pues no dejan de estar subordinadas a una respuesta afirmativa a la principal.

3.- Con respecto a la posibilidad de que las sociedades cooperativas se constituyan en UTE, nada obsta para ello, pudiendo coincidir los integrantes de la unión con los miembros del grupo cooperativo. Esta posibilidad viene contemplada expresamente en el artículo 110.1 de la LSCA, según la cual, *“las sociedades cooperativas de cualquier clase o tipo podrán constituir sociedades, asociaciones, agrupaciones, consorcios y uniones de empresas, de cualquier modalidad, entre sí o con otras personas de las descritas en el artículo 13.1...”*.

Recuérdese que en dicho caso deberán presentar una declaración de compromiso de constitución en unión temporal indicando los nombres y circunstancias de las que la suscriben, el porcentaje de participación de cada una de ellas, así como que asumen el compromiso de constituirse formalmente en unión temporal en caso de resultar adjudicatarias del contrato y designando a la persona o personas que durante la vigencia del contrato han de ostentar la plena representación de todas ante la Administración.

A efectos de la licitación, cada una de las cooperativas que la componen deberán acreditar su personalidad, capacidad y solvencia, pudiendo recurrir a las capacidades de entidades ajenas a la unión temporal, presentando todas y cada una de ellas, un formulario normalizado del DEUC, en su caso.

Cada cooperativa licitadora no podrá presentar más de una proposición, ni suscribir ninguna propuesta en unión temporal con otras si lo ha hecho individualmente o figurar en más de una unión temporal. La infracción de estas normas dará lugar a la no admisión en el procedimiento de licitación de todas las propuestas por ella suscritas.

En el caso de uniones temporales, las garantías provisionales podrán constituirse por una o varias de los operadores económicos que concurren agrupadas, siempre que en conjunto se alcance la cuantía requerida y garantice solidariamente a todas las personas integrantes de la unión temporal. En el caso de que todas las integrantes sean Sociedades Cooperativas Andaluzas, solo tendrán que aportar el 25% del importe de la garantía que hubieren de constituir, conforme al artículo 116.6 de la LSCA, sin que se desnaturalicen por el hecho de haberse tenido que constituir en UTE a efectos de poder presentarse a la licitación. Téngase en cuenta que el espíritu y finalidad de la norma (ex artículo 3.1 CC) es servir de promoción de las cooperativas.

III.- CONCLUSIONES

- 1.** Los Grupos Cooperativos carecen de capacidad de obrar y, por ende, de aptitud para contratar con el sector público, sin que pueda realizarse una interpretación analógica con respecto a las uniones temporales de empresas.
- 2.** Las cooperativas pueden constituirse para contratar con el sector público en UTEs, sin que sea necesaria la formalización de las mismas en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación del contrato a su favor.
- 3.** Las UTEs formadas exclusivamente por sociedades cooperativas andaluzas gozan del beneficio de reducción del importe de la garantía definitiva previsto en el artículo 116.6 de la LSCA, por lo que solo deberán aportar el veinticinco por ciento de su importe.

Es todo cuanto se ha de informar.