

**Informe 8/98, de 11 de junio de 1998. Concurrencia de varias personas a la adjudicación de un contrato (unión temporal de empresas). Tramitación de expedientes de modificación de un contrato de obras (art. 146.4). Efectos de la falta de constitución de la garantía definitiva.**

## **8.1. Conceptos generales.**

### **ANTECEDENTES.**

1. Por la Consejera de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se dirige el siguiente escrito de consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa:

*«En la tramitación de expedientes de contratación por parte de la Consejería de Obras Públicas de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se vienen planteando, dado el elevado número de contratos celebrados desde la entrada en vigor de la nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, algunas dudas sobre la interpretación de determinados preceptos de dicha norma que por su trascendencia y reiteración recomiendan que se recabe del máximo órgano consultivo en esta materia su opinión o interpretación al respecto, con el objeto de garantizar una mejor aplicación de la norma.*

*En concreto, la consulta se refiere a los siguientes supuestos:*

*Primero.- (art. 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).*

*En los concursos de Asistencia Técnica cuyo objeto conjunto es la Redacción de un proyecto y la Dirección Superior y Técnica de las obras de ejecución del mismo se han seleccionado equipos de licitadores, personas físicas, cuya composición mínima era, por cuestión de capacitación, la de Arquitecto Superior y Arquitecto Técnico.*

*En la formalización del contrato se les ha requerido para que procedieran a su constitución en unión de empresarios, tal y como regula el art. 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*

*Sin embargo, se ha cuestionado si esta figura era aplicable en los términos estrictos de ese artículo a las uniones de empresarios individuales, no personas jurídicas y, en particular, si cabría exigir la formalización en escritura pública de la referida unión.*

*Segundo.- (art. 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).*

*La tramitación de modificados mediante el procedimiento excepcional que regula el art. 146.4 no manifiesta dudas en cuanto al acuerdo de continuación de las obras objeto del mismo, ya que el propio artículo detalla las actuaciones necesarias para ello.*

*Sin embargo, el tenor del párrafo cuarto de dicho artículo es confuso al referirse a que ¿en el plazo de cuatro meses deberá estar aprobado técnicamente el proyecto, y en el de seis meses, el expediente del modificado?. En concreto la duda existe sobre si, tras la autorización inicial de continuación de las obras, el expediente debe tramitarse conforme al procedimiento ordinario, incluidos el preceptivo informe del Servicio Jurídico (art. 60.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) y la formalización del contrato.*

Tercero.- (art. 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

*Finalmente, y como cuestión principal de la presente consulta, es objeto de numerosas dudas y discrepancias el alcance que debe dar al término "declarará resuelto" que en el art. 42 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se recoge para el supuesto del incumplimiento del plazo de 15 días hábiles para acreditar la constitución de la garantía definitiva.*

*Por un lado, cabe una interpretación literalista del término imperativo "declarará" lo que supondría que el incumplimiento del plazo de acreditación de la constitución de la garantía, aún cuando fuera mínimo (un día), supondría sin más la resolución del contrato.*

*Tal postura, de gran rigor, puede suponer una alteración sustancial del sistema de licitación, sobre todo en los procedimientos de subasta, al implicar la adjudicación del contrato a otro licitador distinto al mejor postor (art. 85 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), con el consiguiente perjuicio, en algunos supuestos muy elevado para el erario público, al incrementar el coste de la adjudicación y, por ende, del contrato.*

*Como interpretación alternativa a la descrita cabría realizar una aplicación conjunta de todo el texto legal, y en concreta del art. 42 junto con los artículos 112.d) y 113.2, todos de la Ley referida. En concreto, es clarificador éste último al detallar los exclusivos supuestos en que los "incumplimientos" originarán siempre la resolución del contrato. Aquí, el legislador limita los supuestos a "la falta de constitución de la garantía" (no al incumplimiento del plazo para ello) y al "incumplimiento del plazo regulado en el art. 72.2.d)", junto a otros supuestos que no vienen al caso.*

*De este modo se distingue entre no constitución (art. 113.2), con resolución automática, y el incumplimiento del plazo (art. 112.d y 113.2, segundo párrafo), con resolución potestativa para la Administración.*

*Sin embargo, tal interpretación debería matizarse en el sentido de que el incumplimiento del plazo supondría la resolución imperativa cuando el mismo suponga una voluntad manifiesta del contratista de no formalizar el contrato, y en todo caso cuando en el momento de la formalización la garantía no haya sido constituida.*

*Conforme a todo lo expuesto, se solicita de esa Junta Consultiva que emita un informe sobre las tres cuestiones planteadas, por considerarlas de interés para la correcta gestión de la contratación administrativa.»*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

**1.** Como expresamente se consigna en el escrito de consulta son tres las cuestiones suscitadas que, por referirse a supuestos distintos y a la interpretación de normas, también distintas, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, obligan a su examen y resolución separada.

**2.** La primera cuestión que se suscita lo es en relación con el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y consiste en determinar si la figura de unión temporal de empresarios resulta aplicable, en concursos de asistencia técnica, a empresarios individuales, no personas jurídicas y, en particular, si cabría exigir la formalización en escritura pública de la referida unión, teniendo en cuenta que, como se consigna en el escrito de consulta, "se han seleccionado equipos de licitadores, personas físicas, cuya composición mínima era, por cuestión de capacitación, la de Arquitecto Superior y Arquitecto Técnico".

El artículo 24.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas indica que "la Administración podrá contratar con 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 a su favor". Por su parte el artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado, que debe considerarse vigente a tenor de la disposición derogatoria única de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, con la única salvedad de sustituir las referencias a las agrupaciones por las correspondientes a las uniones de empresarios, que es la figura que regula la Ley, después de establecer, en su párrafo primero, que cada uno de los empresarios que componen la agrupación debe acreditar su capacidad de obrar, conforme establecen los artículos anteriores señala en el segundo párrafo que "para que sea eficaz la agrupación frente a la Administración bastará que en el escrito de proposición se indiquen los nombres y circunstancias de los empresarios que la suscriban la participación de cada uno de ellos y que se designe la persona o entidad que durante la vigencia del contrato ha de ostentar la plena representación de todos ellos frente a la Administración".

El examen de los preceptos legal y reglamentario transcritos produce una primera conclusión del mayor interés a los efectos del presente informe, cual es la de que la figura de la unión de empresarios puede ser utilizada voluntariamente por ellos en el momento de concurrir a la licitación, sin que sea factible que, como parece desprenderse del escrito de consulta, dos o más empresarios concurren individualmente y posteriormente a la presentación de proposiciones se constituyan en unión de empresarios, pues a ello se oponen los preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del Reglamento General de Contratación del Estado que estamos examinando.

Lógicamente, con arreglo a tales preceptos cada uno de los empresarios que concurren en unión debe acreditar su capacidad de obrar y, en concreto que su finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, como determina el artículo 198.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, por lo que sería impensable que para un contrato de redacción de proyectos se seleccionasen uniones de empresarios en que uno de los integrantes se dedicase, por ejemplo, a la actividad de transporte o de limpieza de edificios, ya que ello estaría en contradicción con la exigencia de acreditar la capacidad de obrar de cada uno de los empresarios que integran la unión y que exige el artículo 27 del Reglamento General de Contratación del Estado.

Con independencia de lo anterior, es evidente que ni la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni el Reglamento General de Contratación del Estado autorizan a restringir la figura de las uniones de empresarios a personas físicas o a personas jurídicas, ni tampoco a determinados contratos, por estar encuadrado el artículo 24 de la Ley en las disposiciones que se consideran aplicables a todos los contratos y no específicamente a un tipo contractual determinado, habiéndose razonado sobre esta doble ausencia de limitaciones en el informe de esta Junta de 2 de marzo de 1998 (expediente 56/97).

Por último en este punto debe abordarse la cuestión de la formalización de la unión de empresarios en escritura pública, cuestión sobre la que el artículo 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no suscita la más mínima duda, dado que al establecer que no será necesaria la formalización de las uniones en escritura pública hasta que se haya efectuado la adjudicación a su favor, la misma interpretación literal permite concluir que una vez efectuada la adjudicación es necesaria la formalización de las uniones de empresarios en escritura pública.

**3.** La segunda cuestión que se plantea en el escrito de consulta es la relativa a las dudas que suscita el artículo 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, apartado introducido en la misma por el artículo 2 de la Ley 11/1996, de Medidas de disciplina presupuestaria y, en concreto, sobre la tramitación del expediente relativo a la modificación y si resultan trámites preceptivos el informe del Servicio Jurídico (artículo 60.2 de la Ley) y la formalización de la modificación aunque el escrito de consulta se refiere a la formalización del contrato.

El apartado 4 del artículo 146 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas fue introducido en el mismo por el artículo 2 de la Ley 11/1996, de Medidas de disciplina presupuestaria, con la doble finalidad de impedir la suspensión temporal total de la ejecución de obras por causa de modificaciones a introducir en las mismas y agilizar la tramitación de los propios expedientes de modificación. Por ello el propio apartado 4 en su párrafo segundo señala las actuaciones que exigirá "exclusivamente" el expediente a tramitar al efecto y al no hacer referencia dicho párrafo y apartado al informe del Servicio Jurídico, que el artículo 60.2 de la Ley establece, con carácter preceptivo, para todos los supuestos de modificaciones, es evidente la intención del legislador de suprimir tal trámite preceptivo en la tramitación de modificaciones al amparo del artículo 146.4 de la Ley.

Solución distinta debe darse a la cuestión de si es precisa la formalización de modificaciones en los supuestos del mismo apartado 4 del artículo 146, pues esta Junta entiende que debe regir la regla general del artículo 102.2 de la Ley expresiva de que "las modificaciones del contrato deberán formalizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 55", por la doble razón de que, por un lado, en sentido estricto, la formalización no es una actuación del expediente a tramitar, que, según se desprende del propio artículo 146.4, termina con la aprobación del expediente, a la que debe seguir, por tanto, la formalización y, por otra parte, dada la simplicidad con que se regula la formalización en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, refiriéndola al documento administrativo, parece de todo punto conveniente que la modificación quede reflejada por escrito, para que ambas partes - Administración y contratista- puedan ejercitar y hacer valer sus respectivos derechos, en cuanto derivan de la modificación aprobada.

4. Finalmente y como cuestión principal de la consulta se plantea la del alcance que debe darse a la expresión "declarará resuelto" que utiliza el artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas para el supuesto de incumplimiento dale plazo de 15 días hábiles para acreditar la constitución de la garantía definitiva.

De las dos interpretaciones que se propugnan en el escrito de consulta, la literalista que supone que el incumplimiento del plazo de constitución de la garantía supone la resolución del contrato y la sistemática en relación con otros preceptos de la Ley que produciría el resultado de que el incumplimiento del plazo sin resolución debe distinguirse de la no constitución de la garantía, con resolución, esta Junta Consultiva se pronuncia en favor del primer extremo de la alternativa, dado que los términos en que se pronuncia el artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas son suficientemente claros y expresivos, lo que evita acudir a otros elementos interpretativos, ya que, después de declarar la obligación del adjudicatario de acreditar, en el plazo de quince días hábiles contados desde que se le notifique la adjudicación del contrato, la constitución de la garantía definitiva establece que "de no cumplirse este requisito por causas imputables al adjudicatario la Administración declarará resuelto el contrato", precepto sobre cuya interpretación no pueden prevalecer conclusiones derivadas de los artículos 112 y 113 de la propia Ley, puesto que el requisito que debe cumplir el adjudicatario se subdivide en el doble requisito de la constitución y del plazo.

Por otra parte la otra interpretación que se propugna de distinguir entre falta de constitución e incumplimiento de plazo conducen a una total inseguridad jurídica, pues siempre resultaría necesario indagar y acreditar el elemento subjetivo de la voluntad del adjudicatario y precisar el número de días, transcurridos los 15 hábiles, que deben asimismo transcurrir para considerar incumplido el deber de constitución de la garantía y no el incumplimiento del plazo, lo cual no constituye la voluntad del legislador expresada en los términos literales del artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

## **CONCLUSIÓN.**

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

- 1.** La figura de uniones de empresarios, que regulan los artículos 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y 27 del Reglamento General de Contratación del Estado, pueden acudir, al formular sus proposiciones, personas físicas, personas jurídicas o ambas a la vez, en todo tipo de contrato, designando las circunstancias exigidas por el citado precepto reglamentario y cumpliendo cada uno de ellos las condiciones de capacidad exigidas y que la formalización en escritura pública resulta necesaria, una vez efectuada la adjudicación del contrato.
- 2.** En las modificaciones de contratos al amparo del artículo 146.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no resulta preceptivo el informe del Servicio Jurídico previsto en el artículo 60.2, pero sí la formalización del modificación, de conformidad con el artículo 102.2, en relación con el 55 de la propia Ley.
- 3.** La única interpretación posible del artículo 42.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es la de que el incumplimiento de la obligación de constituir la garantía definitiva en el plazo de 15 días hábiles por causas imputables al adjudicatario, determina la resolución del contrato, sin que sea factible distinguir entre falta de constitución e incumplimiento de plazo.