



Informe jurídic sobre les “organitzacions” que poden ser licitadores dels procediments de contractació reservada prevista a la *disposició addicional quaranta-vuitena de la Llei de contractes del sector públic*

Fets

La Direcció de Coordinació de Contractació Administrativa i Barcelona Activa estan elaborant conjuntament una Proposta d'instrucció sobre com tramitar l'Ajuntament la contractació reservada prevista a les *disposicions addicionals quarta i quaranta-vuitena* (a partir d'ara, “DA 48^a) de la *Llei estatal 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014*(a partir d'ara, “LCSP”).

En resposta a la petició de Barcelona Activa de delimitar quines entitats jurídiques tenen legitimació per ser licitadores de la contractació reservada a l'efecte de complir els dos requisits esmentats a les *lletres b) i c)* de l'*apartat 2 de la DA 48^a* (a partir d'ara “*lletra b)*” i “*lletra c)*” respectivament), aquesta Direcció emet el present Informe jurídic.

Fonaments de dret

1. Entre els requisits que prescriu la LCSP per poder participar com a licitadora als procediments de contractació reservada pròpia de la DA 48^a, hi ha els dos següents, que s'enumeren al seu *apartat 2*:

“[...]”

b) Que los beneficios se reinviertan con el fin de alcanzar el objetivo de la organización; o en caso de que se distribuyan o redistribuyan beneficios, la distribución o redistribución deberá realizarse con arreglo a criterios de participación.

c) Que las estructuras de dirección o propiedad de la organización que ejecute el contrato se basen en la propiedad de los empleados, o en principios de participación, o exijan la participación activa de los empleados, los usuarios o las partes interesadas.”

Tots dos han de concórrer obligatòriament juntament amb els altres enumerats també a l'esmentat *apartat*.

2. Amb caràcter previ, ens sembla oportú aclarir que quan la LCSP emprà el terme “*organizaciones*” a la DA 48^a, ho fa com a sinònim d’*entidades*”, tal com es pot deduir de l'*article 99.apartat 4.últim paràgraf de la pròpia LCSP*.

3. A partir del text de les dites *lletres b) i c)*, sembla que la LCSP assenyala principalment com a possibles licitadores d'aquest tipus de contractació les anomenades "entitats de l'economia social". Efectivament, l'*art. 4 de la Llei estatal 5/2011, de 29 de març, d'economia social*, que és d'aplicació bàsica, relatiu als principis orientadors de l'actuació de les dites entitats, propugna entre d'altres els següents:

"a) Primacía de las personas y del fin social sobre el capital, que se concreta en gestión autónoma y transparente, democrática y participativa, que lleva a priorizar la toma de decisiones más en función de las personas y sus aportaciones de trabajo y servicios prestados a la entidad o en función del fin social, que en relación a sus aportaciones al capital social.

b) Aplicación de los resultados obtenidos de la actividad económica principalmente en función del trabajo aportado y servicio o actividad realizada por las socias y socios o por sus miembros y, en su caso, al fin social objeto de la entidad."

Els dos principis reproduïts concorden amb les *lletres b) i c)*. Però com que no tenen caràcter vinculant, sinó que la seva naturalesa és de declaració d'intencions, cal analitzar amb detall si les diverses formes jurídiques incloses dins la categoria d'entitats de l'economia social compleixen per se els requisits al·ludits i, per tant, podrien ser licitadores de la reserva contractual legitimada per la DA 48^a, o si per contra seria necessari comprovar si concorren els requisits de les *lletres b) i c)* a cada entitat en particular.

4. L'*art. 5 de la Llei 5/2011* enumera com a supòsits d'entitats de l'economia social les següents:

- les cooperatives
- les mutualitats
- les fundacions i les associacions que realitzin activitat econòmica
- les societats laborals
- les empreses d'inserció
- els centres especials de treball
- les confraries de pescadors
- les societats agràries de transformació
- les entitats singulars creades per normes específiques i que estiguin regides pels principis orientadors de l'*art. 4* al·ludit

El mateix article també preveu la possibilitat que puguin ser entitats de l'economia social altres persones jurídiques que facin activitat econòmica i empresarial, que funcionin d'acord amb els dits principis de l'*art. 4* i que formin part del catàleg d'entitats d'economia social establert pel Ministeri de Treball i Economia social de manera coordinada amb les comunitats autònomes.

5. Pel que fa a les **societats cooperatives**, regulades a Catalunya per la *Llei 12/2015, de 9 de juliol, de cooperatives*, cal distingir les que tenen ànim de lucre de les que no.

Respecte de les cooperatives sense ànim de lucre, s'estableix a l'*art. 144.a)*, i amb relació als articles 81 i 83-85, que "als efectes de concursos públics, [...] tenen la mateixa condició que la resta d'entitats sense ànim de lucre les cooperatives en els estatuts socials de les quals s'especifiqui expressament que:

a) Els excedents de lliure disposició, un cop ateses les dotacions als fons obligatoris, no es distribueixen entre els socis, sinó que es destinen, mitjançant una reserva estatutària



irrepartible, a les activitats pròpies d'aquesta classe de cooperativa, a la qual es poden imputar totes les pèrdues, [...]"

En conseqüència, no és una característica necessària per adquirir la personalitat jurídica que les cooperatives reinverteixin llurs beneficis amb la finalitat d'assolir l'objecte social de l'entitat. Però llurs estatuts ho poden exigir. Existeix, però, una excepció a aquesta regla general: les **cooperatives d'iniciativa social**. En virtut de l'*art. 143.1 de la Llei 12/2015*, és requisit de constitució d'aquesta classe de cooperativa la reinversió al·ludada.

Quant a les cooperatives amb ànim de lucre, no s'ajustarien a priori al principi de reinversió de beneficis en l'assoliment de la finalitat de l'entitat d'una manera absoluta: l'*art. 81. 1 de la Llei 12/2015* especifica que només cal destinar uns percentatges mínims de beneficis a la pròpia cooperativa mitjançant l'assignació al seu fons de reserva obligatori i al fons d'educació i promoció. Tanmateix, l'*art. 38.1.e) de la Llei 12/2015* reconeix, entre els drets de les persones sòcies d'una cooperativa, el de "participar en els excedents", que és el segon supòsit previst per la *lletra b)* -és a dir, que la distribució (o redistribució) s'ha de fer seguint criteris de participació. És per això que es pot afirmar que les cooperatives esmentades també estarien legitimades per intervenir com a licitadores d'un procediment de reserva.

D'altra banda, i quant als òrgans socials de les cooperatives, aquests són l'assemblea general, "*òrgan sobirà d'expressió de la voluntat social*" (tal com defineix l'*art. 43.1 de la Llei 12/2015*) i format per totes les persones sòcies (*art. 42.1.a) de la mateixa Llei*); i el consell rector, òrgan d'administració (*art. 53.1*), els membres del qual en principi han de ser-ne socis en una proporció mínima equivalent a les tres quartes parts dels membres (*art. 55.1*). En aquest punt, cal tenir en compte que les persones associades a una cooperativa realitzen "una activitat empresarial de base col·lectiva" amb la finalitat d'aconseguir el compliment de l'objecte social, i que l'esmentada activitat els proporciona un "servei mutu" (*art. 1.1*). Per aquest motiu, s'ha d'entendre que les dites persones són o "empleades", o "usuàries", o "parts interessades" de l'entitat. Així doncs, les cooperatives compleixen el requisit de la *lletra c)*.

En resum, i sempre que complís la resta de requisits enumerats a l'*apartat 2 de la DA 48^a LCSP*, una cooperativa pot ser licitadora per si mateixa d'un procediment de contractació reservada segons la *DA 48^a* perquè compleix els de les *lletres b) i c)*.

6. Respecte de les **fundacions** i les **associacions** que realitzin activitat econòmica, totes dues classes d'entitats les regula la *Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques*.

Les **fundacions** "*han d'aplicar almenys el 70% de les rendes i dels altres ingressos nets anuals que obtenen al compliment de les finalitats fundacionals. La resta s'ha d'aplicar al compliment diferit d'aquestes finalitats o a l'increment dels fons propis de la fundació.*", d'acord amb el que disposa l'*art. 333-2.1 de la citada Llei*. Això significa que estan obligades a complir el requisit de la *lletra b)*, encara que sigui indirectament ja que, en el cas que apliquessin llurs ingressos nets "*a l'increment dels fons propis de la fundació*", els dits fons queden vinculats "*a l'compliment de finalitats d'interès general*" (*art. 331-1.1*). Si analitzem l'òrgan de govern específic de les fundacions, es tracta del patronat i està integrat pels "patrons o membres del patronat" (*art. 332-4.1 per referència a l'art. 332-1.1*), els quals "*per complir llurs funcions, tenen el dret i el deure d'assistir a les reunions, d'informar-se sobre la marxa de la fundació i de participar en les deliberacions i en l'adopció d'acords*" (*art. 332-8.3*). Però la *Llei* no exigeix que els patrons hagin d'intervenir directament en la realització de l'objecte fundacional, només els imposa l'obligació de "*fer que es compleixin les finalitats fundacionals*" (*art. 332-8.2*), qüestió que no permet deduir que una fundació reuneixi, per naturalesa pròpia, el requisit de la lletra c)

ap. 2 DA 48^a LCSP. Tot plegat ens permet concloure que les fundacions podrien ser licitadores dels procediments de contractació reservada de la DA 48^a si complissin el dit requisit, i caldrà comprovar-ho identificant si els membres del patronat són, ensems, persones treballadores de l'entitat, mitjançant la consulta dels estatuts (que determinen com s'han de designar els membres del patronat), el document on consti la designació i la documentació administrativa laboral que afecti els membres anomenats, relativa a llur relació laboral amb l'entitat.

Quant a les **associacions**, l'art. 321-1.3 es mostra taxatiu en l'exigència de complir el requisit de la lletra b) pel fet de tenir aquesta forma jurídica: "*El patrimoni de les associacions no es pot repartir en cap cas entre els associats ni es pot cedir gratuïtament a persones físiques determinades o a entitats amb ànim de lucre. Se n'exceptuen les aportacions subjectes a reemborsament d'acord amb l'article 323-2.*" I l'excepció especificada expressament es refereix, exclusivament, a la possibilitat que els propis estatuts permetin el retorn de les dites aportacions en els casos de baixa de la persona associada que les hagués desemborsat en concepte d'ingrés a l'associació com a membre o per dissolució de l'entitat. També és necessari que les associacions compleixin el requisit de la lletra c) de la DA 48^a perquè l'òrgan sobirà, que és l'assemblea gral, està constituït per totes les persones associades (art. 322-1.1.a)) i perquè, sobretot, els membres de l'òrgan de govern [= junta de govern, junta directiva...] han de ser associats" (art. 322-10). Entre els deures de les persones associades, d'acord amb l'art. 323-6, hi ha el de "*comprometre's en les finalitats de l'associació i participar en llur assoliment*". Les persones associades realitzen, doncs, les prestacions necessàries per complir l'objecte social. Per tant, les associacions són, per definició, eventuais licitadores de la reserva de la DA 48^a.

7. Les societats laborals, tipificades a l'art. 1 de la Llei estatal 44/2015, de 14 d'octubre, de societats laborals i participades, que poden tenir la configuració jurídica de societat anònima o de responsabilitat limitada, també entrarien en el supòsit de licitadores als procediments de contractació reservada de la DA 48^a LCSP quan se les pogués considerar **societats participades per les persones treballadores**, perquè podria ser que aquestes complissin els requisits de les lletres b) i c), un dels dos o, com a mínim, haurien de tendir a assolir-los.

L'art. 19.1 disposa el següent:

"Tendrán la consideración de sociedades participadas por los trabajadores las sociedades anónimas o de responsabilidad limitada que no alcancen los requisitos establecidos en el capítulo I, pero promuevan el acceso a la condición de socios de los trabajadores, así como las distintas formas de participación de los mismos, en particular a través de la representación legal de los trabajadores, y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que cuenten con trabajadores que posean participación en el capital y/o en los resultados de la sociedad.

b) Que cuenten con trabajadores que posean participación en los derechos de voto y/o en la toma de decisiones de la sociedad.

c) Que adopten una estrategia que fomente la incorporación de trabajadores a la condición de socios.

d) Que promuevan los principios recogidos en el artículo anterior."

L'art. 18.3 anuncia, entre els principis a què es refereix l'art. 19.1.d), els que reproduïm a continuació:

"Las sociedades participadas por los trabajadores se someten a los siguientes principios:

a) Promoción del acceso de los trabajadores al capital social y/o a los resultados de la empresa.



b) Fomento de la participación de los trabajadores en la toma de decisiones de la sociedad.
[...]"

L'apartat 2 del dit article inclou al concepte de "participació de les persones treballadores" els resultats i la presa de decisions.

D'acord amb els apartats 2 i 3 de l'art. 18 i amb l'art. 19 de la Llei 44/2015, a les societats participades, les persones treballadores poden participar en els resultats i/o en l'adopció de les decisions. Si bé això no suposaria necessàriament que els beneficis es reinvertissin en la realització de l'objecte social, el fet que els beneficis esmentats es repartissin entre les persones treballadores quedaria encabit en el segon supòsit previst per la lletra b), és a dir, que la distribució (o redistribució) s'ha de fer seguint criteris de participació. Però, com que l'art. 19 al·ludit no exigeix, per constituir-se com a societats participades, la concurrència dels dos requisits (els recollits a les lletres b) i c)), sinó que n'hi ha prou que compleixin un dels enumerats a l'art. 19.1, caldría consultar els estatuts de l'aspirant a licitadora, tràmit necessari per valorar una eventual condició com a licitadores de la reserva de la DA 48ª.

8. Per definició, les **mutualitats**, les **confraries de pescadors** i les **societats agràries de transformació** no tenen l'habilitació empresarial o professional que esdevé conditio sine qua non per realitzar les prestacions objecte dels contractes susceptibles de tramitar-se per la via de la DA 48ª LCSP.

Les **mutualitats** tenen per objecte realitzar una activitat asseguradora de llurs persones sòcies i de les que aquelles haguessin designat beneficiàries, tal com disposa l'art. 2 de la Llei 10/2003, de 13 de juny, sobre mutualitats de previsió social; les **confraries de pescadors** només poden actuar en l'àmbit del sector pesquer, en virtut de l'art. 4 de la Llei 22/2002, de 12 de juliol, de confraries de pescadors; i les **societats agràries de transformació** han de limitar llur activitat al sector agrícola, ramader o forestal, d'acord amb l'art. 3.1 del Decret 199/2013, de 23 de juliol, sobre les societats agràries de transformació de Catalunya.

En resum, cap de les tres classes d'entitats pot ser licitadora dels procediments de la reserva de la DA 48ª LCSP.

9. Finalment, i amb relació a les **entitats de l'economia social singulars** creades per norma específica dedicades a realitzar activitat econòmica i empresarial, resultarà imprescindible remetre's a allò que disposi la referida norma per esbrinar si poden participar als procediments de contractació reservada susdits.
10. En aplicació de l'art. 4.1.b) de la Llei 27/2002, de 20 de desembre, sobre mesures legislatives per regular les empreses d'inserció sociolaboral, les **empreses d'inserció** estarien legitimades per participar en la reserva de la DA 48ª LCSP si tinguessin la naturalesa jurídica de cooperativa o de societat laboral participada per les persones treballadores. En el cas d'aquesta darrera, caldría consultar-ne els estatuts per comprovar si compleix els requisits de les lletres b) i c), d'acord amb el que hem exposat als apartats 5 i 7, respectivament, d'aquest Informe.
11. Pel que fa als **centres especials de treball**, el seu concepte jurídic ve establert als apartats 1 a 3 de l'article 43 Llei General de drets de les persones amb discapacitat i de llur inclusió social, aprovada pel Reial decret legislatiu 1/2013, de 29 de novembre. D'ell, no es desprèn que hagin de complir obligatòriament els requisits de les lletres b) o c). És per això, que cal remetre's a llurs estatuts per esbrinar si podrien licitar als procediments de reserva. Tot i això,

en el cas dels **centres especials de treball d'iniciativa social**, és necessari esbrinar la persona jurídica promotora o participada. Si aquesta es trobés en algun dels casos analitzats als apartats 5, 6 o 7 del present Informe, els seria aplicable el que s'indica en ells.

Conclusió:

Cal entendre que les entitats legitimades per ser licitadores de procediments de contractació administrativa reservats en aplicació de la *DA 48ª* són les especificades als fonaments de dret anteriors en els termes exposats en aquells.

Barcelona,

El tècnic superior en Dret

El director de coordinació de contractació administrativa