

## **INFORME 2/2020, DE 9 DE JUNIO DE 2021, SOBRE CUESTIONES RELATIVAS A LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES DE UNA SOCIEDAD Y LA CESIÓN DE CONTRATOS.**

### **I - ANTECEDENTES**

La Alcaldesa-Presidenta del Ayuntamiento de Gibraleón, solicita informe a esta Comisión Consultiva de Contratación Pública en los siguientes términos:

“En este Ayuntamiento se adjudicó a la empresa GRUPORAGA S.A. el contrato de gestión de servicios públicos para la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria, mediante acuerdo de la Junta de Gobierno Local (POR DELEGACIÓN DEL Pleno) en sesión extraordinaria de fecha 20 de julio de 2012.

La duración del contrato se estableció por un período de 10 años, comenzando la prestación de los servicios el día 1 de septiembre de 2012, por tanto finalizando el plazo contractual el día 31 de agosto de 2022 (cláusula tercera del contrato administrativo).

El pasado día 11 de febrero de este año 2020, por la empresa GRUPORAGA S.A. se presenta escrito en el Ayuntamiento mediante el cual pone en conocimiento que: *“Por la presente les comunicamos que, a los efectos de lo dispuesto en la cláusula 9 (A).10.1 del contrato, los actuales accionistas de la compañía han convenido transmitir (mediante contrato de compraventa) sus acciones en la Compañía en favor de SOLEPATA SERVICIOS Y GESTIONES S.L.U., sociedad de nacionalidad española...entidad que tras la adquisición de las acciones de la Compañía aportará las mismas al capital de RICOTECA SERVICIOS Y GESTIONES S.L.U...”*

El día 13 de febrero desde el Ayuntamiento, al transmitirse la totalidad de las acciones representativas del capital social (100%) y considerar que se trata de una cesión contractual a los efectos de tener el Ayuntamiento que autorizar la cesión entre ambas empresas, se efectuó previo requerimiento a RICOTECA SERVICIOS Y GESTIONES S.L.U.. para que acreditase el cumplimiento de los requisitos que se exigen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 226.2.c) del RDL. 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Contratos del Sector Público.

El día 3 de marzo de 2020 se presenta escrito de alegaciones suscrito por ambas partes, GRUPORAGA S.A. y RICOTECA SERVICIOS Y GESTIONES S.L.U., mediante el cual comunican que *“3.5 la adquisición por el accionista de la Sociedad únicamente implica un cambio de control en la sociedad, sin que se produzca en ningún caso la cesión del Contrato en favor de un tercero”,* por ello entienden que *“...no existiría obligación de obtener de esta autoridad su autorización...”*

A la vista de los anteriores hechos deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones:

- En el PCAp se exigía determinada clasificación a los licitadores o en su defecto solvencia económica y técnica que debía acreditar para ser adjudicatario (vid. Cláusula 9.3 Sobre A. 4 del Pliego).





- El nuevo titular “RICOTECA SERVICIOS Y GESTIONES S.L.U.” así como “SOLEPATA SERVICIOS Y GESTIONES S.L.U.” no están inscritas en el ROLECE ni cuentan con la solvencia exigida al anterior concesionario al estar constituida ambas desde el día 20/11/2019.

- Tanto en el PCAPp (cláusula 30.A.10.1) como en el contrato (cláusula novena A.10.1) se establecen como causa de resolución del contrato: “si el concesionario no presta el servicio directamente, incluido el supuesto de transmisión de acciones o participaciones cuando sea una sociedad mercantil”.

El parecer del Consejo de Estado, entre otros, sus Dictámenes 3375/2011, 2578/1998, 998/1994 y 1507/1993, viene a asimilar la transmisión de acciones o participaciones a una cesión del contrato, tanto si es total (como ocurre en nuestro caso) como de una parte significativa de dichos títulos que suponga un cambio de control.

De otra parte el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06, apartado 47, determina: *“Si las participaciones sociales de APA-OTS fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de la parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50”.*

A la vista de los hechos y consideraciones anteriormente expuestos, teniendo en cuenta que la compraventa de la totalidad de las acciones del contratista sin que la personalidad del mismo se modifique no ha recibido un particular tratamiento normativo, es por lo que se plantean las siguientes consultas:

Primero.- A la vista de los dictámenes citados del Consejo de Estado se han generado dudas a esta Administración de si ¿este tráfico de títulos societarios se debe asimilar a una cesión del contrato?.

Segundo.- En caso afirmativo ¿debe someterse al régimen de requisitos y de autorización previa de la Administración y, conforme al artículo 226.2.c) TRLCSP (norma aplicable a este contrato) solicitar la misma solvencia al nuevo accionista que tomará el control de la gestión del servicio?.

Tercero.- ¿Por el contrario, debe entenderse que no se puede exigir que la transmisión de la totalidad de acciones de la empresa (lo que conlleva aparejado, entendemos, el título concesional) precise de autorización administrativa previa, bastando para ello con una mera comunicación del concesionario y el nuevo accionista a la Administración?.

Cuarto.- Finalmente, ¿cabría considerar otra opción, como sería la de calificar esta operación mercantil como causa de resolución del contrato?.”

## **II - INFORME**

1.- 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. No le compete a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales con respecto a las relaciones jurídicas que mantenga con terceros ni, en concreto, precisar si la situación planteada supone una cesión o no del contrato o si pudiera ser causa de resolución del contrato, si bien, en el presente caso se realizarán algunas consideraciones de carácter general sobre las cuestiones planteadas.

2.- El artículo 105 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP) establecía en su artículo 105: *“Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley de sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y prórroga del plazo de ejecución, los contratos del sector público sólo podrán modificarse cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 107”*.

El artículo 203 de la actual Ley de Contratos del Sector Público (Ley 9/2017, de 8 de noviembre, en adelante LCSP) se expresa en términos casi parecidos.

De este modo, se observa que el legislador ha regulado, por un lado, la prerrogativa de las Administraciones Públicas consistente en la modificación (objetiva) de los contratos, y por otro lado, ha regulado las distintas figuras jurídicas que conllevan una modificación subjetiva del contrato: sucesión de la persona contratista (artículo 85 del TRLCSP y artículo 98 de la LCSP), cesión del contrato (artículo 226 del TRLCSP y artículo 214 de la LCSP) y subrogación del acreedor hipotecario en el contrato de concesión (artículo 263 del TRLCSP y artículo 275 de la LCSP).

La modificación subjetiva del contrato (en términos de Derecho Civil, novación subjetiva) conlleva el cambio de los elementos personales del contrato, ya sea la parte contratante ya sea la parte contratista, cuyo efecto principal es la subrogación en todos los derechos y obligaciones derivadas de las relaciones jurídicas existentes.

Las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 26 de febrero de 2014, regulan por primera vez los supuestos de modificación subjetiva del contrato durante su vigencia sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación (artículos 72.1. d) ii) y 43.4 d) ii) cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como consecuencia de operaciones mercantiles tales como la sucesión total o parcial del contratista inicial a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva.

En el caso de la sucesión del contratista causada por determinadas operaciones mercantiles de reestructuración empresarial, la normativa contractual distingue los casos de fusión y los casos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas. Para estos últimos, la normativa ha exigido que la entidad que continúe con el contrato debe reunir las condiciones de solvencia que en su día se exigieron al contratista originario. Además, la actual Ley ha añadido otras condiciones de aptitud y capacidad, así como la obligación de comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se haya producido, sin perjuicio de los cambios que requiera la operatoria contable del contrato.



En el caso de la subrogación del acreedor hipotecario, está condicionada a autorización previa por parte del órgano de contratación. La autorización tendrá carácter reglado y se otorgará siempre que el petitionerario cumpla los requisitos exigidos al concesionario.

En el caso de la cesión del contrato, negocio jurídico por el que una persona (cedente) transmite a otra (cesionario) la posición jurídica activa y pasiva que el primero ostentaba en un contrato determinado que había celebrado previamente con un tercero, también se prevé la exigencia de autorización administrativa por parte del órgano de contratación siempre que se cumplan una serie de requisitos, entre ellos, que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar. Además, la actual Ley exige su previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Por tanto, a la vista de la regulación de las distintas figuras que conllevan una modificación subjetiva del contrato, se deduce que el legislador las ha regulado no con la finalidad de que dichas modificaciones supongan automáticamente la extinción del contrato, sino con la finalidad de que permitan la continuidad del contrato, bajo el cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos los requisitos de solvencia que en su día se exigieron al contratista originario. Pero, la regulación de la cesión del contrato va más allá, ya que la cesión no tendrá lugar cuando las cualidades técnicas o personales del cedente, es decir, del contratista originario, hayan sido razón determinantes para la adjudicación del contrato, ya que no podrá autorizarse la cesión cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, es decir, la equiparación entre la cesión del contrato y la transmisión de participaciones o acciones de una sociedad, ya sea total o ya sea parcial que implique un cambio de control sobre el contratista, es necesario señalar que es a partir de la nueva Ley de Contratos del Sector Público cuando se incluye la referencia a esta equiparación en su artículo 214 LCSP fruto de la antigua doctrina del Consejo de Estado (3375/2001, entre otros) y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE de 19 de junio de 2008, Asunto Presstext Nachrichtenagentur GMBH, STJUE de 13 de abril de 2010, Wall).

Así, el artículo 214 de la LCSP indica que *“Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados”*.

Respecto a los contratos de concesión de obras, el contenido del pliego de cláusulas administrativas particulares viene enumerado en el artículo 250 de la LCSP, siendo uno de los aspectos a tener en cuenta la cuestión de la cesión del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 214 LCSP. De este modo, los pliegos de cláusulas administrativas particulares *“preverán también la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214, así como de las participaciones en la sociedad concesionaria cuando se constituyera una sociedad de propósito específico por los licitadores para la ejecución del contrato. Asimismo, establecerán criterios para la determinación de*



*cuándo la cesión de las participaciones deberá considerarse por suponer un efectivo cambio de control y, en el caso de que estuviera justificado por las características del contrato, se establecerán también mecanismos de control para cesiones de participaciones en la sociedad concesionaria que no puedan equipararse a una cesión del contrato. En todo caso se considerará que se produce un efectivo cambio de control cuando se ceda el 51 por ciento de las participaciones.” En los mismos términos se expresa el artículo 285. e) de la LCSP respecto al contrato de concesión de servicios.*

Si bien es verdad que son figuras diferentes, la cesión del contrato pertenece al ámbito del Derecho Civil y la transmisión de participaciones al ámbito del Derecho Mercantil, y con efectos diferentes ya que la cesión del contrato supone un cambio del titular del mismo, en cambio, en la transmisión de acciones o participaciones las partes del contrato no se modifican, sino que se modifica la composición del accionariado, lo que puede suponer el control efectivo de la entidad por parte de otra, que la actual LCSP cifra en el 51% de las participaciones, se le ha dado un tratamiento homogéneo desde el punto de vista de la contratación pública con objeto de preservar el interés público que persigue la celebración de aquellos contratos para cuya ejecución se constituya una sociedad específica.

En este sentido, cabe destacar el Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001, emitido con ocasión del Anteproyecto de Ley de Concesión de Obras Públicas (aprobada en 2003) en el que se señalaba lo siguiente:

*“A juicio del Consejo de Estado, la importancia de la identidad del concesionario no resulta una cuestión menor. A la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión y las condiciones en que construye, conserva y explota la obra pública. Ello se evidencia en el caso de las concesiones de obras públicas en que la legislación general de contratos de las Administraciones Públicas permite la transferencia de la concesión siempre “que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión” (artículo 114 del Texto Refundido de la La Ley de Contratos).*

*Sobre la base de que a la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión, el Consejo de Estado considera oportuno señalar que, en el desempeño de su función consultiva, ha entendido que la “transferencia de la titularidad de todas las acciones comporta la transmisión de la concesión” (dictamen núm. 998/94, de 23 de junio de 1994). Parece evidente que en tal caso no se produce una alteración de la titularidad formal, pero sí de los accionistas o partícipes y, por ende, de los últimos propietarios. Como se ha puesto de manifiesto tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, el denominado mito de la personalidad jurídica no puede servir ni para justificar situaciones legalmente fraudulentas ni para desvirtuar la esencia de la institución. Es preciso, traspasando los conceptos abstractos y las formas jurídicas, investigar el fondo de las situaciones.*

*En tal caso, el Consejo de Estado proclamó en el mencionado dictamen que “(...) la transferencia de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la sustitución del concesionario, pues la sociedad es simple reflejo de la actuación, intereses y solvencia de quienes son sus socios; se da una transmisión real de la condición de concesionario; de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa para tal caso, pues la Administración necesita saber en cada momento quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías (...)”.*

*Es claro, por tanto, que los casos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad se equiparan a los de transmisión de la concesión,*



*cualquiera que sea el porcentaje efectivamente transmitido, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad concesionaria”.*

Por tanto el Consejo de Estado, con un criterio coincidente con el recogido en las Directivas 2014/24/UE y 2014/23/UE, se decantó por considerar que los casos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad se equiparaban a los de cesión del contrato, siempre que supusiera una alteración del control efectivo de la sociedad, de ahí la necesidad de que tal supuesto precisara de la autorización administrativa.

El Informe 1/2001 de 30 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña emitido en relación con una concesión de obra pública, en el que se señala un parecer distinto al señalado del Consejo de Estado, aunque finalmente se sometía a él: *“En otro orden de consideraciones, procede observar que en el supuesto de cesión de los contratos se produce una novación subjetiva en virtud de la cual el cesionario del contrato se subroga en todos los derechos y todas las obligaciones que corresponderían al cedente y, por tanto, existe un cambio de titular de la concesión. Esta figura se tiene que distinguir de la transferencia de la titularidad de acciones, en la cual no se modifican las partes del contrato y, por tanto, la sociedad concesionaria es la misma aunque se haya variado la composición de su accionariado. No obstante las diferencias existentes entre ambas figuras, a criterio del Consejo de Estado, los supuestos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad se tiene que equiparar en los de la transmisión de la concesión, cualquiera que sea el porcentaje efectivamente enviado, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad concesionaria. Esta afirmación tiene su base, según el Consejo de Estado, en el hecho que a la administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión o, en otras palabras, la importancia de la identidad del concesionario no resulta una cuestión menor”.*

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de junio de 2008 (Asunto Presstext Nachrichtenagentur GMBH), al resolver una cuestión prejudicial de un tribunal austríaco, resolvió que una cesión de participaciones sociales “a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50”.

La Sentencia 294/2015, del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid avaló la similitud de la compraventa de acciones sociales al supuesto de cesión contractual. En este caso, no se llegaba a transmitir la totalidad del capital social, concluyendo el Tribunal que bastaba la transmisión de un número de acciones que supongan un control efectivo sobre la sociedad mercantil que estaba ejecutando un contrato de gestión de servicios públicos.

No obstante, esta equiparación no solo era fruto doctrinal o jurisprudencial, ya que determinada normativa sectorial (puertos, costas) contemplaba la cuestión de la transmisión de las acciones o participaciones de la sociedad titular de la concesión administrativa, sometiéndola a autorización de la Administración concedente. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, regula en su artículo 92.4 la transmisión de acciones o participaciones de una sociedad que tenga como actividad principal la explotación de la concesión. Igualmente, el Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba



el Reglamento General de Costas, regula en su artículo 141 la transmisión de acciones o participaciones que suponga sustitución de los socios o accionistas en porcentaje igual o superior al 50% del capital social (...).

En definitiva, visto el recorrido de la cuestión planteada con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP, este órgano consultivo considera acertado aplicar la doctrina del Consejo de Estado y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en aquellos contratos regidos por la anterior normativa sobre contratación pública, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad contratista.

En consecuencia, a los efectos de la autorización de la transmisión de participaciones, el órgano de contratación deberá revisar los siguientes extremos: primero, comprobar que las cualidades técnicas o personales del cedente-transmitente no hayan sido razón determinante para la adjudicación del contrato; segundo, a la vista de la composición del mercado afectado por el contrato, que no resulte de la cesión-transmisión una restricción efectiva de la competencia; y, tercero, si a la vista de los pliegos y del contrato finalmente celebrado, que la cesión no suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Con la nueva LCSP debería tenerse en cuenta además que, según lo establecido en el artículo 214 LCSP, *“Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados”*. Por tanto, si los adjudicatarios deben constituir una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, los pliegos deben prever el régimen de transmisión de participaciones y del cambio de control. Esta circunstancia no debería valorarse con la normativa anterior a la nueva LCSP.

**3.-** Por último, la entidad consultante expone en su consulta que el pliego de cláusulas administrativas particulares que rige el contrato de gestión de servicios públicos para la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos y limpieza viaria recoge como causa de resolución *“Si el concesionario no presta el servicio directamente, incluido el supuesto de transmisión de acciones cuando sea una sociedad mercantil”*, y pregunta si se podría calificar esta operación como causa de resolución del contrato. Ante esta consulta, y al margen de cualquier otra precisión que pudiera contemplarse en el pliego de cláusulas administrativas particulares de ese expediente de contratación en relación con esa causa de resolución señalada, este órgano consultivo solo puede responder que no le corresponde comprobar si la citada causa recogida en el pliego de cláusulas administrativas se ajusta a la legalidad ni mucho menos determinar si en base a la misma cabe calificar la transmisión de acciones llevada a cabo como causa de resolución, labor que corresponde a la entidad y, en concreto, al órgano de contratación.

### **III - CONCLUSIONES**

**1.-** La regulación de la figura de la cesión del contrato establece que esta no podrá autorizarse cuando suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato, ya que a la Administración no puede serle indiferente quién es el titular del contrato y, por ello, el supuesto de transmisión de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad constituida específicamente para la ejecución del contrato se equiparan a la



cesión del contrato, cualquiera que sea el porcentaje efectivamente transmitido, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad contratista.

**2.-** Entre los requisitos que se deben cumplir para ceder un contrato o para transmitir participaciones o acciones de una sociedad se encuentra el que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión o la transmisión de participaciones; y que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

Es todo cuanto se ha de informar.