

## **INFORME 8/05 DE 29 DE SETEMBRE DE 2005**

### **CONTRACTE DE GESTIÓ DE SERVEIS PÚBLICS. UTE CONTRACTISTA. TRANSFORMACIÓ EN SOCIETAT ANÒNIMA. AUTORITZACIÓ. CESSIÓ DE CONTRACTE.**

#### **ANTECEDENTS**

El president del Consell Insular d'Eivissa i Formentera va plantejar una consulta a ta Junta Consultiva, mitjançant un escrit que diu així:

*“El Consell Insular d'Eivissa i Formentera, en endavant CIEFF, va tramitar l'expedient núm. 47/02C per a la contractació dels treballs de redacció “dels projectes, construcció, posada en funcionament i explotació d'unes instal·lacions de tractament integral de residus municipals i altres contemplats en el Pla Director Sectorial per a la Gestió de Residus Urbans d'Eivissa i Formentera.*

*El Plec de Clàusules Econòmic-Administratives particulars que va regir el concurs per a l'adjudicació de l'esmentat contracte estableix que el servei es prestarà mitjançant contracte administratiu de gestió indirecta de servei públic, en la modalitat de concessió, i inclourà l'execució de les obres necessàries pel seu desplegament, tot d'acord amb els art. 154 a 170 del RDLeg.2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, i el Reglament que la desplega, aprovat pel Reial Decret 1098/2001, de 12 d'octubre.*

*El 8 de maig de 2003, el Ple del CIEFF va resoldre adjudicar el contracte a l'oferta presentada conjuntament per les empreses següents: Herbusa, Foment de Construccions i Contractes, Urbaser i Cespa Enginyeria SA, les quals havien aportat el compromís de constituir una UTE en cas que resultessin adjudicatàries de la licitació.*

*La formalització en escriptura pública de la constitució de la UTE es va dur a terme el 16 de maig següent, i es van denominar UTE GIREF; el contracte entre aquesta i el Consell Insular es va formalitzar el 27 de juny de 2003.*

*El 13 de juliol de 2004 la UTE GIREF envia un escrit al Consell Insular en el qual sol·licita, per raons d'interès pràctic i operatiu, l'autorització per transformar la UTE en una societat mercantil en la modalitat de Societat Anònima, però sense alterar els elements personals del contracte ni tampoc l'objecte únic i exclusiu de la societat. D'altra banda, en el seu escrit, el sol·licitant, es compromet també davant el Consell Insular que, en primer lloc, en cas d'obtenir l'autorització de l'administració es mantindran les condicions de solvència exigides per a la contractació durant tot el període contractual; en segon lloc, a no transmetre les accions de la societat a tercers durant tot el període de la concessió.*

*Aquest escrit va ser informat pels serveis jurídics de la corporació, els quals van considerar que la sol·licitud efectuada per la UTE era la d'una cessió de contracte, figura prevista en l'art. 114 del RDLeg.2/2001, mitjançant el qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, i que no es donen les condicions per a autoritzar-la que s'estableixen en el referit art. 114. En concret, s'assenyala que “no es donen almenys dos dels requisits exigits per a poder autoritzar la cessió: En primer lloc, perquè no ha transcorregut el temps mínim d'execució del contracte per poder autoritzar la cessió que, vam recordar, és una cinquena part del temps total, i en el nostre cas serien cinc anys. Per altra banda, el nou contractista, - la societat anònima que es constituïria- no tindria la solvència tècnica exigida en el plec, atès que la personalitat dels socis de la societat no es traslladen a aquesta ni, per tant, les seves característiques.*

*El passat 13 de juny, ha tingut entrada en la corporació un nou escrit del representant de la UTE GIREF, al qual s'adjunta un dictamen emès pel catedràtic de Dret Administratiu Sr. Ernesto García-Trevijano Garnica, en el que considera factible que el contracte passi a ser gestionat per una Societat Anònima integrada per les mateixes empreses que ara integren la UTE GIREF, atès que aquest jurista considera que des d'un punt de vista jurídic-material no es pot parlar de cessió a un tercer del contracte.*

*Vist tot el qual s'ha indicat i vista la documentació que s'adjunta - l'informe jurídic i el dictamen-, així com l'art. 5.4 dels Plecs de Clàusules econòmic-administratives del contracte-, en aplicació de l'art. 12 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de les Illes Balears, així com la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, de contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, i els arts.15, 16, i 17 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, se sol·licita a aquesta Junta l'emissió d'un informe sobre els aspectes següents:*

- *Es tracta d'una cessió de contracte la conversió dels membres integrants d'una UTE en accionistes –amb els mateixos percentatges que participaven en la UTE – d'una Societat Anònima?*
- *En cas afirmatiu, si s'han de complir estrictament els requisits de l'art. 114.2 del TRLCAP, concretament, el termini previst a l'article 114.2.b) i la solvència de l'article 114.2.c) o, per contra, es pot ser més flexible atès que en realitat es dona una coincidència de subjectes i l'única cosa que canviaria seria la forma jurídica que adoptin per a la gestió del contracte.*
- *Finalment, i en qualsevol cas, seria possible autoritzar la transformació de la UTE concessionària del servei en Societat Anònima?."*

## **PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT**

1. La petició d'informe l'efectua el president del Consell d'Eivissa i Formentera, que segons el que estableix la disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre, sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears, està legitimat per fer-ho, en els termes i condicions determinats en els articles 12, del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta de Contractació i 15, 16 i 17 del Reglament d'organització i funcionament, aprovat per Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997.

2. L'escrit de petició d'informe s'acompanya amb un informe jurídic, i es compleix així el requisit que determina l'article 16 del Reglament esmentat.

3. S'estima suficient la documentació unida a l'escrit de consulta, per la qual cosa es donen els pressupostos d'admissibilitat de la sol·licitud de l'informe que s'emet.

## **CONSIDERACIONS JURÍDIQUES**

**PRIMERA.** Són diverses les qüestions que es plantegen en la consulta que formula el Consell d'Eivissa Formentera (des d'ara CEF), plantejaments al seu torn correlatius, en el sentit que la resposta a una mediatitza l'enfocament de les restants postures a les preguntes efectuades. Per aquest motiu s'ha de plantejar l'estudi de manera esglaonada i ordenada per a així arribar a conclusions clares i precises.

**SEGONA.** Així, en primer lloc, la resposta a la qüestió de si es tracta d'una cessió de contracte la conversió dels membres integrants d'una UTE (unió temporal

d'empreses) en accionistes – amb els mateixos percentatges que participaven en l'UTE- d'una societat anònima.

CIF formula la pregunta de si la conversió, per a emprar els mateixos termes, dels membres integrants d'una UTE en accionistes d'una societat anònima, pot suposar una cessió de contracte titularitat de l'UTE. Per a respondre a aquesta pregunta es fa necessari determinar quins són els requisits per poder parlar de cessió d'un contracte administratiu.

Segons afirma el peticionari de l'informe, el 13 de juliol de 2004, la UTE GIREF, constituïda per les empreses Herbusa, Foment de Construccions i Contractes, Urbaser i Cespa Enginyeria, SA, contractista dels treballs de “redacció dels projectes, construcció, posada en funcionament i explotació d'unes instal·lacions de tractament integral de residus municipals i altres contemplats en el Pla director sectorial per a la gestió de residus urbans d'Eivissa i Formentera”, va enviar un escrit al Consell Insular en el qual sol·licitada, per raons d'interès pràctic i operatiu, l'autorització per a transformar l'UTE en una societat mercantil en la modalitat de societat anònima, però sense alterar els elements personals del contracte ni tampoc l'objecte únic i exclusiu de la societat.

Els serveis jurídics del Consell Insular van informar, sobre aquesta qüestió en el sentit de considerar aquesta transformació una cessió del contracte i van rebutjar aquesta per tal de no concórrer en el segon cas, almenys, dels requisits que exigeix l'article 114 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny, que són, no haver transcorregut encara el temps mínim d'execució del contracte (inferior a la cinquena part del temps total) i el que el nou contractista (la societat anònima) no tindria la solvència tècnica exigida en el Plec de clàusules administratives particulars, per no traslladar-se a la societat la personalitat dels socis i, per tant, les seves característiques.

En el dictamen emès pel senyor Ernesto García-Trevijano Garnica, catedràtic de Dret Administratiu a instàncies del contractista i que consta en l'expedient de contractació, s'argumenta i raona la negativa a considerar cessió contractual la transformació sol·licitada a l'òrgan contractant i la seva postura favorable a l'autorització de la transformació sol·licitada.

La figura jurídica de la cessió de contracte administratiu està regulada en l'article 114 de la LCAP. Del contingut d'aquest article es desprèn, en primer lloc, que per a poder parlar de cessió de contracte és necessària la presència en les relacions contractuals de la figura del “tercer”. Estableix textualment: “Els drets i obligacions provinents d'un contracte es poden cedir a un tercer.....”.

Literalment parlant, tercer és “Persona que no es ninguna de dos o más de quienes se trata o que intervienen en un negocio de cualquier genero”. ( *Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Espanyola* ). Això aplicat al nostre supòsit jurídic que el tercer a qui es pretén cedir el contracte administratiu ha de ser una persona jurídica distinta a l'UTE concessionària.

**TERCERA.-** Per tant, ¿ estem parlant de persones jurídiques distintes quan ens referim a l'UTE i a la societat anònima creada encara que sigui pels mateixos integrants de la primera?, o per contra això suposa conservar la mateixa personalitat canviant únicament la forma de constitució societària.

Que ens trobem en aquest davant una veritable transformació, amb canvi de la personalitat jurídica del contractista, ho evidencia la seva intenció (l'UTE) de sol·licitar l'autorització de l'òrgan contractant per a fer-lo en societat anònima mercantil.

Per negar aquesta possibilitat, cal tenir en compte les consideracions següents:

a) En primer lloc, l'article 111 de la LCAP, estableix que és causa de resolució del contracte la mort o incapacitat sobrevinguda del contractista individual o l'extinció de la personalitat jurídica de la societat contractista.

b) Òbviament el legislador està tenint en compte dos dels subjectes contractistes a qui es refereix la LCAP en el seu articulat, i evidentment s'ha oblidat del tercer, que no és altre que les unions temporals d'empresaris que estableix en l'article 24.

c) La intenció de determinar l'extinció de la personalitat de tothom que contracta amb l'Administració, com a causa de resolució del contracte és clara, i per això si l'UTE s'extingeix com a tal, per a convertir-se en una societat anònima està incorrent de *lege* en causa de resolució del contracte.

**QUARTA.-** Però a més, el precepte comentat no pot desvincular-se, encara més, es completa totalment amb el disposat en l'article 24.1 últim paràgraf, que clarament condiona la durada de les UTEs a la del contracte: *"La durada de les unions temporals d'empresaris serà coincident amb la del contracte fins a la seva extinció"*.

Atesa aquesta norma, s'entén ociosa qualsevol altra conjectura referent a això.

La intenció del legislador és tan òbvia, que si legalment fos possible el canvi o transformació de l'adjudicatari contractista constituït en UTE, per la seva banda, del contracte, no existiria la limitació assenyalada, ni s'exigiria, com es fa en el mateix article 24.1, segon paràgraf, de la LCAP, que l'UTE nomeni "un representant o apoderat únic de la unió amb poders suficients per exercir els drets i complir les obligacions que es derivin del contracte fins que s'extingexi .

És a dir, si hagués la possibilitat de transformació de l'UTE en una entitat d'altre tipus, el text no seria el que és, sinó que la durada en l'acompliment de la funció ressenyada del representant, s'estendria mentre durés la mateixa UTE.

**CINQUENA.** Però no només aquesta és l'estimació de la Junta Consultiva de Contractació, ja que la pròpia doctrina ha interpretat la norma en el sentit indicat.

Així, Moreno Molina, assenyala que aquest tercer paràgraf de l'apartat 1 de l'article 24 de la LCAP, afegit en la Llei 53/1999, de 29 de desembre, de mesures fiscals, administratives i de l'ordre social (a la llavors vigent Llei 13/1995, de 18 de maig, de contractes de les administracions públiques), és una previsió que concorda amb el segon paràgraf del mateix article, que requereix que els poders del representant o apoderat de la unió, s'exerceixin fins a l'extinció del contracte, i s'eviti així la problemàtica de l'extinció de la personalitat de la unió temporal.

En el mateix sentit es pronuncia Calvo Chano, el qual manté que la durada de l'UTE coincidirà amb la de les obres, el servei o el subministrament que en constitueixi l'objecte.

També és coincident amb aquesta postura Fernández Astudillo.

Però és que, fins i tot abans de la reforma legislativa comentada en el punt que ens ocupa, la mateixa posició ja la mantenia la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Hisenda, en diferents informes.

Així, segons l'informe 25/97, de 14 de juliol, la durada de la unió d'empresaris ha de lligar-se a la durada del contracte, "existint arguments tendents a sostenir la vinculació de la durada de la unió d'empresaris a la durada del contracte en el mateix article 24 de la LCAP, en indicar que el representant o apoderat....."

Aquest mateix criteri es manté ja en l'informe 24/96, de 30 de maig de 1996, en l'última consideració del qual jurídica del qual s'assenyala que resulta significatiu referent a això que l'article 24. 1 de la LCAP, en el paràgraf segon, es refereixi expressament a l'exercici de drets i compliment d'obligacions que del contracte es derivin fins que s'extingeixi, la qual cosa "avala la interpretació assenyalada que les unions d'empresaris han de tenir necessàriament que tenir la mateixa durada que la del contracte al qual concorren".

Tot això no evidència sinó la intenció del legislador que l'exercici dels drets i l'assumpció de responsabilitats del contractista es contreguin exactament i exclusivament, pel que fa a la durada, a la durada del mateix contracte, de manera que aquells s'extingeixin quan ho faci aquest, en el cas que el seu executor sigui una unió temporal d'empreses; intenció, en la qual, per tant, i en pura lògica, és subjacent la d'impedir el canvi o transformació de l'UTE.

**SISENA.** Per altra banda, es donen en aquest cas altres raonaments per propugnar la improcedència d'autoritzar la transformació de l'UTE en una societat anònima, com, per exemple, que si els possibles interessats en la licitació, fins i tot qui llavors no ha van participar, en aquell moment haguessin tingut coneixement de la possibilitat de transformar, amb el transcurs del temps, la figura jurídica subjectiva adjudicadora del concurs, és possible i teòricament viable que pogués haver canviat el seu interès en la licitació (fins i tot reflectint-se en els termes i abast de la seva proposició), si escau.

Si, en conseqüència, ara s'accedís (malgrat els impediments legals assenyalats) a la petició de transformació de l'UTE en una societat anònima, es conculcarien els principis de la pròpia contractació, especialment el d'igualtat i el de concurrència.

**SETENA.** A més del fet que les consideracions expressades, segons el parer de la Junta Consultiva, abunden en l'argument de la coincidència de la durada de l'UTE i la del contracte, cal descartar els raonaments continguts en l'informe jurídic que acompanya la sol·licitud de la seva transformació en societat anònima, ja que no es tracta, com s'hi determina (vegeu l'epígraf III.3.3) que el Plec de clàusules particulars del contracte permeti successivament transformar l'UTE en una societat anònima, sinó que l'article 5.3 del Plec, l'única cosa que fa és possibilitar que els licitadors es presentin a la licitació en unió temporal d'empreses (facultat innecessària i intranscendent, ja que sobre això impera el que estableix l'article 24.1 de la LCAP), mentre que l'article 5.4 del mateix Plec obre altra opció o possibilitat, com és la que els empresaris que concorrin a la licitació conjuntament amb uns altres, puguin també fer-lo amb el compromís de constituir una societat, que seria la titular de la concessió, possibilitat aquesta última recollida a l'empara de la normativa de la LCAP vigent en aquell temps.

Però, com diem, en absolut es possibilita en el Plec de forma indubtable la transformació o canvi del contractista (en aquest cas, d'una UTE a una societat anònima), ni tan sols en la fase de licitació, si més no durant l'execució del contracte.

**VUITENA.** Però és més, del que no hi ha dubte és que les UTE, àdhuc mancants de personalitat jurídica i d'obrar en general, la llei els dota de la suficient per a contractar amb l'Administració, o sigui, capacitat per a adquirir drets i obligacions que provenen d'un contracte subscrit amb l'Administració pública. ( TS 16 nov. 1993 i altres.), i aquesta capacitat arrenca precisament de la capacitat d'actuar de les empreses que la integren i que ha de donar-se en totes, úniques responsables, i de manera solidària, davant l'administració de la bona fi del negoci contractual que es signa amb l'UTE.

Precisament, aquest protagonisme, aquesta decisió/empenta de la capacitat d'actuar de l'UTE a partir de les capacitats d'actuar dels membres de la unió, és el que ens condueix a afirmar la diferència de personalitats que es donen en el supòsit que ens ocupa, ja que la societat anònima adquireix personalitat jurídica i capacitat d'actuar per ella mateixa, per llei, totalment distinta i diferenciada de la dels accionistes que la conformen, mentre que l'UTE té capacitat d'actuar, de contractar amb l'Administració, mentre la tinguin tots els integrants d'aquella, que són únics que han d'acreditar-la davant l'òrgan de contractació.

**NOVENA.** En el cas que ens ocupa i per tot això, parlar de constitució d'una societat anònima per part de tots els membres integrants de l'UTE perquè passi a ser l'adjudicatària de la concessió en lloc d'aquesta, -la qual cosa no suposa cap cas de transformació, fusió o absorció de societats-, és parlar de la figura d'un tercer en les relacions entre l'administració contractant i l'UTE adjudicatària i, conseqüentment parlar de cessió de contracte administratiu.

És més, si acceptéssim que l'UTE i la nova societat anònima, són la mateixa persona, no seria necessari oferir, com assenyala l'informe de l'UTE, garanties solidàries dels socis amb l'Administració i altres garanties que no fan sinó exterioritzar el pensament que la mateixa UTE considera que el supòsit de canvi de contractista que aquí analitzem és un clar supòsit de cessió de contracte.

**DECIMA.** Atès que som davant la figura de la cessió de contracte administratiu, s'ha de donar resposta a la segona de les preguntes formulades pel CIF en el sentit de saber si vistes les peculiaritats de la cessió en qüestió (cedir el contracte a una societat anònima integrada únicament i exclusivament pels membres de l'UTE que cedeix) és necessari complir els requisits d'article 114 o per contra es pot adoptar una postura més flexible.

De la lectura de l'article en qüestió no es desprèn, ni s'esmenta si més no, el fet de flexibilitzar els requisits perquè hi pugui haver cessió en determinats supòsits. El precepte estableix uns requisits essencials per poder parlar de la cessió d'un contracte administratiu amb caràcter general per a tots els supòsits, per tant, on la llei no distingeix no cal fer distinció, afirmant que en el supòsit que ens ocupa, la cessió ha de complir amb tots i cadascun dels requisits necessaris perquè puguem parlar de la seva validesa.

**UNDECIMA.** Finalment, es donen els requisits perquè el CIF pugui donar l'autorització prèvia perquè sigui possible la cessió en qüestió?. Partint de la suposició que les qualitats tècniques o personals del que cedeix, en aquest cas els integrants de

l'UTE, no hagin estat causa determinant de l'adjudicació de la concessió, caldrà examinar si es donen tots i cadascun dels requisits per a la cessió.

Som davant un contracte de gestió de serveis públics en forma de concessió administrativa i per a aquest cas la Llei ( artículo 114 LCAP) exigeix que almenys s'hagi fet l'explotació de la concessió en una cinquena part del temps de durada del contracte. La concessió de la gestió del servei objecte del contracte la cessió del qual es pretén es va constituir per un període de 25 anys i la data del contracte de concessió és de 27 de juny de 2003, la qual cosa evidentment evidencia que no s'ha complert d'aquest requisit bàsic perquè pugui donar-se la cessió.

Exigeix, a més, l'article 114 de la LCAP que el concessionari tingui capacitat per a contractar amb l'Administració i la solvència exigible de conformitat amb els articles 15 a 20 de la LCAP i han d'estar degudament classificat si aquest requisit es va exigir al que cedeix. Evidentment, cap d'aquests requisits podrien donar-se en la societat anònima de recent constitució ja que en cap moment podrà acreditar la solvència que exigeixen els articles 15 a 20 de la LCAP tret que hagués una cessió de mitjans tècnics i experiència professional de tots i cadascun dels integrants de l'UTE a favor de la societat mercantil que pretén obtenir la concessió per cessió del contracte, cosa que probablement no succeirà ja que les empreses de l'UTE quedarien obligades a revisar el seu expedient de classificació a la baixa, i s'afebliria la seva capacitat contractual davant l'Administració pública.

Quant a l'última de les qüestions que planteja el CIEF, no hi ha dubte, i no cal dir-ho, que els membres integrants d'una UTE poden constituir-se en societat anònima o en qualsevol altre tipus s'associació que considerin oportú ja sigui civil mercantil o d'una altra índole. Una altra cosa és que aquesta nova figura jurídica pugui tenir la titularitat d'una concessió administrativa obtinguda en la corresponent licitació per l'UTE en qüestió.

## **CONCLUSIONS**

1. La cessió d'un contracte, adjudicat a una UTE, a una societat anònima constituïda pels mateixos membres de la unió i amb la participació dels mateixos percentatges és un supòsit de cessió de contracte administratiu regulat en l'article 114 de la TRLCAP.

2. En el supòsit de la cessió de contracte administratiu objecte d'aquesta consulta han de complir-se estrictament els requisits de l'article 114 del TRLCAP.

3. Els membres integrants d'una UTE poden constituir-se en societat anònima o en qualsevol altre tipus s'associació que considerin oportú ja sigui civil mercantil o d'altra índole. Una altra cosa és que aquesta nova figura jurídica pugui tenir la titularitat d'una concessió administrativa obtinguda en la corresponent licitació per la l'UTE en qüestió.