

## **LA TRANSMISIÓN DE ACCIONES O PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES CONCESIONARIAS: CONTINUIDAD O EXTINCIÓN DEL CONTRATO**

Joan Perdigó Solá  
Abogado<sup>1</sup> y Profesor de Derecho  
Administrativo de la Universidad de Barcelona

### **RESUMEN**

El llamado mercado secundario de concesiones y otros contratos públicos tiene, en la normativa, soluciones diversas en función de sus distintas modalidades, esencialmente, la cesión del contrato y las diferentes formas de sucesión de la persona del contratista. Sin embargo, la compraventa de las acciones o participaciones del contratista, sin que la personalidad del mismo se modifique en absoluto no ha recibido un particular tratamiento normativo. Sin embargo, algunos dictámenes del Consejo de Estado generan dudas al respecto de si este tráfico de títulos societarios puede llegar a asimilarse a una cesión del contrato. Más allá de esta doctrina, el Reglamento catalán de obras y servicios de los entes locales llega a calificar estas operaciones mercantiles como causa de resolución del contrato de concesión. En el presente trabajo se analiza esta controversia y se proponen alternativas razonables al respecto, en vistas a la nueva Ley de Contratos del Sector Público, que ha de transponer la nueva generación de Directivas europeas sobre contratación pública.

### **SUMARIO**

1.- Régimen jurídico de la cesión de contratos públicos, de la sucesión del contratista y de la transmisión de acciones o participaciones en sociedades contratistas. 1.1.- La cesión del contrato. 2.2.- La sucesión del contratista. 3.- ¿La transmisión de participaciones o de acciones es una forma de cesión del contrato?. 3.1.- El parecer del Consejo de Estado. 3.2.- La cuestión en el Reglamento de Obras y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña. 3.3.- Razones por las que se ha asimilado la transmisión de acciones o participaciones de una sociedad concesionaria a la cesión del contrato. 4.- La cuestión en el Derecho comunitario europeo.

---

<sup>1</sup> Socio de Tornos Abogados, SLP.

### **1.- Régimen jurídico de la cesión de contratos públicos, de la sucesión del contratista y de la transmisión de acciones o participaciones de sociedades contratistas**

Lo que se ha dado en llamar *mercado secundario de concesiones administrativas*<sup>2</sup>, o de otros contratos públicos, es objeto de una cierta regulación por la legislación de contratación pública, en forma de intervención administrativa de determinadas operaciones mercantiles, pero no de todas.

La Ley de Contratos del Estado de 1965, LCE, y su Reglamento de General de Contratación de 1975, RGC, solamente se ocupaban de la cesión de los contratos de obras y de los de gestión de servicios públicos (arts. 58 y 81 LCE, y 182 LCE y 81 RGC), que sometían autorización previa. Lo mismo hacía el artículo 128.1.5ª del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, RSCL, con respecto a la cesión de concesiones de servicios públicos, en relación con el artículo 52 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1953, RCCL. Hay que advertir que este precepto del RCCL, en principio, sólo admitía la cesión del contrato en el supuesto que se hubiera adjudicado por subasta, pero no cuando la licitación se hubiese efectuado por concurso-subasta, concurso o concierto directo, habida cuenta del carácter *intuitu personae* de la adjudicación por medio de estos procedimientos. Sin embargo y a pesar de que, en el RSCL, el procedimiento ordinario de adjudicación de la concesión era el concurso, se admitía la cesión en los términos de artículo 52 del RCCL previsto solamente para la subasta.

En la legislación posterior y ya con el carácter básico del artículo 149.1.18ª de la Constitución de 1978 –Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995 y su Texto Refundido de 2000, TRLCAP, Ley de concesiones de obras públicas de 2003, incorporada al TRLCAP, Ley de Contratos del Sector Público de 2007 y su vigente Texto Refundido de 2011, TRLCSP–, además de la cesión de contratos, pasa a regularse la sucesión en la persona del contratista. Pero sobre la transmisión de acciones o participaciones de una sociedad que sea contratista de la Administración o del sector público en general, no hay normativa estatal alguna.

---

<sup>2</sup> BLANQUER CRIADO, David. *La concesión de servicio público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, págs. 1056 a 1134.

### **1.1.- La cesión del contrato**

La cesión de contratos públicos está regulada en el artículo 226 del TRLCSP en términos muy similares al artículo 114 del TRLCAP. La cesión está claramente sujeta a autorización previa por el órgano de contratación, cuyo objeto es comprobar si se cumplen tres condiciones o requisitos:

- a) Que el cedente tenga ejecutado al menos el 20% del importe del contrato o, si se trata de la gestión de un servicio público, que se haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte de la duración del contrato; este requisito no aplica si el adjudicatario se encuentra en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.
- b) Que el cesionario tenga capacidad de contratar con la Administración, la solvencia exigible, esté clasificado si este requisito se ha exigido al cedente y no esté incurso en causa de prohibición de contratar.
- c) Que la cesión se formalice en escritura pública.

En todo caso, el contratista cesionario queda subrogado en todos los derechos y obligaciones del cedente.

La cuestión que vamos a abordar seguidamente es, precisamente, si la transmisión de todas o de una parte significativa de las acciones o participaciones en el capital de una sociedad concesionaria de un servicio público –o bien de los títulos privados en una sociedad de economía mixta– se puede equiparar a una cesión del contrato y, por lo tanto, someterse al mismo régimen de requisitos y de autorización previa. Civil y mercantilmente, es obvio que son operaciones que no tienen en absoluto nada que ver, puesto que su objeto es radicalmente diferente: transmisión del contrato en un caso y transmisión de las acciones o participaciones en el capital social de la compañía concesionaria en el otro. Sin embargo, algunos dictámenes del Consejo de Estado generan dudas al respecto, particularmente, cuando su doctrina ha sido recogida en un reglamento autonómico local, como es el caso del Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales de Catalunya, ROAS, aprobado por el Gobierno de la Generalitat catalana, mediante el Decreto 179/1995, de 13 de junio, por el que se vino a actualizar el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955.

## **2.2.- La sucesión del contratista**

La sucesión en la persona del contratista está regulada, actualmente, en el artículo 85 del TRLCSP. De conformidad con este precepto, en los supuestos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará vigente el contrato con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que queda subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del contrato. En los casos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará igualmente el contrato con la entidad a la que se atribuye el contrato, que queda subrogada en los derechos y obligaciones del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provenga el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato.

Si no se puede producir la subrogación por no reunir en la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias debe resolverse el contrato. Esta resolución se considera, a todos los efectos, como un supuesto de resolución culpable por parte del adjudicatario.

En la LCAP de 1995 y en el TRLACP de 2000, la sucesión de la persona del contratista no estaba contemplada como tal sino que, en los apartados 5 y 6 del artículo 113 de la LCAP, luego 111 del TRLCAP, sobre extinción de contratos, los supuestos de fusión, absorción, escisión, aportación o transmisión de empresa o rama de actividad, aparecían como excepciones a la resolución del contrato. Este mismo planteamiento hacía el artículo 202 de la LCSP de 2007. Pero como consecuencia de la modificación de la LCSP operada por la Ley de Economía Sostenible de 2011, LES, la sucesión de la persona del contratista pasó a tener un régimen jurídico propio, totalmente diferenciado de las causas de extinción del contrato, ni que fuera como excepción. Es el actual artículo 85 del TRLCSP, sobre supuestos de sucesión de empresas, que por sí solo constituye el Capítulo III del Título II del Libro Primero del TRLCSP:

*“En los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Igualmente, en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad a la que se atribuya el contrato, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia*

*exigida al acordarse la adjudicación o que las diversas sociedades beneficiarias de las mencionadas operaciones y, en caso de subsistir, la sociedad de la que provengan el patrimonio, empresas o ramas segregadas, se responsabilicen solidariamente con aquélla de la ejecución del contrato. Si no pudiese producirse la subrogación por no reunir la entidad a la que se atribuya el contrato las condiciones de solvencia necesarias se resolverá el contrato, considerándose a todos los efectos como un supuesto de resolución por culpa del adjudicatario.”*

Esta evolución, desde la LCAP de 1995 hasta la LES y el TRLCSP de 2011, da buena cuenta de que el legislador ya ni siquiera contempla estas operaciones mercantiles de sucesión de la persona del contratista como excepciones a las causas de extinción del contrato. Ya no es que estas operaciones deban ser razonablemente exceptuadas de tan grave consecuencia, sino tratadas como episodios ordinarios de la vida de una sociedad que no deben perturbar la relación contractual pública siempre, claro está, que se mantenga la solvencia exigida al contratista originalmente adjudicatario. Prevalece, por lo tanto, el principio de continuidad del contrato, especialmente característico de las concesiones y demás contratos de gestión de servicios públicos.

Ninguna de las Leyes o normas con rango de ley a las que nos hemos referido exige para las operaciones de sucesión en la persona del contratista la comunicación previa ni, mucho menos, la autorización. Sin embargo, la necesidad de acreditar ante la Administración que la sucesión cumplimenta los requisitos establecidos por la ley –en particular, para lo supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad–, ha generado la práctica de la comunicación de estas operaciones, ya sea con carácter previo o posterior a su formalización. Esta práctica ha sido incorporada al Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público que se sometió a información pública en el BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015, cuyo artículo 98.1, en su párrafo final, exige la comunicación sin establecer que tenga que ser necesariamente previa.

Cabe señalar, sin embargo, que el contrato de concesión de obras públicas regulado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, e incorporada al TRLCAP en los artículos 220 a 266 de este último, sí que sometió las diferentes operaciones mercantiles de sucesión de la persona del contratista (art. 265.5 y 6 TRLCAP) a autorización previa del órgano de contratación. La LCSP de 2007 y luego los apartados 5 y 6 de artículo 270 del TRLCSP han mantenido este mismo régimen autorización para la sucesión en la persona del concesionario de obra pública.

Ha que añadir, finalmente, que un supuesto particular de sucesión en la persona del contratista está contemplado en el artículo 263 del TRLCSP, para el caso de ejecución de la hipoteca de una concesión de obras públicas, perfectamente aplicable a la concesión de servicios públicos con ejecución de obras. En este supuesto, se prevé la previa autorización administrativa como requisito para participar en el procedimiento de ejecución hipotecaria, con el fin de garantizar, por anticipado, que el adjudicatario de dicho procedimiento quede subrogado en la posición del concesionario, cumpla los requisitos exigidos al contratista inicial.

### **3.- ¿La transmisión de participaciones o de acciones es una forma de cesión del contrato?**

Como hemos anticipado, sin embargo, en algunos de sus dictámenes, el Consejo de Estado ha asimilado la transmisión de la totalidad de las acciones o participaciones de una sociedad titular de una concesión a una cesión del contrato. Esta transmisión puede producirse entre socios o con terceros, alterando así las posiciones de control de la sociedad concesionaria. Esta alteración puede generarse también por una ampliación de capital, a la que acuden los socios originales o mediante la cual se incorporan socios nuevos a la sociedad concesionaria original.

#### **3.1.- El parecer del Consejo de Estado**

Como hemos avanzado, el Consejo de Estado, en sus Dictámenes 3375/2001, 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 de una parte significativa de dichos títulos. Consecuencia de ello sería, por lo tanto, que dicha operación mercantil debería someterse al mismo régimen de autorización previa que la cesión del contrato.

El Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001 se emitió con ocasión del Anteproyecto de Ley de concesión de obras públicas, aprobada en 2003. Es en este dictamen que se equipara transmisión de la totalidad de las acciones o participaciones de una sociedad concesionaria de obras públicas a una cesión del contrato y, por lo tanto, se entiende que, como la cesión, la transmisión de la totalidad de las acciones se ha de someter a autorización del órgano de contratación:

*"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 Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).*

*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 de una entidad concesionaria 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 establecida 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."*

El anterior Dictamen 998/1994 se refería también a una concesión de obra pública, pero vinculada a una concesión de la Ley de Costas. Efectivamente, el artículo 137 del Reglamento de la Ley de Costas, aprobado por el Real

Decreto 1471/1989, de 1 de diciembre, que desarrolla el artículo 70.2 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas –según el cual las concesiones no son transmisibles por actos *inter vivos* salvo que constituyan la base para la prestación de un servicio público y la Administración autorice la cesión del correspondiente contrato de gestión del servicio–, complementa este precepto de la Ley estableciendo que:

*“... cuando el concesionario sea una persona jurídica cuya actividad principal consista en el disfrute de la concesión, se considerará transmisión cualquier cambio en la titularidad de las acciones o participaciones que suponga sustitución de los socios o accionistas que lo fueren al tiempo de otorgamiento de la concesión, en porcentaje igual o superior al 50 % del capital social”.*

Es precisamente al amparo de esta regulación especial que el Consejo de Estado emite los Dictámenes 1507/1993, 998/1994 y 2578/1998 y declara la extinción de la concesión demanial por haberse transmitido la totalidad de las acciones de la entidad concesionaria sin la previa autorización administrativa.

Por su parte, la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, que regula el régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, cuando se refiere en su artículo 117 a los actos de transmisión y gravamen de las concesiones demaniales establece que:

*“La enajenación de las acciones, participaciones o cuotas de una sociedad, comunidad de bienes u otros entes sin personalidad jurídica que tengan como actividad principal la explotación de la concesión, exigirá la autorización de la Autoridad Portuaria siempre que pueda suponer que el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad o comunidad. En el supuesto de que la concesión tenga por objeto la prestación de un servicio portuario básico o el desarrollo de una actividad o servicio comercial directamente relacionado con la actividad portuaria, la transmisión no podrá ser autorizada cuando el adquirente sea titular de una concesión con el mismo objeto o tenga una participación directa o indirecta que le permita influir de manera efectiva en una sociedad o*

*comunidad titular de una concesión cuyo objeto sea el mismo, siempre que ostente una posición dominante en la actividad objeto de la concesión dentro del puerto o cuando como consecuencia de la adquisición pueda adquirirla. Para la determinación de las situaciones de influencia efectiva en la gestión o control de una entidad y de tenencia de posición dominante en el puerto se estará a lo dispuesto en el artículo 77.1 de esta Ley”.*

En este supuesto, tal y como se desprende de la lectura del precepto transcrito y de la Exposición de Motivos de la Ley<sup>3</sup>, el régimen de autorización se justifica por la necesidad de garantizar en el ámbito de los puertos de interés general una competencia efectiva en la prestación de servicios portuarios básicos y servicios comerciales directamente relacionados con la actividad portuaria, evitando en lo posible que haya empresas que ostenten situaciones de posición dominante.

En todo caso y volviendo al Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001, sobre la Ley de concesiones de obras públicas, es claro que el Gobierno al aprobar el Proyecto de Ley y luego las Cortes Generales al aprobar la Ley 13/2003 no quisieron seguir el parecer del Consejo de Estado. Así, como hemos visto, tanto esta Ley como su correspondiente incorporación al TRLCAP sólo sometieron a autorización previa los diferentes supuestos de sucesión en la persona del concesionario de obra pública, pero no la transmisión de la totalidad ni de una parte significativa de las acciones o participaciones de la sociedad concesionaria de la obra pública, como propugnaba el Consejo de Estado en su dictamen.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña, JCCAC, en su informe 1/2001, de 30 de marzo, en relación también con una concesión de obra pública, parece apartarse del criterio del Consejo de Estado, para finalmente someterse, sin embargo, a él:

---

<sup>3</sup> Según la Exposición de Motivos de la Ley 43/2008: “Este marco jurídico regula los regímenes económico-financiero, de prestación de servicios y de utilización del dominio público para potenciar la posición competitiva de los puertos españoles en un contexto del sector del transporte, internacional y europeo, globalizado, abierto y liberalizado, garantizando los principios de libre competencia inter e intra portuaria de acuerdo con las características de los tráficos y el número y tamaño de nuestros puertos. Para ello, esta Ley subraya los factores o criterios de rentabilidad y eficiencia en la explotación del dominio público portuario y apuesta decididamente por la promoción e incremento de la participación de la iniciativa privada en la financiación, construcción y explotación de las instalaciones portuarias y en la prestación de los servicios portuarios a través del otorgamiento de los correspondientes títulos habilitantes.”

*"4. 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 lo 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 lo 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 quien es el titular de la concesión o, en otras palabras, la importancia de la identidad del concesionario no resulta una cuestión menor."*

La verdad es que, a nuestro entender, el planteamiento correcto es el que hace la JCCAC en la primera parte del razonamiento transcrito, en el sentido de que la cesión de una concesión o de cualquier clase de contrato hay, efectivamente, una novación subjetiva de la persona del contratista, mientras que en la transmisión de acciones o participaciones representativas del capital de la sociedad, ni que sea de la totalidad, la personalidad jurídica de la sociedad concesionaria permanece invariable. Las dos operaciones, pues, no tienen nada que ver ni, por lo tanto, pueden someterse a un idéntico régimen de intervención administrativa previa por el órgano de contratación<sup>4</sup>.

En todo caso, esta doctrina del Consejo de Estado y de la JCCAC se refiere a la concesión de obras públicas y no a las concesiones de servicios públicos –como las que nos ocupan–, ni mucho menos a todas las demás modalidades de contrato de gestión de servicios públicos.

---

<sup>4</sup> Es también de esta opinión Marta PASTOR LÓPEZ, en *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, Coordinador Emilio Jiménez Aparicio, Aranzadi, Cizur Menor, 2002. Pág. 1030.

### **3.2.- La cuestión en el Reglamento de Obras y Servicios de las Entidades Locales de Cataluña de 1995**

El Reglamento de Obras, Actividades y Servicios de los Entes Locales de Catalunya, ROAS, aprobado por el Gobierno de la Generalitat mediante el Decreto 179/1995, de 13 de junio, es una actualización del antiguo Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, RSCL, puesto al día con mejoras y actualizaciones la más de las veces afortunadas y, por ello este Reglamento ha tenido un cierto predicamento en el resto de España. Pero, en ocasiones como la que nos ocupa, las innovaciones del ROAS carecen no sólo de fundamento legal, sino de título para ejercer la potestad reglamentaria en alguna de las materias que pretenden.

Este es el caso, a nuestro parecer, de los artículos 241 j) y 260.1 f) del ROAS. Según estos preceptos –el primero con respecto a los contratos de gestión indirecta de servicios locales en general y el segundo a los de concesión en particular– la transmisión de acciones o participaciones de una sociedad mercantil puede ser causa de extinción del contrato cuando:

*“... sea relevante y determine la alteración de la dirección o del control de la sociedad o la modificación sustancial de las condiciones del otorgamiento del contrato.”*

Probablemente, en su afán de mejora del RSCL de 1955, los autores del ROAS de 1995, conocedores de los Dictámenes del Consejo de Estado 1507/1993 y 998/1994, quisieron incorporar su doctrina al Reglamento catalán que iba a sustituir al RSCL de 1955. Pues bien estos preceptos carecían, ya en origen, de título legal para desarrollar reglamentariamente esta situación, por dos razones.

En primer lugar, porque el ROAS es un reglamento ejecutivo de la Ley Municipal y de Régimen Local de 1987, luego Texto Refundido aprobado por el Decreto Legislativo 2/2003, TRLMC. Y ni la Ley Municipal original, ni en las posteriores Leyes de modificación del Texto Refundido nunca se ha contemplado una norma, en materia de contratación local, que permita un desarrollo reglamentario como el que efectúan los citados artículos del ROAS.

Y en segundo lugar porque, con independencia del rango reglamentario de los preceptos comentados, la contratación pública es una competencia básica del Estado y su desarrollo por la legislación autonómica no se puede apartar de la legislación estatal básica, salvo por lo que se refiere a sus especialidades organizativas, conforme establece el artículo 149.1.18ª de la

Constitución española y como recuerda la Disposición final segunda del TRLCSP. Así pues, desde su aprobación por el Decreto 179/1995, de 13 de junio, los indicados artículos del ROAS eran ya contrarios a la LCAP de 18 de mayo de 1995; y, en cualquier caso, quedaron derogados por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de aprobación del TRLCAP, derogación que se ha mantenido con la LCSP de 2007 y el TRLCSP de 2011.

Por otra parte, desde que el artículo 85.2 B de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, LBRL, fue modificado por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, y remitió el régimen jurídico de la gestión indirecta de servicios públicos locales al general de los contratos administrativos de gestión de servicios públicos, entonces ya regulado por el TRLCAP de 2000, los artículos del TRLMC que regulaban las diferentes modalidades de gestión indirecta de servicios públicos, que el ROAS desarrolla, quedaron sin efecto. Esta modificación del artículo 85 de la LBRL se repite en la LCSP d 2007 y en el TRLCSP de 2011, así como en la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración local, LRSAL.

Hace pues más de doce años que las modalidades de gestión indirecta de gestión de servicios públicos locales, que venían del Texto articulado y refundido de la Ley de Régimen Local de 1955, quedaron sustituidas por las diferentes modalidades de contrato de gestión de servicios públicos de la legislación estatal general, aplicable en cada momento a todas las Administraciones públicas. En definitiva que, por lo menos, a partir de la entrada en vigor de Ley 57/2003, el ROAS catalán ya no podía desarrollar un régimen de contratación local que, si bien se mantenía en el Texto Refundido de la Ley Municipal de Cataluña, había quedado sin efecto.

Un reglamento autonómico no puede regular causas de extinción del contrato de gestión de servicios públicos que no estén contempladas en la legislación estatal general y básica en materia de contratación pública, habida cuenta de que los artículos 223 y 286 del TRLCSP que tienen carácter básico (DF 2ª.3 TRLCSP). Las operaciones que impliquen transmisión de acciones no pueden dar lugar a una causa de resolución contractual, en Cataluña, que no se de en el resto de España, pues ello alteraría la necesaria igualdad en el tratamiento de las empresas ante las Administraciones públicas. El régimen jurídico aplicable en Cataluña a la extinción de las empresas contratistas de servicios públicos debe ser necesariamente el mismo que en el resto de España dado el carácter básico de las normas que regulan las causas de extinción contractual. Es por ello

que la disposición del ROAS catalán es inaplicable por ser contraria al ordenamiento jurídico, y concretamente, a la Constitución.

Se produce pues una colisión frontal entre el artículo 241.j del ROAS, el TRLCAP, la LCSP y el TRLCSP, choque del que la norma autonómica no puede salir bien parada. Además, de prevalecer el ROAS, se impondría la imposibilidad de aplicar tanto el régimen de autorización administrativa previa –cesión del contrato– como el de comunicación –operaciones de escisión, aportación, etc.–, puesto que de su dicción literal resulta que los negocios jurídicos que impliquen la sustitución del gestor así como las operaciones societarias que impliquen una alteración de la dirección o del control de la sociedad suponen la extinción del contrato.<sup>5</sup>

En efecto, los supuestos contemplados en el artículo 241.j) del ROAS son básicamente dos. El primero de ellos –no prestar el gestor directamente el servicio– se referiría a los casos en que hay una modificación subjetiva del contrato (operaciones de reestructuración societaria y casos de cesión del contrato). El segundo supuesto –transmisión de las acciones o participaciones relevante y determinante de la alteración de la dirección o del control de la sociedad, o la modificación sustancial de las condiciones del otorgamiento del contrato– se referiría a los cambios en la participación social en el capital de la empresa contratista. Tanto unos como otros darían lugar a la extinción del contrato. No contempla el ROAS la posibilidad de excepcionar el régimen estricto de extinción contractual, lo que conlleva que el régimen de intervención administrativa regulado en la LCSP para la cesión contractual y las operaciones de reestructuración societaria se habría convertido, en el ROAS catalán, en un régimen de prohibición absoluta. Si su artículo 241.j) fuese aplicable sin más, sería como admitir que, en Cataluña, todos los contratos de servicios públicos locales son, por definición normativa, intrasmisibles<sup>6</sup>. Pero esta conclusión es inadmisibles, sobre todo teniendo en cuenta que el TRLCSP no contemplan como causas de extinción las operaciones de reestructuración societaria, ni los casos de cesión de los contratos, antes al contrario, estas instituciones se inspiran en el principio de continuidad del contrato

---

<sup>5</sup> En este sentido Carlos PADRÓS REIG, en *Modificaciones subjetivas en la ejecución de de contratos de concesión de servicios públicos: entre dogmática administrativa y realidad práctica*, Revista española de Derecho Administrativo, Civitas, núm. 135, 2007, pp. 459-503.

<sup>6</sup> Carlos Padrós Reig, op. cit.

Es verdad, sin embargo, que la Comisión Jurídica Asesora de la Generalidad de Cataluña, CJAC, no se ha cuestionado la vigencia de los indicados preceptos del ROAS. Así, en Dictamen de 31 de enero de 2007, sobre la resolución de un contrato de concesión de obras públicas sino de concesión de la explotación de una zona deportiva municipal, no se cuestiona la aplicación del artículo 241 j) del ROAS, entendiendo que:

*"También se deriva del expediente que parte de la prestación del servicio ha sido asumida por una entidad sin ánimo de lucro, como es un club de tenis y que, además, se ha producido una transmisión de acciones de la empresa concesionaria que ha provocado un cambio en la dirección y el control de la sociedad concesionaria, sin que este haya sido comunicado al Ayuntamiento, cosa que constituye claramente una causa de resolución del contrato prevista en el artículo 241.j), en relación con el artículo 235.f) del ROAS, ya que constituye, al mismo tiempo, una de las obligaciones esenciales del contratista el hecho de comunicar esta eventualidad."*

Como se indica en este Dictamen, la transmisión de las acciones sin comunicación previa al Ayuntamiento era sólo una de las causas de resolución y no precisamente la más relevante. De todas formas si, como dice el Dictamen, la transmisión provocó un cambio en la dirección y el control de la sociedad concesionaria, el hecho de que no se comunicara al Ayuntamiento es totalmente irrelevante, puesto que conforme al artículo 241 j) del ROAS, cuya aplicación se pretende, tal alteración es causa de resolución irremediable del contrato, sin que la autorización o la comunicación previa de la transmisión de acciones puedan subsanar esa supuesta infracción legal. Por otra parte, parece que las participaciones de la sociedad limitada adjudicataria se transmitieron a una entidad sin ánimo de lucro –un club de tenis–, lo cual podría haber afectado la solvencia. Pero es que, como veremos más adelante, quienes fueran los propietarios –personas físicas o jurídicas– de las participaciones en el capital de la SL adjudicataria, no fue ni pudo ser relevante ni para que la SL participara en la licitación ni para que resultara adjudicataria del contrato de explotación del polideportivo municipal.

En cualquier caso, los referidos preceptos del ROAS han de entenderse derogados, sino de forma expresa, sí implícitamente. Así es, a raíz precisamente de la enésima modificación del artículo 85.2 B de la LBRL por la LRSAL de 2013, con remisión de las modalidades de gestión indirecta de servicios públicos locales a las de contratos de gestión de servicios públicos a la legislación básica estatal, en su Disposición derogatoria, la Ley catalana 16/2015, de 21 de julio de simplificación administrativa de la

Administración de la Generalidad y de los gobiernos locales, deroga expresamente los artículos 258 a 268 del Texto Refundido de la Ley Municipal y de Régimen Local de Cataluña de 2003, TRLMC, es decir, los artículos que regulan las referidas modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos locales. Por lo tanto, derogados los preceptos de la Ley que el ROAS desarrolla, los artículos de este Reglamento que regulan la gestión indirecta de servicios públicos locales quedan implícita pero manifiestamente derogados y, entre ellos, los artículos 241 j) y 260.1 f). Sin necesidad de acudir al argumento sustantivo de que dichos preceptos reglamentarios son contrarios a la legislación estatal básica, el simple argumento formal de la relación entre la Ley y sus reglamentos ejecutivos comporta, inevitablemente, la derogación de reglamento ejecutivo cuando la Ley o la parte de la misma que el reglamento desarrolla es derogada<sup>7</sup>.

### **3.3.- Razones por las que se ha podido asimilar la transmisión de acciones o participaciones de una sociedad concesionaria a la cesión del contrato**

La explicación de esta asimilación defendida, en su momento por el Consejo de Estado y luego reproducida por el ROAS catalán, puede estar en la expresión que utiliza el tan citado artículo 241 j) del ROAS, en el sentido de que la transmisión de los títulos societarios “*altere el control de la sociedad*”. Esta alusión al control de la sociedad concesionaria nos remite directamente a los antecedentes históricos, tanto de las concesiones de obras públicas como a los de las propias sociedades por acciones de responsabilidad limitada.

Durante todo el siglo XIX las concesiones administrativas se configuraban como una relación jurídica *intuitu personae*, personalísimas o *ad hoc*, de forma que quienes fueran los propietarios de la sociedad concesionaria no era un factor ajeno al contrato de concesión, sino causa esencial del mismo<sup>8</sup>. Por otra parte, también durante buena parte del mismo siglo XIX, la constitución de sociedades por acciones de responsabilidad limitada no era un derecho de libre ejercicio, sino que estaba sometida a su autorización por Decreto o incluso por Ley y su objeto social sólo podía ser una actividad de utilidad pública; así se establecía en la Ley y el Reglamento de 17 de febrero

---

<sup>7</sup> EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÀS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, 16ª edición, Cizur Menor (Navarra), 2013, pp. 300 a 305.

<sup>8</sup> MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *La extinción de la concesión de servicio público*, La ley, Madrid, 1992, pág. 159, y FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, *Las concesiones de dominio público*, Civitas, Madrid, 2007, págs. 327 y 328.

de 1848. Y, en más de una ocasión, ambas disposiciones –la autorización de constitución de la sociedad y el otorgamiento de la concesión–, se producían en unidad de acto, lo que reforzaba el carácter personalísimo o *intuitu personae* de la concesión de la ejecución de la obra de utilidad pública de que se tratara y de su posterior explotación.

En el marco descrito, la propiedad de la sociedad concesionaria, es decir, el control efectivo de la misma era un elemento esencial del contrato de concesión y, en su caso, de la misma sociedad. Es a ese control efectivo de las sociedades titulares de concesiones al que se refieren los dictámenes del Consejo de Estado, ceñidos a la concesión de obras públicas, y que el ROAS catalán pretende extender a toda clase de contratos de gestión de servicios públicos.

Pero desde que la legislación española en materia de contratación administrativa se caracteriza por su objetividad, garantizada por los principios de igualdad, publicidad, transparencia, capacidad y solvencia –por lo menos desde la LCE de 1965–, quien tenga la propiedad o el control efectivo de la sociedad concesionaria constituye un factor absolutamente ajeno al contrato que, además, puede ser perfectamente desconocido durante toda la vida del mismo. Pensemos en sociedades concesionarias que en el momento de la adjudicación o durante la ejecución del contrato son o pasan a ser propiedad de heterogéneos fondos de inversiones extranjeros, circunstancia que no afecta para nada a la sociedad contratista ni al contrato. En este sentido BLANQUER CRIADO afirma que:

*“... la elección del concesionario no se realiza por las cualidades singulares y exclusivas de un sujeto; no se trata de una designación <<personalísima>> fundada en los rasgos individuales de un sujeto, en el sentido de que el concesionario no pueda ser sustituido por ninguna otra persona. Por lo demás, ese carácter <<personalísimo>> del concesionario sólo puede predicarse de las cualidades individuales de las personas físicas dotadas de dignidad humana, y no del perfil institucional o corporativo de las personas jurídicas como las sociedades capitalistas de naturaleza mercantil.”<sup>9</sup>*

La transmisión de la totalidad o de una parte significativa de las participaciones en el capital social de una compañía puede, ciertamente, afectar a su solvencia y ser causa de resolución del contrato, conforme a los artículos 223 a 225 del TRLCSP. Pero el mantenimiento de los requisitos de solvencia exigidos para la adjudicación del contrato es una obligación

---

<sup>9</sup> BLANQUER CRIADO, David, op. cit. , págs. 1082 a 1085.

esencial del contratista frente a cualquier tipo de eventualidades, entre las que la transmisión de las participaciones es una más, y no por ello el contratista ha de estar pidiendo autorización o comunicando al órgano de contratación todas y cada una de las vicisitudes que pudieran suponer una pérdida de solvencia, para justificar que se mantiene.

Cuestión diferente es que la autorización o la comunicación previa de la transmisión de títulos societarios o cualquier otra forma de sucesión de empresa esté contemplada en el Pliego de cláusulas administrativas del contrato. Confirman este enfoque las Sentencias de las Salas de la Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia Murcia 815/2014, de 28 de octubre, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 294/2015, de 17 de junio, y de la Audiencia Nacional 26/2015, de 4 de mayo. En estas tres Sentencias se establece que es ajustada a Derecho la exigencia de autorización de la transmisión de las acciones o las participaciones de diferentes sociedades concesionarias, por la sencilla razón de que así estaba previsto en el correspondiente Pliego de cláusulas económico-administrativas que rigió la adjudicación de los respectivos contratos de concesión, no porque dicha transmisión se pueda asimilar a una cesión del contrato. Y por supuesto, casos aparte son los expresamente previstos en la legislación sectorial, anteriormente señalados.

#### **4.- La cuestión en el Derecho comunitario europeo**

La doctrina del nuestro Consejo de Estado, en el sentido de identificar cesión del contrato de concesión de obras pública con transmisión de la totalidad de las participaciones en una sociedad concesionaria de obra pública, tiene ciertamente, alguna manifestación en Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE. Así, en Sentencia de 19 de junio de 2008 (asunto C-454/06), se establece que:

*“44. En efecto, de los autos se desprende que APA-OTS es una filial al 100 % de APA, que esta última dispone de un poder de dirección sobre APA-OTS y que existe entre estas dos entidades un contrato de transferencia de pérdidas y beneficios, que asume APA. Además, de los autos se desprende que un representante autorizado de APA aseguró a la entidad adjudicadora que, tras la transferencia de los servicios OTS, APA respondería solidariamente junto con APA-OTS y que nada cambiaría en la prestación de conjunto existente.*

*45. Tal acuerdo representa, en esencia, una reorganización interna de la otra parte contratante, que no modifica de manera esencial los términos del contrato inicial.*

*46. En este contexto, el órgano jurisdiccional remitente se pregunta sobre las consecuencias jurídicas de la circunstancia de que la entidad adjudicadora no tenga la seguridad de que las participaciones sociales no se cederán a terceros durante el período de vigencia del contrato.*

*47. 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 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.*

*48. Se aplicaría un razonamiento análogo si la cesión de las participaciones sociales de la filial a un tercero ya estuviera prevista en el momento de la transferencia a ésta de las actividades de que se trata (véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 2005, Comisión/Austria, C-29/04, Rec. p. I-9705, apartados 38 a 42).*

*49. No obstante, en tanto no se produzca tal evolución, sigue siendo válido el análisis que figura en el apartado 45 de la presente sentencia, según el cual la situación considerada constituye una reorganización interna de la otra parte contratante. La inexistencia de una garantía de que las participaciones sociales no se cederán a terceros durante la vigencia del contrato no afecta a esta conclusión."*

Como es de ver, esta Sentencia del TJUE no es concluyente pero, si nos atenemos a su apartado 47, en el sentido de que, si las participaciones de la sociedad contratista fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato, ya no se trataría de una reorganización interna, sino de un cambio efectivo de parte contratante, entonces sí que, a juicio del TJUE, ello que constituiría el cambio de un término esencial del contrato y una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50/CEE. Pero la verdad es que ni esta Directiva ni la posterior 2004/18/CE, como nuestra legislación en materia de contratos, no otorgan relevancia alguna a la propiedad de la sociedad contratista, ni mucho menos establece que una transmisión de las participaciones en el capital social de la misma constituya una novación contractual que acarree su resolución. Es de nuevo la reminiscencia histórica de los contratos públicos *intuitu*

*personae* y no el derecho positivo vigente lo que está en el trasfondo de este razonamiento del TJUE.

Buena prueba de ello son las nuevas Directivas de contratación, tanto la general 2014/24/UE, como la 2014/23/UE sobre concesiones. Efectivamente, en la propuesta de nuevas Directivas de 20 de diciembre de 2011 y en aparente seguimiento parcial de la indicada jurisprudencia del TJUE, la novación subjetiva del contratista por sucesión del contratista inicial, ya fuera por reestructuración empresarial, absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico, constituía una causa de resolución del contrato público, tanto de obras, servicios y suministros, como de concesión de obras o de servicios. Pero, en las Directivas definitivamente aprobadas por el Parlamento Europeo y el Consejo, el 26 de febrero de 2014, tales operaciones mercantiles se encuentran entre las modificaciones admitidas por los artículos 72.1 d) ii) de la Directiva 2014/24/UE y 43.1 d) ii) de la Directiva 2014/23/UE:

*“ii) la sucesión total o parcial del concesionario 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, ...”*

De hecho, la referencia a la *adquisición* del concesionario por un tercero incluiría la transmisión de las participaciones sociales como supuesto de modificación perfectamente admitida. Por otra parte, la declaración de *insolvencia* del concesionario inicial dejaría de ser la causa de resolución prevista en los artículos 223 b) y 224.2 del TRLSCP, si un tercero adquiere la concesión en tal circunstancia, siempre y cuando, claro está, cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente. En realidad, como ya hemos anticipado, y como excepción a los indicados preceptos, el artículo 263 del TRLCSP ya contempla este supuesto de sucesión de la concesión de obras públicas –aplicable a la de servicios públicos con ejecución de obras– en el caso de ejecución de la hipoteca de la concesión.

Por lo que se refiere a la transposición de las nuevas Directivas de Contratación a la Derecho español, ya hemos avanzado que Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público que se sometió a información pública en el BOE núm. 98, de 24 de abril de 2015, en su artículo 98.1, incluye la obligación de comunicar al órgano de contratación los diferentes supuestos de sucesión en la persona del contratista, sin precisar que dicha comunicación tenga que ser necesariamente previa. De todas formas este

artículo del Anteproyecto reproduce demasiado literalmente el actual artículo 85 del TRLSCP cuando, en realidad debería reproducir los mencionados artículos 72.1 d) ii) de la Directiva 2014/24/UE y 43.1 d) ii) de la Directiva 2014/23/UE, en la medida que incluyen, entre los supuestos de sucesión en la persona del contratista, los de adquisición e insolvencia

Por otra parte, en el artículo 279 del referido Anteproyecto desaparece la autorización de dichas operaciones para los concesionarios de obras públicas que, por supuesto, tampoco figura en las concesiones de servicios, con lo que parece que se juzga suficiente la comunicación que se exige con carácter general para las distintas operaciones mercantiles que comportan la sucesión del contratista. De todas formas, la nueva LCSP debería precisar que la transmisión de acciones o participaciones de las sociedades concesionarias también ha de ser objeto de comunicación, por lo menos cuando altere significativamente la participación en el capital social (el 50%, por ejemplo. Se trataría justamente de transponer el supuesto de *adquisición* de la concesión, que hemos visto que los tan citados artículos 72.1 d) ii) de la Directiva 2014/24/UE y 43.1 d) ii) de la Directiva 2014/23/UE incluyen entre las modificaciones admitidas relacionadas con la persona del contratista.

Barcelona, 15 de enero de 2016.