

**Informe 30/01, de 13 de noviembre de 2001."Alcance del apartado 6 del artículo 112 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y posibilidad de su aplicación en operaciones de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma que no supongan la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad que se escinde, aporta o transmite. Transmisión de una concesión administrativa como consecuencia de aportación empresarial. Diferencia con la figura de la cesión del contrato".**

## **ANTECEDENTES.**

1. Por el Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Madrid se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

*"De conformidad con lo establecido en el art. 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se eleva consulta a ese órgano sobre las siguientes cuestiones:*

*- Alcance del apartado 6° del artículo 112 del TRLCAP y posibilidad de su aplicación en operaciones de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma que no supongan la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad que se escinde, aporta o transmite.*

*- Caso afirmativo, significado del concepto de "aportación de empresas", a efectos de lo dispuesto en el artículo 112, 6° del TRLCAP.*

*- Y finalmente, momento en que, en estos casos, hay que calificar la capacidad y solvencia del nuevo contratista, y posibilidad de hacerlo con carácter previo a la escisión, aportación, transmisión de la empresa o rama de la misma.*

*Las mencionadas dudas se presentan en el informe emitido por la Secretaría General de esta Corporación, de fecha 6 de julio de 2001, del que se une fotocopia."*

2. Como indica expresamente en el anterior escrito se une al mismo informe de la Secretaría General del Ayuntamiento de Madrid, fechado el 6 de julio de 2001, cuyo contenido se estructura en diversos apartados.

En el apartado 1, bajo la rúbrica antecedentes se consignan los siguientes

- La sociedad de responsabilidad limitada concesionaria de la construcción y explotación de un estacionamiento municipal para automóviles, se dirige al Ayuntamiento para comunicarle su intención de constituir una nueva sociedad, también de responsabilidad limitada, de la que la solicitante sería único socio, y a la que desea aportar como desembolso de la totalidad del capital social, una caseta, que sirve de oficina, y todos los derechos y obligaciones que para la sociedad aportante dimanar de la concesión, para construcción y subsiguiente explotación del estacionamiento municipal en cuestión.

- Al término de la operación subsistirían las dos sociedades, pasando la titularidad de la concesión a la nueva sociedad.

- El cambio de titularidad pretendido se ampara en el apartado 6° del artículo 112 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

- Con base en todo lo anterior, la sociedad actualmente concesionaria, solicita un acuerdo municipal favorable al cambio de titularidad proyectado.

En el apartado 2 relativo a consideraciones jurídicas, subapartado 2.1, en relación con el alcance del artículo 112.6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se razona que, en principio, dicha norma se aplicaría a supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas que supongan la resolución del contrato por extinción de la personalidad jurídica de la sociedad que había contratado con la Administración y analiza, a continuación, los argumentos a favor y en contra de que la norma del artículo 116.2 se aplique también a supuestos en que la operación de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas no supone la extinción de la personalidad jurídica del contratista y no conlleva por ello la resolución del contrato.

En el mismo apartado 2, subapartado 2.2, relativo al concepto de "aportación de empresa" se analiza este concepto, razonando que cuando la aportación de empresa suponga exclusivamente o casi exclusivamente la aportación o transmisión de un único contrato administrativo no existen razones para eludir el cumplimiento de los requisitos del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por la vía de la aplicación del artículo 112.6 de la misma Ley. También en el apartado 2, subapartado 2.3, relativo al momento en que hay que calificar la capacidad y solvencia del nuevo contratista se indica que el acuerdo autorizador que pudiera adoptarse tendría que quedar condicionado a la efectiva constitución de la sociedad y a la comprobación de su solvencia en el indicado momento.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS.**

1.- La cuestión básica y fundamental que se plantea en el presente expediente consiste en delimitar el ámbito de aplicación de los artículos 112.6 y 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto en ambos artículos se consagra el mismo efecto - la subrogación en los derechos y obligaciones de un contrato - aunque con distintos requisitos, salvo el común de que la entidad resultante o beneficiaria de la escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas o el cesionario tengan la capacidad y solvencia exigidas al acordarse la adjudicación, con mención expresa en el artículo 114 del requisito de la clasificación, mención que tácitamente se desprende del artículo 122.6.

El artículo 112 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incluido en el Libro primero, Título V, Capítulo III - de la resolución de los contratos - de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y bajo la rúbrica de aplicación de las causas de resolución establece en su apartado 6 que "en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo", citando a continuación el requisito del mantenimiento de la solvencia.

Por su parte, el artículo 114 de la Ley, incluido en el Libro primero, Título VI, Capítulo único, Sección primera - de la cesión de los contratos - con el mismo título, aparte de establecer en su apartado 1 que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero, siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y en su apartado 3 que el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente, viene a consignar, en su apartado 2, los requisitos necesarios para que la cesión produzca su efecto característico y que son, con independencia del de la capacidad y solvencia, incluida la clasificación, en su caso, los siguientes:

- Que exista autorización expresa del órgano de contratación.
- Que el cedente, en casos de gestión de servicios públicos como el presente, haya realizado la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato.
- Que se formalice la cesión entre el adjudicatario y el cesionario en escritura pública.

2.- En el informe de la Secretaría General del Ayuntamiento de Madrid, se comienza por razonar sobre el dato de la conservación o extinción de la personalidad de la empresa que se escinde, aporta o transmite empresas o ramas para exponer los argumentos a favor y en

contra de una posible aplicación del artículo 112.6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el caso de subsistencia de la personalidad de aquélla.

A juicio de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la regulación de este extremo que introduce la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como novedad en relación con la Ley de Contratos del Estado, obliga a prescindir del dato de la extinción o subsistencia de la personalidad de la empresa que se escinde, aporta o transmite empresas o ramas, dado que la interpretación literal del citado artículo 112.6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas conduce a concluir que los únicos requisitos que exige son que se trate de supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de las mismas y que la entidad resultante o beneficiaria mantenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación, sin hacer referencia alguna al dato de la subsistencia o extinción de la empresa que se escinde o transmite.

Quizá pudiera plantear alguna duda la interpretación conjunta del artículo 112.6 con el artículo 111.a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto este último señala como causa de resolución de los contratos la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista y el artículo 112.6 deba considerarse desarrollo de aquél, a lo que, sin embargo, hay que objetar que la interpretación de este último artículo y apartado debe ser realizada de manera autónoma, conforme a términos literales, pudiendo quizá llegarse a la conclusión de la inadecuada colocación sistemática del mismo en el capítulo dedicado a la resolución, pero no discutirse su contenido, que para nada hace referencia al dato de la subsistencia o extinción de la personalidad de la empresa que se escinde o transmite.

El mismo criterio se desprende del informe de esta Junta de 21 de diciembre de 1999 (expediente 48/99) en cuanto que, sin referencia a la extinción o no de la personalidad, admite que en el caso de las sociedades que se fusionan o escinden o en el supuesto de aportación de ramas de actividad la experiencia de las primitivas sociedades o entidades se tenga en cuenta al valorar las Mesas de contratación la solvencia de las que resulten de las citadas operaciones.

En definitiva y como conclusión de este apartado se debe sentar la de que la delimitación del ámbito de aplicación de los artículos 112.6 y 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no puede realizarse sobre la base del dato de la subsistencia o extinción de la personalidad de la empresa que se escinde, aporta o transmite empresas o ramas de actividad de las mismas o cede los derechos y obligaciones derivados de un contrato.

3.- Elemento decisivo para resolver la cuestión suscitada es, a juicio de esta Junta, la comparación entre las expresiones utilizadas por el artículo 112.6 y 114 de la Ley como supuestos de derecho que determinan su respectiva aplicación, pues aunque es cierta la falta de definición de empresa utilizada por el primero, también lo es que no puede confundirse con la exclusiva cesión de los derechos y obligaciones de un contrato, sino que aquel concepto de empresa ha de comprender necesariamente algo más. En el supuesto contemplado en el artículo 112.6 la subrogación de los contratos es consecuencia de una sucesión empresarial en la que se transmite un activo y un pasivo global, mientras que en el supuesto de cesión de contratos regulado en el artículo 114 no existe la transmisión de empresa sino que se cede un único contrato. De defenderse la identificación entre escisión, aportación, transmisión de empresas y ramas de actividad y la cesión de derechos y obligaciones concretos de un contrato, se estaría condenando a la inaplicación al artículo 114 de la Ley dado que, con menores requisitos, fundamentalmente el de la autorización y el plazo, podría lograrse el mismo efecto, lo que, evidentemente no ha sido la intención del legislador al mantener en vigor, por tanto, para supuestos distintos, el artículo 112.6 y el artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Como conclusión de este apartado puede mantenerse que la delimitación de aplicación de los artículos 112.6 y 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ha de hacerse por los supuestos de hecho a que se refieren, respectivamente, el primero a supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma y el

segundo a otro mas restringido cual es la cesión de los derechos y obligaciones de un contrato.

En el caso que se está planteando por el Ayuntamiento de Madrid se trata de la transmisión de un contrato bajo la modalidad de concesión y no de una actividad empresarial.

4.- Las restantes cuestiones que se plantean en el presente expediente presentan menores dificultades interpretativas.

En primer lugar debe afirmarse que, a diferencia del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que exige la previa autorización de la cesión por la Administración, en los supuestos del artículo 112.6 no existe tal exigencia, como lo demuestra claramente la diferente redacción del artículo 112.6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la del artículo 164 del Reglamento General de Contratación del Estado, del que procede aquél, que faculta a la Administración para aceptar o rechazar la continuación del contrato. Resulta, por tanto, difícil que, en la normativa vigente pueda hablarse de acuerdo aprobatorio de la operación como se hace en la solicitud de la empresa y en el informe de la Secretaría General con referencia al citado artículo 112.6, sino de un acto de conformidad con la solvencia que le fue exigida al transmitente.

Por lo demás el momento en que debe apreciarse la capacidad y solvencia del nuevo contratista ha de ser, como es lógico, el momento en que se produzca la escisión, aportación, transmisión de empresas o ramas para lo cual, si el nuevo contratista es una sociedad mercantil deberá estar constituida en escritura pública e inscrita en el Registro Mercantil conclusiones que, referidas al supuesto de la cesión de derechos y obligaciones derivados de un contrato deben operar igualmente.

Solo cabe añadir, para concluir, que las dificultades temporales para hacer coincidir la clasificación con la escisión, aportación, transmisión de empresas o de ramas de las mismas, y la cesión de derechos y obligaciones de un contrato no pueden suscitarse en el presente caso por tratarse de un contrato de gestión de servicios públicos, no sujeto al requisito de la clasificación.

## **CONCLUSIONES.**

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la delimitación de la aplicación de los artículos 112.6 y 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no puede hacerse por el dato de la subsistencia o extinción de la personalidad de la empresa que queda desligada del contrato.
2. Que dicha delimitación ha de realizarse por la definición de los supuestos de hecho a que se refieren ambos artículos, entendiendo que la exclusiva cesión de derechos y obligaciones de un contrato se rige por el artículo 114, mientras que operaciones de más amplio contenido que se engloban en la escisión, aportación o transmisión de empresas o de ramas de las mismas tienen su encaje en el artículo 112.6.
3. Que a diferencia del artículo 114, el artículo 112.6 no exige autorización previa para las operaciones que menciona y el momento de apreciar la capacidad y solvencia del nuevo contratista o entidad resultante o beneficiaria será aquel en que se produzca la propia escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de la misma.