



**Expediente 20/16, de 10 de octubre de 2018. Calificación de contrato de participación financiera en empresas privadas.**

**Clasificación de los informes: 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.1.5. Contratos de servicios. 2.3. Contratos o convenios excluidos. 3. Requisitos de los contratos. 3.2. Objeto.**

## **ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento de Málaga ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

*“1. PROMÁLAGA es una sociedad de titularidad íntegramente municipal, participada en su totalidad por el Ayuntamiento de Málaga. Por tanto, es un poder adjudicador a efectos del TRLCSP.*

*2. Su objeto social, de conformidad con su Estatutos, cuya copia se adjunta como anexo núm. 1, es, entre otros, la promoción, desarrollo, ayuda y participación, financiera o no, en todas aquellas empresas, existentes o de nueva creación, y actividades, de índole económica o social que potencien la generación de empleo, riqueza o bienestar social en la Ciudad de Málaga y su entorno.*



3. *En ejercicio de su objeto social, PROMÁLAGA se está planteando participar en el capital de empresas emergentes, innovadoras en el ámbito de las nuevas tecnologías y comúnmente conocidas como startups.*

4. *La toma de participación en las startups se produciría de forma temporal, no con vocación de permanencia. Se pretende dar respaldo inicial a la empresa, para, a continuación, salir de su capital. Por ello, la adquisición de la participación se realizaría con pacto de recompra, de manera que aquélla será objeto de venta a favor de los socios privados, en un determinado plazo. Estas participaciones siempre serán minoritarias.*

5. *Alternativamente, se plantea la posibilidad de fomentar la creación de estas startups mediante créditos participativos.*

6. *Adicionalmente, PROMÁLAGA, dentro de su función de fomento de la actividad económica, tiene previsto dirigirse a determinados fondos de inversión para que, una vez seleccionados, sean invitados a participar en el capital de las citadas startups.*

*Dudas que suscita la normativa aplicable. El art. 2.1 del TR-LCSP dispone lo siguiente:*

*“Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3”.*

*A la vista de dicha norma, se plantean las siguientes consultas:*



*Primera.- ¿Está sometida al TRLCSP la toma de participaciones por parte de PROMÁLAGA en las empresas emergentes antes citadas? En caso afirmativo, ¿cuál sería el régimen jurídico aplicable a estos contratos de sociedad? Estas mismas cuestiones también se suscitan para el caso de que finalmente se opte por la figura del préstamo participativo.*

*Segunda.- ¿Está sometida al TRLCSP la selección de fondos de inversión para ser invitados a participar en el capital de las empresas emergentes antes citadas? En caso afirmativo, ¿cuál sería el régimen jurídico aplicable al contrato?”*

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. La consulta planteada inquiriere en primer lugar si está sometida al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público la toma de participaciones por parte de PROMÁLAGA en las empresas emergentes de su entorno. Tal cuestión debe resolverse conforme a lo establecido en el artículo 4 de la citada norma legal. Este precepto, en su apartado 1º establece que están excluidos del ámbito de aplicación de la norma los siguientes contratos:

*“p) Los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades*



*incorporales, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial (...)*”

La toma de participaciones en empresas mercantiles supone, en una interpretación razonable de la finalidad de la norma, un negocio jurídico que se debe incluir en el concepto de compra de valores representativos del capital de sociedades mercantiles privadas, que es la actividad que pretende realizar la entidad consultante.

El artículo 10 la Directiva 2014/24/UE, trata de las exclusiones específicas relativas a los contratos de servicios –obviamente no alude a los contratos patrimoniales- señalando que la Directiva no se aplicará a aquellos contratos públicos de servicios cuyo objeto sea alguno de los siguientes:

*“e) servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros, en el sentido de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, los servicios de los bancos centrales y las operaciones realizadas con la Facilidad Europea de Estabilización Financiera y el Mecanismo Europeo de Estabilidad;*

*f) préstamos, estén o no relacionados con la emisión, venta, compra o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.”*



Obviamente, los servicios financieros no se identifican con exactitud con la simple compra, sin participación de servicios de terceros, de títulos representativos de capital. Sin embargo, esta cita es interesante porque nos recuerda cuál es el concepto de valores que a estos efectos realiza la normativa comunitaria. En efecto, la remisión que la norma citada hace a la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (parcialmente derogada, pero que es necesario analizar para conocer el concepto a que alude la actual directiva) nos exige constatar que entre las definiciones que tal norma contiene se incluye la de valores negociables, descritos como *“las categorías de valores que son negociables en el mercado de capitales, a excepción de los instrumentos de pago, como: a) acciones de sociedades y otros valores equiparables a las acciones de sociedades, asociaciones u otras entidades y certificados de depósito representativos de acciones.”* Si esta expresión amplia abarca las acciones y participaciones de sociedades de capital, la referencia que hace el artículo 4.1 p) a los valores negociables debe interpretarse, con mayor razón aún, como comprensiva de aquellos títulos.

Por tanto, conforme a la normativa contractual vigente en el momento de la consulta, este tipo de actuaciones deben considerarse extrañas a la aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Durante el periodo que media entre la consulta y la elaboración del presente informe la legislación ha cambiado. Por eso, resulta menester, en opinión de esta Junta Consultiva, aludir a la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, en la cual se trata esta cuestión en el artículo 9, relativo a las relaciones jurídicas, negocios y contratos excluidos en el ámbito patrimonial, que excluye de la aplicación de la ley los contratos de



compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se regirán por la legislación patrimonial. Del mismo modo que ocurría con la legislación anterior, bajo este precepto cabe considerar que este tipo de negocios jurídicos son contratos patrimoniales.

Finalmente, en este punto, cabe destacar que este tipo de contratos tampoco están descritos en el anexo IV de la Ley 9/2017.

En conclusión, tanto en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 como en la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, los negocios jurídicos de compra de acciones de sociedades mercantiles privadas a que se refiere la consulta tienen el carácter de contratos patrimoniales, estando excluidos del ámbito de aplicación de la normativa contractual pública.

2. En cuanto a su régimen jurídico, éste será el propio de la legislación patrimonial. Así lo expusimos en nuestro Informe 47/2011 en el que añadíamos que los contratos patrimoniales no pueden adjudicarse por procedimiento negociado o mediante un contrato menor, pues al estar excluidos del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y ahora de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público) los contratos patrimoniales, *“no pueden aplicarse a los mismos las modalidades que son propias de las normas que regulan tales contratos, como el procedimiento negociado y el contrato menor, pudiendo aplicar en cada caso*



*la subasta, el concurso o la adjudicación directa*". En el mismo sentido nos pronunciamos en nuestro Informe 25/2008, en el que en relación con el régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local señalamos lo siguiente:

*"El régimen jurídico aplicable a los procedimientos y formas de adjudicación de los contratos patrimoniales celebrados por una entidad local como consecuencia de quedar los mismos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP (actual TRLCSP), es el que resulta de las normas establecidas en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas y de las normas que la complementan y, en especial, por el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, así como, en su caso, por las normas promulgadas sobre tal materia por las Comunidades Autónomas respecto de las normas declaradas no básicas, siendo de aplicación las normas sobre preparación y adjudicación de contratos de la LCSP (actual TRLCSP), cuando las normas patrimoniales así lo expresen."*

3. Por lo que atañe a la cuestión planteada sobre los préstamos participativos ya hemos visto que en los preceptos que hemos citado de la Directiva y de la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, tales operaciones también están excluidas de la Ley de Contratos y que se regirán por su normativa propia.



4. Finalmente se nos cuestiona si está sometida al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público la selección de fondos de inversión para ser invitados a participar en el capital de las empresas emergentes antes citadas y, en caso afirmativo, cuál sería el régimen jurídico aplicable al contrato.

En este punto la consulta resulta ser más bien escueta. Indica la misma que la entidad consultante tiene previsto dirigirse a determinados fondos de inversión para que, una vez seleccionados, sean invitados a participar en el capital de las empresas emergentes. No se indica, sin embargo, si la consultante habrá adquirido previamente títulos representativos del capital o si la selección de las empresas invitadas se hará como una mera actividad externa de fomento del emprendimiento. Tampoco se indica si a las citadas empresas se les va a abonar algún precio, ni tampoco cuál es la naturaleza de los servicios que se van a prestar a la Administración, si es que los hay. Recordemos que un contrato público alianza inexcusablemente, como ya señalaba el artículo 2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y recoge hoy el artículo 2 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, la existencia de prestaciones recíprocas entre las partes intervinientes que lo configuran como un contrato oneroso y en el que se realiza algún tipo de prestación a favor de la entidad contratante.

Tal como se ha descrito la actuación de la entidad consultante no se observa la concurrencia de las notas distintivas del contrato público en esta actuación por la que se nos consulta. Más bien parece una labor de fomento de la innovación empresarial realizada a través de la propia entidad pública pero sin que a la misma se le haga beneficiaria de prestación alguna.





En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

### **CONCLUSIONES**

1. La compra de títulos representativos del capital de sociedades de capital realizada con el fin de fomentar su subsistencia y crecimiento es un negocio patrimonial al que no le era de aplicación el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público ni la actual Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
2. Su régimen jurídico es el propio de los contratos patrimoniales, con las peculiaridades aplicables por razón de la legislación que es propia de las Corporaciones Locales.
3. Los préstamos realizados a empresas privadas tampoco están sujetos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.
4. La selección de fondos de inversión no puede, en los términos en que está expresada la consulta, calificarse como un contrato público.