



Expediente: 64/21. Sucesión del contratista.

Clasificación de informes: 7. Capacidad y solvencia de la empresa.

ANTECEDENTES

El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Boadilla del Monte ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Habiendo concurrido una empresa (A) a varias licitaciones convocadas por este Ayuntamiento que al día de la fecha están en curso y en diferentes fases, el Ayuntamiento es conocedor, -y por ello procede a hacer requerimiento documental a la misma-, de que ha procedido a realizar una serie de operaciones mercantiles surgiendo una nueva empresa segregada beneficiaria (B) a la que se le ha trasladado todo el negocio de la empresa, que este Ayuntamiento estima que constituía la base para determinar la capacidad y solvencia de la empresa licitadora, y que pudiera afectar por tanto a los procedimientos en licitación en los que participa.

La principal duda se plantea a la vista de lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público, que regula los supuestos de sucesión de quien es ya contratista y no un mero licitador, es: ¿Puede iniciar la licitación una empresa A que tras unas operaciones mercantiles constituye una nueva empresa B que no ha participado en el procedimiento de licitación y resultar ésta la propuesta como adjudicataria del contrato? ¿Contractualmente es esto posible? En caso de ser posible, ¿dónde encuentra su amparo?

En concreto, con motivo de atender al requerimiento documental la empresa presenta: Escritura de escisión y segregación de fecha 28 de julio de 2021, de la empresa (A) que se presenta a las licitaciones, a favor de otra empresa que era una filial de la misma, que resulta beneficiaria de la segregación (B), resultando una nueva empresa con CIF diferente,



habiéndose acreditado la inscripción en el Registro Mercantil de la citada escritura en fecha 18 de agosto de 2021.

Con objeto de atender al requerimiento municipal la empresa licitadora (A) manifiesta que se tenga por automáticamente subrogada a la empresa beneficiaria (B), en todos los derechos y obligaciones dimanantes de los expedientes de contratación, alegando asimismo que la eficacia jurídica de la escisión ha tenido lugar con ocasión de la inscripción de la escritura de segregación en el Registro Mercantil, de acuerdo con el artículo 46 y 73 de la Ley de modificaciones estructurales de Sociedades Mercantiles.

Dichas circunstancias deben ser tenidas en cuenta, debiendo no obstante diferenciarse la fase en que se encuentra cada uno de los procedimientos de licitación y fechas en las que se presentó la plica por la empresa.

En uno de los procedimientos, la fase en la que se encuentra es la apertura de la documentación administrativa, debiendo tenerse en cuenta las siguientes fechas:

La presentación de la plica por la citada empresa (A) se efectúa en fecha 30 de julio de 2021, fecha posterior a la formalización de la escritura de escisión/segregación.

Las cuestiones que se plantean al respecto a este procedimiento son las siguientes:

¿Debe la Mesa de Contratación considerar que la empresa (A) no tiene capacidad y solvencia para participar en la licitación y por tanto inadmitir su oferta?

¿En caso de considerar que debe ser admitida, la Mesa de Contratación debe continuar con la apertura de toda la documentación aportada por la empresa (A), y caso de resultar la mejor clasificada, en ese momento, ¿proponer la sucesión universal a favor de la empresa segregada beneficiaria (B)?

¿En caso de no ser así debe formular propuesta a favor de la empresa (A), y ser el órgano de contratación el que previa toma de razón de la solicitud planteada adjudique a la empresa segregada beneficiaria (B)?



En otro de los procedimientos la situación procedimental es diferente, dado que la fecha de presentación de la plica por la empresa (A), el 25 de junio de 2020, fue anterior a la escritura de escisión segregación, y el trámite en el que se encuentra, es de propuesta de adjudicación a favor de la empresa (A), al haber quedado acreditada su capacidad en fecha anterior a la escritura de escisión segregación y creación de empresa beneficiaria.

No obstante, consultado al día de la fecha el ROLECE de la empresa (A), consta la clasificación, siendo éste el medio del que se ha valido dicha empresa para acreditar en este procedimiento su capacidad y solvencia, no constando inscrita en el ROLECE la empresa (B).

Las cuestiones que se plantean respecto a este procedimiento son las siguientes:

¿Debe la Mesa de Contratación considerar que la empresa (A) ha perdido su capacidad y solvencia y, por tanto, no puede ser propuesta para la adjudicación del contrato debiendo excluirse de la clasificación?

En caso de considerar que debe ser clasificada como la mejor oferta, ¿la Mesa de Contratación debe formular propuesta de adjudicación a favor de la empresa (A), o proponer a la empresa segregada beneficiaria (B) por considerar que se ha producido una sucesión universal a favor de la misma?

En definitiva, en ambos procedimientos de contratación, ¿debe considerarse que la empresa (B) ha sustituido a todos los efectos a la empresa (A), desde la inscripción de la escritura en el Registro Mercantil?

CONSIDERACIONES JURIDICAS

1. El Alcalde Presidente del Ayuntamiento de Boadilla del Monte se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, formulando una consulta al amparo de lo dispuesto en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) y del artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en la que se



realizan diversas preguntas relacionadas con procedimientos de contratación tramitados por ese Ayuntamiento, en los que se produce una sucesión de empresas en el procedimiento de licitación como consecuencia de operaciones mercantiles que afectan a empresas licitadoras.

La primera cuestión que procede aclarar a este respecto es que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el citado artículo 328 de la LCSP, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídicos.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

En consecuencia, esta Junta no va a resolver las cuestiones específicas y concretas planteadas, sino que, en congruencia con lo antes expuesto, reconducirá la consulta a los términos generales en que debemos pronunciarnos.

2. El escrito de consulta formula diversas preguntas relacionadas con procedimientos de contratación en los que se produce una sucesión de empresas en el procedimiento de licitación como consecuencia de operaciones mercantiles de fusión, escisión, transmisión



del patrimonio empresarial o de una rama de actividad que afectan a empresas licitadoras, solicitando criterio sobre el precepto legal en el que encuentra su amparo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 98 de la LCSP.

A este respecto, lo primero que cabe advertir es que como acertadamente se señala el escrito de consulta, dicho precepto se refiere a los “Supuestos de sucesión del contratista” como único artículo del Capítulo III del Título II del Libro I, que tiene la misma denominación. Como se deduce de la utilización del término “contratista” y del tenor del precepto que se refiere expresamente al contrato, dicho precepto tiene por objeto regular los supuestos antedichos una vez que el contrato se ha formalizado y perfeccionado, ya concluido el procedimiento de licitación. Señala el citado artículo:

“1. 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 reúna las condiciones de capacidad, ausencia de prohibición de contratar, y 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 aquellas 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.

A los efectos anteriores la empresa deberá comunicar al órgano de contratación la circunstancia que se hubiere producido.

Cuando como consecuencia de las operaciones mercantiles a que se refiere el párrafo primero se le atribuyera el contrato a una entidad distinta, la garantía definitiva podrá ser, a criterio de la entidad otorgante de la misma, renovada o reemplazada por una nueva garantía que se suscriba por la nueva entidad teniéndose en cuenta las especiales



características del riesgo que constituya esta última entidad. En este caso, la antigua garantía definitiva conservará su vigencia hasta que esté constituida la nueva garantía.

2. Cuando el contratista inicial sea una unión temporal de empresas, se estará a lo establecido en el artículo 69.”

La sucesión acaecida en el seno del procedimiento de licitación tiene una regulación propia en el artículo 144 de la LCSP, en la Sección 2ª del Capítulo I del Título I del Libro II, en la regulación “De la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas”, en términos similares a lo establecido en el artículo 149 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, que es su precedente inmediato:

“Si durante la tramitación de un procedimiento y antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad, le sucederá a la empresa licitadora o candidata en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.”

Como se deduce de la transcripción de los preceptos citados, la regulación de los supuestos de sucesión de empresas se realiza sobre la base del mismo criterio en ambos casos: cabe la sucesión empresarial siempre que la nueva empresa reúna las condiciones de aptitud para contratar, esto es, la capacidad, la ausencia de prohibición de contratar y la acreditación de la solvencia o, en su caso, de la clasificación en las condiciones exigidas en los pliegos rectores del contrato.

En los supuestos planteados por la entidad consultante que hayan acaecido durante el procedimiento de licitación y antes de la formalización del contrato se aplica, por mandato legal, el artículo 144 de la LCSP. De este modo, una vez concluida una operación societaria como las mencionadas en la norma en una empresa licitadora o candidata, ocupará su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la



beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que cumpla con las condiciones de aptitud necesarias y, particularmente, siempre que acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego. Estas circunstancias deberán acreditarse por la nueva empresa ante el órgano de contratación y, por tanto, se trata de una conducta activa del licitador, de modo que en caso de que ésta acreditación no se produzca o resulte insuficiente, no podrá resultar adjudicatario del contrato y procederá su exclusión de la licitación.

Obviamente esta misma solución se aplicará cuando el cambio societario tenga lugar en la fase de ejecución del contrato.

3. Una vez definida la legislación aplicable a cada uno de los distintos supuestos que pueden producirse, cabe diferenciar los distintos momentos en que tienen lugar los efectos de la sucesión en la empresa. A estos efectos cabe recordar que, de acuerdo con la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la eficacia de la operación societaria que corresponda se producirá con la inscripción de la nueva sociedad o de la operación en el Registro Mercantil competente (artículo 46.1 para la fusión, aplicable también a la escisión por el artículo 73.1, y artículo 89.2 para la cesión global). En consecuencia, aunque previamente se hayan efectuado los pasos que conducen a la transformación, ésta no tiene ninguna eficacia hasta dicha fecha, y sólo a partir de ese momento se origina el supuesto de hecho que da lugar a la aplicación de este artículo mediante la comunicación por el empresario afectado de dicha circunstancia.

De acuerdo con ello, una vez presentada la oferta por la persona jurídica afectada por un proceso de modificación estructural, si no se ha producido la inscripción en el Registro Mercantil, esta transformación no tiene ninguna eficacia erga omnes, por lo que las actuaciones de la sociedad originaria resultan válidas si cumplen los requisitos exigidos por las normas de contratación pública. Sólo si la oferta se ha presentado por la persona jurídica afectada por un proceso de modificación estructural con posterioridad a la inscripción en el Registro Mercantil de la modificación correspondiente, la oferta de la persona jurídica ya extinguida deberá rechazarse por falta de capacidad de la empresa, sin que quepa en este caso la aplicación del artículo 144 de la LCSP. En apoyo de este criterio



cabe citar la Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales 860/2017, de 3 de octubre de 2017.

Si, por el contrario, después de presentada la proposición, durante la licitación culmina el proceso de modificación estructural mediante la inscripción del el Registro Mercantil de la operación, procederá la aplicación del artículo 144 de la LCSP, debiendo la entidad resultante aportar la acreditación de sus condiciones de aptitud para contratar. En caso de que no lo hiciera, y se limitase a comunicar la operación societaria, el órgano de contratación debe requerirle dicha acreditación y, de no producirse, quedará excluida de la licitación.

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

CONCLUSIONES

1. Si durante la licitación de un contrato público, esto es, antes de la formalización del contrato se produjese una operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad de una empresa licitadora o candidata, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 144 de la LCSP, sucederá a dicha empresa en su posición en el procedimiento la sociedad absorbente, la resultante de la fusión, la beneficiaria de la escisión o la adquirente del patrimonio empresarial o de la correspondiente rama de actividad, siempre que reúna las condiciones de capacidad y ausencia de prohibición de contratar y acredite su solvencia y clasificación en las condiciones exigidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares para poder participar en el procedimiento de adjudicación.
2. Para la aplicación del artículo 144 de la LCSP es preciso que la operación de fusión, escisión, transmisión del patrimonio empresarial o de una rama de la actividad de la empresa licitadora o candidata tenga eficacia jurídica frente a terceros, lo cual se produce a partir de la inscripción de la operación correspondiente en el Registro Mercantil.