

**INFORME 8/05 DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2005**  
**CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. UTE CONTRATISTA.**  
**TRANSFORMACIÓN EN SOCIEDAD ANÓNIMA. AUTORIZACION. CESION DE**  
**CONTRATO.**

**ANTECEDENTES**

El Presidente del Consell Insular de Eivissa y Formentera plantea una consulta a esta Junta Consultiva, con solicitud de informe, en escrito que dice así:

*“El Consell Insular de Ibiza y Formentera, en lo sucesivo CIEFF, tramitó el expediente núm. 47/02C para la contratación de los trabajos de redacción “de los proyectos, construcción, puesta en funcionamiento y explotación de unas instalaciones de tratamiento integral de residuos municipales y otros contemplados en el Plan Director Sectorial para la Gestión de Residuos Urbanos de Ibiza y Formentera”*

*El Pliego de Cláusulas Económico-Administrativas particulares que rigió el concurso para la adjudicación del referido contrato establece que el servicio se prestará mediante contrato administrativo de gestión indirecta de servicio público, en la modalidad de concesión, e incluirá la ejecución de las obras necesarias por su desarrollo, todo de acuerdo con los art. 154 a 170 del RDLeg.2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y el Reglamento que la desarrolla, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre.*

*El 8 de mayo de 2003, el Pleno del CIEFF resolvió adjudicar el contrato a la oferta presentada conjuntamente por las empresas siguientes: Herbusa, Fomento de Construcciones y Contratas, Urbaser y Cespa Ingeniería SA, las cuales habían aportado el compromiso de constituir una UTE en caso de que resultaran adjudicatarias de la puja.*

*La formalización en escritura pública de la constitución de la UTE se realizó el 16 de mayo siguiente, y se denominaron UTE GIREF; el contrato entre esta y el Consell Insular se formalizó el 27 de junio de 2003.*

*El 13 de julio de 2004 la UTE GIREF envía un escrito al Consell Insular en el cual solicita, por razones de interés práctico y operativas, la autorización para transformar la UTE en una sociedad mercantil en la modalidad de Sociedad Anónima, pero sin alterar los elementos personales del contrato ni tampoco el objeto único y exclusivo de la sociedad. Por otro lado, en su escrito, el solicitante, se compromete también ante el Consell Insular a que, en primer lugar, en caso de obtener la autorización de la administración, se mantendrán las condiciones de solvencia exigidas para la contratación durante todo el periodo contractual; en segundo lugar, a no transmitir las acciones de la sociedad a terceros durante todo el periodo de la concesión.*

*Este escrito fue informado por los servicios jurídicos de la Corporación, los cuales consideraron que la solicitud efectuada por la UTE era la de una cesión de contrato, figura prevista en el art. 114 del RDLeg.2/2001, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que no se dan las condiciones para*

*autorizarla que se establecen en el referido art. 114. En concreto, se señala que “no se dan al menos dos de los requisitos exigidos para poder autorizar la cesión: En primer lugar, porque no ha transcurrido el tiempo mínimo de ejecución del contrato por poder autorizar la cesión que, recordamos, es una quinta parte del tiempo total, y en nuestro caso serían cinco años. Por otra parte, el nuevo contratista, - la sociedad anónima que se constituiría- no tendría la solvencia técnica exigida en el pliego, dado que la personalidad de los socios de la sociedad no se trasladan a esta, ni, por lo tanto, sus características”.*

*El pasado 13 de junio, ha tenido entrada en la Corporación un nuevo escrito del representante de la UTE GIREF, al cual se adjunta un dictamen emitido por el catedrático de Derecho Administrativo D. Ernesto García-Trevijano Garnica en el cual considera factible que el contrato pase a ser gestionado por una Sociedad Anónima integrada por las mismas empresas que ahora integran la UTE GIREF, dado que este jurista considera que desde un punto de vista jurídico-material no se puede hablar de cesión a un tercero del contrato.*

*Visto todo el que se ha indicado y vista la documentación que se adjunta - el informe jurídico y el dictamen-, así como el art. 5.4 de los Pliegos de Cláusulas económico-administrativas del contrato-, en aplicación del art. 12 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Illes Balears, así como la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, de contratación de la CAIB, y los arts.15, 16, y 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se solicita a esta Junta la emisión de un informe sobre los aspectos siguientes:*

- *¿Se trata de una cesión de contrato la conversión de los miembros integrantes de una UTE en accionistas –con los mismos porcentajes en que participaban en la UTE – de una Sociedad Anónima?*
- *En caso afirmativo, si se tienen que cumplir estrictamente los requisitos del arte. 114.2 del TRLCAP, concretamente, el plazo previsto al artículo 114.2.b) y la solvencia del artículo 114.2.c) o, por el contrario, se puede ser más flexible dado que en realidad se da una coincidencia de sujetos, y lo único que cambiaría sería la forma jurídica que adopten para la gestión del contrato.*
- *Finalmente, y en cualquier caso. ¿sería posible autorizar la transformación de la UTE concesionaria del servicio en Sociedad Anónima?.”*

## **PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD**

1. La petición de informe la efectúa el Presidente del Consell de Eivissa y Formentera, quien según lo que prevé la Disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre, sobre contratación de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears, está legitimado para ello, en los términos y condiciones determinados en los artículos 12, del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta y 15, 16 y 17 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la misma, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997.

2. Al escrito de petición de informe se acompaña un informe jurídico, cumplimentándose así el requisito contenido en el artículo 16 del antedicho Reglamento.

3. Se estima suficiente la documentación unida al escrito de consulta, por lo que se dan los presupuestos de admisibilidad de la solicitud del informe que se emite.

### **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

**PRIMERA.** Son varias las cuestiones que se plantean en la consulta formulada por el Consell d'Eivissa Formentera (en adelante CEF), planteamientos a su vez correlativos, en el sentido de que la respuesta a una mediatiza el enfoque de las restantes posturas a las preguntas efectuadas. De ahí que se tendrá que plantear el estudio de manera escalonada y ordenada para así poder llegar a conclusiones claras y precisas.

**SEGUNDA.** Así, en primer lugar, la respuesta lo será a la pregunta de si se trata de una cesión de contrato la conversión de los miembros integrantes de una UTE en accionistas – con los mismos porcentajes en que participaban en la UTE- de una Sociedad Anónima.

Formula el CIF la pregunta de si la conversión, para emplear los mismo términos, de los miembros integrantes de una UTE en accionistas de una sociedad anónima, puede suponer una cesión de contrato titularidad de la UTE. Para responder a esta pregunta se hace necesario determinar cuales son los requisitos para que podamos hablar de cesión de un contrato administrativo.

Según afirma el peticionario del informe, el 13 de julio de 2004, la UTE (Unión temporal de empresas) GIREF, constituida por las empresas Herbusa, Fomento de Construcciones y Contratas, Urbaser y Cespa Ingeniería, SA, contratista de los trabajos de “redacción de los proyectos, construcción, puesta en funcionamiento y explotación de unas instalaciones de tratamiento integral de residuos municipales y otros contemplados en el Plan Director Sectorial para la Gestión de Residuos Urbanos de Ibiza y Formentera”, envió un escrito al Consell Insular en el que solicitada, por razones de interés práctico y operativo, la autorización para transformar la UTE en una Sociedad mercantil en la modalidad de Sociedad Anónima, pero sin alterar los elementos personales del contrato ni tampoco el objeto único y exclusivo de la sociedad.

Dicha petición fue informada por los Servicios jurídicos del Consell Insular, en el sentido de considerar la antedicha transformación una cesión del contrato y rechazando tal posibilidad por no concurrir en el caso dos, al menos, de los requisitos exigidos por el artículo 114 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, cuales son, el no haber transcurrido todavía el tiempo mínimo de ejecución del contrato (inferior a la quinta parte del tiempo total) y el de que el nuevo contratista (la sociedad anónima) no tendría la solvencia técnica exigida en el Pliego

de Cláusulas administrativas particulares, por no trasladarse a la sociedad la personalidad de los socios y, por tanto, sus características.

En el dictamen emitido por el catedrático de Derecho administrativo don Ernesto García-Trevijano Garnica, a instancias del contratista y obrante en el expediente de contratación, se argumenta y razona la negativa a considerar cesión contractual la transformación solicitada al órgano contratante y su postura favorable a la autorización de la solicitada transformación.

La figura jurídica de la cesión de contrato administrativo se halla regulada en el artículo 114 de la LCAP. Del contenido de este artículo se desprende, en primer lugar, que para poder hablar de cesión de contrato es necesaria la presencia en las relaciones contractuales de la figura del "tercero". Dice textualmente el artículo: "Los derechos y obligaciones dimanantes de un contrato podrán ser cedidos a un tercero.....".

Literalmente hablando, tercero es aquella "persona que no es ninguna de dos o más de quienes se trata o que intervienen en un negocio de cualquier genero". ( Dic. Len. Española de la Real Academia). Ello aplicado a nuestro supuesto jurídico tendremos que el tercero a quien se pretende ceder el contrato administrativo tiene que ser una persona jurídica distinta a la UTE concesionaria.

**TERCERA.-** Pues bien, ¿estamos hablando de personas jurídicas distintas cuando nos referimos a la UTE y a la sociedad anónima creada aunque sea por los mismos integrantes de aquella?, o por el contrario aquello supone conservar la misma personalidad cambiando únicamente la forma de constitución societaria.

Que nos hallamos en el presente supuesto ante una verdadera transformación, con cambio de la personalidad jurídica del contratista, lo evidencia la intención del mismo (la UTE) de solicitar la autorización del órgano contratante para hacerlo en sociedad anónima mercantil.

Para negar tal posibilidad, debemos tener en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, el artículo 111 de la LCAP, establece que es causa de resolución del contrato la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.

Obviamente el legislador está contemplando a dos de los sujetos contratistas a que se refiere la LCAP en su articulado, y evidentemente se ha olvidado del tercero, que no es otro que las uniones temporales de empresarios contempladas en su artículo 24.

La intención de determinar la extinción de la personalidad de todo el que contrata con la Administración, como causa de resolución del contrato es clara, y por ello si la UTE se extingue como tal, para convertirse en una sociedad anónima está incurriendo de lege en causa de resolución del contrato.

**CUARTA.-** Pero es que, además, el precepto comentado no puede desvincularse, aún más, se complementa totalmente con lo dispuesto en el artículo 24.1 último párrafo, que claramente condiciona la duración de las UTEs a la del contrato: *“La duración de las uniones temporales de empresarios será coincidente con la del contrato hasta su extinción”*.

A la vista de esta norma, entendemos ociosa cualquier otra conjetura al respecto.

La intención del legislador es tan obvia, que si legalmente fuere posible el cambio o transformación del adjudicatario contratista constituido en UTE, por su parte, del contrato, no existiría la limitación señalada, ni se exigiría, como se hace en el propio artículo 24.1, segundo párrafo, de la LCAP, que la UTE nombre “ un representante o apoderado único de la unión con poderes bastantes para ejercitar los derechos y cumplir las obligaciones que del contrato se deriven hasta la extinción del mismo”.

Es decir, si hubiera la posibilidad de transformación de la UTE en una entidad de otro tipo, el texto no sería el que es, sino que la duración en el desempeño de la función reseñada de su representante, se extendería en tanto durara la propia UTE.

**QUINTA.** Pero no sólo ésta es la estimación de esta Junta Consultiva, pues la propia doctrina ha interpretado la norma en el sentido indicado.

Así, Moreno Molina, señala que este tercer párrafo del apartado 1 del artículo 24 de la LCAP, añadido en la Ley 53/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (a la entonces vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas), es una previsión que concuerda con el segundo párrafo del mismo artículo, que requiere que los poderes del representante o apoderado de la unión, se ejerciten hasta la extinción del contrato, evitándose así la problemática de la extinción de la personalidad de la unión temporal.

En el mismo sentido se pronuncia Calvo Chano, manteniendo que la duración de la UTE coincidirá con la de las obras, servicio o suministro que constituya su objeto.

También es coincidente con esta postura Fernández Astudillo.

Pero es que, incluso antes de la comentada reforma legislativa en el punto que nos ocupa, la misma posición ya la mantenía la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Hacienda, en diferentes informes.

Así, según el informe 25/97, de 14 de julio, la duración de la unión de empresarios ha de ligarse a la duración del contrato, “existiendo argumentos tendentes a sostener la vinculación de la duración de la unión de empresarios a la duración del contrato en el propio artículo 24 de la LCAP, al señalar que el representante o apoderado.....”

Este mismo criterio se mantiene ya en el informe 24/96, de 30 de mayo de 1996, en cuya última consideración jurídica se señala que resulta significativo al respecto que el artículo 24. 1 de la LCAP, en su párrafo segundo, se refiera expresamente al ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones que del contrato se deriven hasta la

extinción del mismo, lo que “avala la interpretación señalada de que las uniones de empresarios tienen necesariamente que tener la misma duración que la del contrato al que concurren”.

Todo ello no evidencia sino la intención del legislador de que el ejercicio de los derechos y la asunción de responsabilidades del contratista se contraigan exacta y exclusivamente, en lo que a su duración se refiere, a la duración del mismo contrato, de forma que aquéllos se extingan cuando lo haga éste, en el caso de que su ejecutor sea una unión temporal de empresas; intención, en la que, por consiguiente, y en pura lógica, subyace la de impedir el cambio o transformación de la UTE.

**SEXTA.** Por otra parte, se dan en este caso otros razonamientos para propugnar la improcedencia de autorizar la transformación de la UTE en una sociedad anónima, cual, por ejemplo, el de que si los posibles interesados en la licitación, incluso quienes entonces no participaron en ella, en aquel momento hubieran tenido conocimiento de la posibilidad de transformar, con el transcurso del tiempo, la figura jurídica subjetiva adjudicatoria del concurso, es posible y teóricamente viable que pudiera haber cambiado su interés en la licitación (incluso reflejándose en los términos y alcance de su proposición), en su caso.

Si, en consecuencia, ahora se accediera (pese a los impedimentos legales señalados) a la petición de transformación de la UTE en una sociedad anónima, se conculcarían los principios de la propia contratación, especialmente el de igualdad y el de concurrencia.

**SEPTIMA.** Además de que las consideraciones expresadas, a juicio de esta Junta, abundan en el argumento de la coincidencia de la duración de la UTE y la del contrato, cabe descartar los razonamientos contenidos en el informe jurídico acompañado a la solicitud de su transformación en sociedad anónima, pues no se trata, como se dice en él (véase el epígrafe III.3.3) de que el Pliego de cláusulas particulares del contrato permita sucesivamente transformar la UTE en una sociedad anónima, sino que el artículo 5.3 del Pliego, lo único que hace es posibilitar que los licitadores se presenten a la licitación en unión temporal de empresas (facultad innecesaria e intrascendente, pues sobre él impera lo previsto en el artículo 24.1 de la LCAP), en tanto que el artículo 5.4 del mismo pliego abre otra opción o posibilidad, cual es la de que los empresarios que concurren a la licitación conjuntamente con otros, puedan también hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad, que sería la titular de la concesión, posibilidad esta última recogida al amparo de la normativa de la LCAP vigente a la sazón.

Pero, como decimos, en absoluto se posibilita en el Pliego de forma indubitada la transformación o cambio del contratista (en este caso, de una UTE a una sociedad anónima), ni siquiera en la fase de licitación, cuando menos durante la ejecución del contrato.

**OCTAVA.** Pero es más, de lo que no cabe duda es que las UTE, aun careciendo de personalidad jurídica y de obrar en general, la ley les dota de la suficiente para

contratar con la Administración, o sea, capacidad para adquirir derechos y obligaciones dimanantes de un contrato suscrito con la Administración Pública. ( TS 16 nov. 1993 y otras..), y esta capacidad arranca precisamente de la capacidad de obrar de las empresas que integran aquella y que tiene que darse en todas ellas, únicas responsables, y de manera solidaria, ante la Administración del buen fin del negocio contractual que se signó con la UTE.

Precisamente, este protagonismo, ese arranque de la capacidad de obrar de la UTE a partir de las capacidades de obrar de los miembros de la unión, es lo que nos conduce a afirmar la diferencia de personalidades que se dan en el supuesto que nos ocupa, ya que la sociedad anónima adquiere personalidad jurídica y capacidad de obrar por ella misma, por ley, totalmente distinta y diferenciada de la de los accionistas que la conforman, mientras que la UTE tiene capacidad de obrar, de contratar con la Administración, en tanto la tengan suficientes todos los integrantes de aquella, únicos que tienen que acreditarla ante el órgano de contratación.

**NOVENA.** En el caso que nos ocupa y por lo anterior, hablar de constitución de una sociedad anónima por parte de todos los miembros integrantes de la UTE para que aquella pase a ser la adjudicataria de la concesión en lugar de ésta, no suponiendo ningún caso de transformación, fusión o absorción de sociedades, es hablar de la figura de un tercero en las relaciones Administración contratante y UTE adjudicataria y, consecuentemente hablar de cesión de contrato administrativo.

Es más, si aceptáramos que UTE y la nueva sociedad anónima, son la misma persona, no sería necesario ofrecer, como señala el informe de la UTE, garantías solidarias de los socios con la Administración y otras garantías que no hacen sino exteriorizar el pensamiento de que la misma UTE considera que el supuesto de cambio de contratista que aquí analizamos es un claro supuesto de cesión de contrato.

**DECIMA.-** Estando pues ante la figura de la cesión de contrato administrativo, se tiene que dar respuesta a la segunda de las preguntas formularas por el CIF en el sentido de saber si dadas las peculiaridades de la cesión en cuestión( ceder el contrato a una sociedad anónima integrada únicamente y exclusivamente por los miembros de la UTE cedente) es necesario cumplir los requisitos de artículo 114 o por el contrario se puede adoptar una postura más flexible.

De la lectura del artículo en cuestión no se desprende, ni se menciona siquiera, el flexibilizar los requisitos para que pueda darse la cesión en determinados supuestos. El precepto establece unos requisitos esenciales para poder hablar de la cesión de un contrato administrativo con carácter general para todos los supuestos, por tanto, donde la ley no distingue no hay que hacer distinción, afirmando que en el supuesto que nos ocupa, la cesión habrá de cumplir con todos y cada uno de los requisitos necesarios para que podamos hablar de su validez.

**UNDECIMA.** Finalmente, ¿se dan los requisitos para que el CIF pueda dar la autorización previa para que sea posible la cesión en cuestión?. Partiendo de la suposición de que las cualidades técnicas o personales del cedente, en este caso los

integrantes de la UTE, no hayan sido causa determinante de la adjudicación de la concesión, habrá que examinar si se dan todos y cada uno de los requisitos para la cesión.

Estamos ante un contrato de gestión de servicios públicos en forma de concesión administrativa y para este caso la ley ( artículo 114 LCAP) exige que al menos se haya realizado la explotación de la concesión en una quinta parte del tiempo de duración del contrato. La concesión de la gestión del servicio objeto del contrato cuya cesión se pretende se constituyó por un periodo de 25 años siendo la fecha del contrato de concesión de 27 de junio de 2003, lo que evidentemente evidencia el no-cumplimiento de este requisito básico para que pueda darse la cesión.

Exige, además, el artículo 114 de la LCAP que el concesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20 de la LCAP debiendo estar debidamente clasificado si este requisito se exigió al cedente. Evidentemente, ninguno de estos requisitos podrían darse en la sociedad anónima de reciente constitución ya que en ningún momento podrá acreditar la solvencia que exigen los artículos 15 a 20 de la LCAP salvo que hubiera una cesión de medios técnicos y experiencia profesional de todos y cada uno de los integrantes de la UTE a favor de la sociedad mercantil que pretende obtener la concesión por cesión del contrato, cosa que probablemente no sucederá ya que las empresas de la UTE quedarían obligadas a revisar su expediente de clasificación a la baja, debilitando su capacidad contractual ante la Administración Pública.

En cuanto a la última de las cuestiones planteadas por el Consell, no cabe duda, y está de más decirlo, que los miembros integrantes de una UTE pueden constituirse en sociedad anónima o en cualquier otro tipo de asociación que consideren oportuno ya sea civil mercantil o de otra índole. Cosa distinta es que esta nueva figura jurídica pueda ostentar la titularidad de una concesión administrativa obtenida en la correspondiente licitación por la UTE en cuestión.

## **CONCLUSIÓN**

1. La cesión de un contrato, adjudicado a una UTE, a una sociedad anónima constituida por los mismos miembros de la unión y con la participación de los mismos porcentajes es un supuesto de cesión de contrato administrativo regulado en el artículo 114 de la TRLCAP.
2. En el supuesto de la cesión de contrato administrativo objeto de esta consulta tienen que cumplirse estrictamente los requisitos del artículo 114 del TRLCAP.
3. En cuanto a la última de las cuestiones planteadas por el Consell, no cabe duda, y está de más decirlo, que los miembros integrantes de una UTE pueden constituirse en sociedad anónima o en cualquier otro tipo de asociación que consideren oportuno ya sea civil mercantil o de otra índole. Cosa distinta es que esta nueva figura jurídica pueda ostentar la titularidad de una concesión administrativa obtenida en la correspondiente licitación por la UTE en cuestión.

Aprobado por la Comisión Permanente de día 29 de septiembre de 2005.