

EAPC - Aprofundim en matèria de contractació del sector públic



La successió empresarial

11-07-2023

La successió empresarial és un canvi en la titularitat d'una empresa que pot tenir lloc per diferents tipus d'operacions empresarials com ara la fusió, l'escissió o la transmissió. Aquesta successió, en el marc de la contractació pública, és un supòsit habilitador per poder modificar el contractista, l'adjudicatari o el licitador del procediment de contractació.

1. Quan es pot produir la successió empresarial i en quins moments

La LCSP l'estableix en dos articles diferents en funció del moment del procediment d'adjudicació en el qual té lloc la successió, i diferencia entre abans o després de la formalització del contracte.

- 1.1 La successió empresarial en la fase d'execució del contracte (art. 98 de la LCSP)

La successió empresarial és una excepció al principi que regeix la modificació dels contractes públics, els quals, tal com disposa l'article 203 de la LCSP, només es poden modificar per motius d'interès públic i en els supòsits establerts per aquesta llei. En canvi, quan té lloc la successió empresarial, podem modificar l'empresa contractista sense que l'òrgan de contractació hagi de justificar aquest interès públic.

Quan la successió empresarial esdevé posteriorment a la formalització del contracte, la LCSP la regula a l'article 98 i diferencia en funció del tipus d'operació mercantil entre les següents:

- En primer lloc, quan té lloc una fusió o absorció d'empreses en la qual participi el contractista, el contracte continua vigent amb l'empresa absorbent o resultant de la fusió, que queda subrogada en tots els drets i les obligacions que dimanen del contracte.
- En segon lloc, quan té lloc una escissió, aportació o transmissió d'empreses o branques d'activitat, continua el contracte vigent amb l'empresa a la qual s'atribueixi el contracte, que queda subrogada en els drets i les obligacions. En aquest cas, per poder succeir, la llei exigeix de manera expressa a l'empresa resultant els requisits següents:
 - Que compleixi les condicions de capacitat i absència de prohibició de contractar.
 - Que compleixi la solvència empresarial que se li ha exigida per poder ser adjudicatària o que les diverses societats beneficiàries de les operacions esmentades i, en cas de subsistir, la societat de la qual provingui

el patrimoni, empreses o branques segregades, es responsabilitzin solidàriament amb les de l'execució del contracte.

L'article disposa que si l'empresa a la qual s'atribueix el contracte no reuneix les condicions de solvència necessàries que es demanaven en els plecs, es resol el contracte i es considera amb caràcter general com un supòsit de resolució per culpa de l'adjudicatari. Encara que aquest article només es refereix a les conseqüències que té l'incompliment de les condicions de solvència, s'ha de fer extensiu a l'incompliment de les condicions de capacitat i d'absència de prohibició de contractar, atès que en aquests casos també s'ha de resoldre el contracte.

- 1.2 La successió empresarial en la fase de licitació abans de la formalització del contracte (art. 144 de la LCSP)

La successió esdevinguda durant la fase de licitació i d'adjudicació es determina a l'article 144 de la LCSP. Si durant la tramitació del procediment i abans de la formalització del contracte, l'empresa que s'ha presentat a la licitació es veu immersa en una operació de fusió, escissió, transmissió del patrimoni empresarial o d'una branca de l'activitat, l'empresa absorbent, la resultant de la fusió, la beneficiària de l'escissió o l'adquirent del patrimoni empresarial o de la branca d'activitat corresponent, poden succeir l'empresa licitadora en el procediment.

En aquest cas els requisits per poder succeir són que l'empresa resultant:

- Compleixi les condicions de capacitat i no estigui incursa en prohibició de contractar.
- Acrediti la solvència i la classificació en les condicions exigides al plec per poder participar en la licitació.

Per a aquest supòsit l'article de la LCSP no estableix cap conseqüència en cas d'incomplir els requisits demanats perquè es pugui produir la successió empresarial durant el procediment de licitació i abans de la formalització, però, d'acord amb els pronunciaments de la doctrina, si no s'acredita la capacitat, l'absència de prohibició de contractar o la solvència o l'acreditació és insuficient, l'empresa no pot ser adjudicatària del contracte i, per tant, se l'ha d'excloure (Informe 64/21 de la Junta Consultiva de Contractació Pública de l'Estat).

Com veiem, la regulació que fa la LCSP dels supòsits de successió empresarial es basa en el mateix criteri en ambdós casos: a l'efecte de la contractació pública, es pot efectuar la successió empresarial sempre que la nova empresa reuneixi les condicions d'aptitud de contractar exigides als plecs que regeixen el contracte.

Als efectes anteriors, amb independència del moment en què ocorre la successió, la nova empresa sorgida d'alguna de les operacions mercantils esmentades està obligada a comunicar a l'òrgan de contractació la circumstància que s'hagi esdevingut, i ha de presentar la documentació necessària per acreditar que compleix els requisits exigits als articles 98 i 144 de la LCSP.

L'eficàcia de l'operació societària té lloc amb la inscripció al Registre Mercantil i en aquest moment s'efectua la transformació i l'empresa afectada ha de comunicar a l'òrgan de contractació que ha tingut lloc aquesta circumstància i aportar els documents pertinents.

Quan s'hagi efectuat l'operació societària en l'empresa licitadora, si l'empresa resultant compleix tots els requisits d'aptitud per contractar, aquesta ha d'ocupar la seva posició en el procediment. Altrament, si l'operació societària té lloc en una empresa contractista, un cop acreditat que la

nova empresa compleix els requisits de capacitat i solvència, aquesta l'ha de succeir en l'execució i s'ha de modificar el contracte formalitzat.

Si l'empresa només es limita a comunicar la successió, l'òrgan de contractació ha de requerir la documentació necessària per poder acreditar que compleix la capacitat, l'absència de prohibició de contractar i la solvència i, en cas d'incompliment, en funció del moment procedimental en què es trobi, se l'ha d'excloure si té la condició d'empresa licitadora o adjudicatària o s'ha de resoldre el contracte si l'empresa ja té la condició de contractista.

2. La successió empresarial en empreses que formen part d'una unió temporal d'empreses

Quan el contractista inicial sigui una unió temporal d'empreses (UTE), cal atènyer-se al que estableix l'article 69 de la LCSP, el qual també fa referència a dos moments temporals, abans i després de la formalització.

Les operacions de fusió, escissió i aportació o transmissió de branca d'activitat que siguin objecte d'alguna o algunes empreses integrades en una UTE, no n'impedeixen la continuació en el procediment d'adjudicació i en el cas que ja s'hagi formalitzat el contracte en pot continuar l'execució amb la unió temporal adjudicatària.

En cas que la societat absorbent, la resultant de la fusió, la beneficiària de l'escissió o l'adquirent de la branca d'activitat, no siguin empreses integrants de la UTE, cal que tinguin plena capacitat d'obrar, que no estiguin sotmeses a la prohibició de contractar i que es mantingui la solvència, la capacitat o la classificació exigida.

3. Efectes sobre la garantia

Per acabar, la LCSP estableix què passa amb la garantia constituïda quan la successió empresarial sigui en l'empresa contractista. En aquest cas, quan, com a conseqüència de les operacions mercantils esmentades, una empresa diferent succeeix el contractista, la garantia definitiva pot ser, a criteri de l'entitat atorgant d'aquesta, renovada o reemplaçada per una nova garantia que se subscriu per la nova empresa tenint en compte les especials característiques del risc que constitueixi aquesta darrera empresa. En aquest cas, l'antiga garantia definitiva conserva la vigència fins que estigui constituïda la nova garantia.



Èlia Vilaseca Arquès

Responsable del programa temporal de seguiment de l'Estratègia catalana de millora de la compra pública