



ASUNTO: INFORME 7/2011, DE 5 DE JULIO, DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA GENERALIDAD DE CATALUÑA (COMISIÓN PERMANENTE). APLICABILIDAD DE LA EXTENSIÓN DE LAS PROHIBICIONES DE CONTRATAR A LAS EMPRESAS QUE DERIVAN POR FUSIÓN O SUCESIÓN DE OTRAS EN LAS QUE HUBIESEN CONCURRIDO AQUELLAS. ARTÍCULO 49.3 DE LA LEY 30/2007, DE 30 DE OCTUBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

I.INTRODUCCIÓN

El Ayuntamiento de Masnou plantea a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (en adelante JCCAGC) el supuesto de una empresa adjudicataria de un contrato de servicios que se podría ver afectada por una prohibición de contratar fundada en el siguiente motivo:

” (...) ha contraído deudas con la Seguridad Social y con la Agencia Tributaria, las cuales se reclaman en período ejecutivo” y le solicita informe sobre si, en tal situación, es posible invitar “a la persona que actuaba como apoderado y socio” de esa empresa al procedimiento negociado que se convocara para adjudicar aquel mismo servicio o si, por el contrario, debería aplicarse el artículo 49.3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP).

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Los apartados 1 y 2 del **artículo 49** de la **Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público**, relativo a las "prohibiciones de contratar", recogen una serie de circunstancias que, en caso de que concurren, imposibilitan a las personas en que se den para contratar con el sector público o con las administraciones públicas, respectivamente.

La LCSP incorporó, como novedad respecto de la regulación que contenían sobre esta materia disposiciones anteriores¹, la extensión de los efectos de las prohibiciones de contratar a sujetos diferentes a aquéllos en que concurren

¹ Ni la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, ni el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el cual se aprueba el Texto refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Públicas, contenían una previsión igual o similar a la del artículo 49.3 de la LCSP.



específicamente las circunstancias legalmente establecidas que impiden contratar con el sector público, en general, y con las administraciones públicas, en particular.

Así, el apartado 3 del **artículo 49** de la LCSP dispone:

"Las prohibiciones de contratar afectarán también a aquellas empresas de las que, por razón de las personas que las rigen o de otras circunstancias, pueda presumirse que son continuación o que derivan, por transformación, fusión o sucesión, de otras empresas en las que hubiesen concurrido aquéllas".

Esta previsión ha sido analizada por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el informe 25/09, de 1 de febrero de 2010; por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, en el informe 7/2009, de 28 de diciembre, y por la propia JCCAGC, en el informe 13/2009, de 30 de septiembre.

De las consideraciones jurídicas contenidas en esos informes hay que señalar, a efectos de dar respuesta a la cuestión que plantea el Ayuntamiento del Masnou, las siguientes:

- a- Con la presunción contenida en el artículo 49.3 de la LCSP se pretende evitar el fraude de ley producido cuando la creación o modificación de empresas tiene por finalidad eludir la aplicación de las prohibiciones de contratar.
- b- La Junta Consultiva de la Comunidad de Madrid entiende, además, que esta previsión *"está en sintonía con la consolidada doctrina del levantamiento del velo¹ de las personas jurídicas como rechazo del abuso del derecho y de no tolerancia con el fraude de ley"*.
- c- La aplicación del artículo 49.3 de la LCSP tiene que llevarse a cabo mediante el análisis de las circunstancias concretas que concurren en cada caso, sin que sea posible fijar un criterio de aplicación general. En este sentido, estos informes señalan, como circunstancias que se pueden

² Esta doctrina jurisprudencial pretende evitar el abuso de la personalidad jurídica en fraude de ley o en fraude de acreedores –que se da cuando la sociedad se configura como cobertura para eludir el cumplimiento de obligaciones legales, contractuales y extra contractuales, consiguiendo un resultado contrario al ordenamiento jurídico, injusto o dañino para terceras personas–, y permite a los jueces prescindir de la forma externa de la persona jurídica y llegar a las personas y los bienes que se amparan bajo su cobertura.



CIRCULAR INFORMATIVA Nº 0303/2011

tener en cuenta para presumir que una empresa es continuación o deriva de otra declarada en prohibición de contratar, las siguientes:

- La fecha de constitución (o de incorporación en un grupo de empresas determinado, en su caso) de la empresa que presuntamente es continuación o deriva de otra declarada en prohibición de contratar.
- Las personas que rigen las empresas; es decir, los miembros del órgano de administración y de dirección y los accionistas.
- La coincidencia o similitud de objetos sociales, así como de medios humanos y materiales, entre la empresa declarada en prohibición de contratar y la empresa que presuntamente es la continuación o deriva.
- Otras actuaciones que se lleven a cabo en fechas próximas a la declaración de prohibición de contratar, como cambios de denominación, ceses y nuevos nombramientos de los titulares de los cargos que rigen las empresas y cualesquiera otras que se puedan considerar como indicios de la voluntad de evitar los efectos de la prohibición de contratar.

d- La LCSP y la norma que la desarrolla parcialmente –el **Real decreto 817/2009, de 8 de mayo**– no contienen una regulación expresa sobre la aplicación de este **artículo 49.3** de la LCSP, de manera que quedan sin determinar aspectos de su régimen jurídico como la competencia para apreciar que procede aplicarla, el procedimiento y los plazos para llevarla a cabo y la concreción de los supuestos en que se puede presumir la continuación o la derivación de empresas.

Una vez señalados los rasgos que, de acuerdo con los pronunciamientos emitidos por las Juntas Consultivas, perfilan parcialmente la previsión contenida en el **artículo 49.3 de la LCSP**, hay que determinar si ésta resulta de aplicación al supuesto de hecho que se plantea en el escrito de consulta.

Así, procede analizar la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de contratar en que incurre una persona jurídica a la persona física "que actuaba como apoderado y socio de la empresa", para presumir que es la continuación.



Se considera necesario señalar, en primer término, que, aunque el **artículo 49.3** de la LCSP alude sólo a la posibilidad de extender los efectos de las prohibiciones de contratar a "empresas", hay que entender que con este término se está haciendo referencia, en general, a toda persona, física o jurídica, que pueda contratar con el sector público.

Esta conclusión se ve respaldada por varios preceptos de la LCSP en los que el término "empresa" se utiliza en ese mismo sentido amplio (**artículos 45, 91.4 y 160 LCSP**).

Hay que insistir en que la eventual extensión de los efectos de la prohibición de contratar de una persona jurídica a una persona física que forma parte, tiene que fundamentarse en la presunción de la continuación o derivación de esta persona física respecto de la persona jurídica declarada en prohibición de contratar o incurso en una causa de prohibición de contratar⁶, sobre la base de las circunstancias concretas que concurran en el caso analizado.

Ello es necesario a efectos de evitar que toda participación de una persona física en una empresa, u otra persona jurídica, tenga como resultado, en caso de que ésta esté incurso o sea declarada en prohibición de contratar y por la extensión de los efectos de dicha prohibición, que aquélla, en ningún caso, pueda participar como persona física en cualquier procedimiento de contratación pública, ya que eso supone una restricción desproporcionada del principio de libre concurrencia.

La JCCAGC sostiene que de la petición de informe presentada por el Ayuntamiento de Masnou, se desprende la concurrencia de una circunstancia relevante, como es la coincidencia entre el objeto social de la empresa declarada o incurso en prohibición de contratar y la actividad que la persona física que forma parte pasaría a prestar ahora por su cuenta.

Junto con esta circunstancia, para poder presumir, en su caso, la continuación, también habría que tenerse en cuenta la coincidencia de medios materiales y técnicos con que se llevaría a cabo el servicio, así como las dimensiones y la estructura de la empresa, ya que si se tratara, por ejemplo, de una sociedad unipersonal, el hecho de que cuando ésta hubiera incurrido en una causa de prohibición de contratar, el socio único pasara a llevar a cabo la misma actividad pero actuando como persona física, podría llevar a presumir la continuación, presunción a la que no necesariamente podría llegarse en el caso contrario.



Circunstancias estas que, en todo caso, deberán ser valoradas por los órganos que tienen atribuido el asesoramiento jurídico del órgano de contratación.

III. CONCLUSIONES.

De conformidad con el **artículo 49.3** de la **Ley 30/2007**, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, los efectos de las prohibiciones de contratar en que se encuentren incurso las personas jurídicas se pueden extender a las personas físicas o jurídicas de las que se presume que son la continuación o derivan, atendiendo las circunstancias concretas que concurran en cada caso.