

Informe 13/2023, de 4 de maig, de la Junta Consultiva de Contractació Pública de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Transmissió de participacions d'una empresa contractista a un tercer que comporta canvi del control efectiu, en un contracte subjecte al text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre.

ANTECEDENTS

I. Des de l'Ajuntament de Montgat s'ha sol·licitat informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Pública sobre si la venda de participacions d'una empresa contractista a una altra societat que passarà a adquirir el control, es considera un supòsit de cessió contractual.

A la petició d'informe s'adjunta el plec de clàusules administratives particulars i de prescripcions tècniques del contracte que motiva la petició d'informe –contracte mixt de concessió d'obra pública i de gestió del servei públic de mercat municipal i posterior explotació de l'equipament–, així com la comunicació a l'Ajuntament per part de l'empresa contractista, a efectes informatius, de la seva intenció de dur a terme una venda de participacions.

Així mateix, d'acord amb la [Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre](#), d'aquesta Comissió Permanent, sobre els requisits que han de reunir les sol·licituds d'informe, també s'adjunta a la petició l'informe jurídic emès per la secretària de l'Ajuntament en el qual s'afirma que, d'acord amb el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP) –normativa aplicable al contracte que motiva la petició d'informe–, malgrat no regular-se expressament en aquest text legal el règim de la modificació de la composició dels membres d'una unió temporal d'empreses (UTE), la venda de participacions d'una empresa contractista UTE a una altra empresa constitueix un supòsit de cessió contractual; i s'indica que el contracte que motiva la petició d'informe es va adjudicar a dues empreses el 26 de febrer de 2015 i es va formalitzar el 27 d'abril de 2015, amb una durada de 45 anys, i que a la data d'emissió de l'informe s'havien executat 6,67 anys de contracte, el que suposa aproximadament un 14,83%.

Cal tenir en compte que, si bé en l'escrit de petició d'informe es formulen les qüestions objecte de consulta en relació amb el supòsit de fet en què la contractista sigui una UTE, en aquest mateix escrit s'exposa que el contracte es va adjudicar a dues empreses sense indicar que estiguessin constituïdes en UTE, i en la comunicació que s'adjunta tramesa per l'empresa contractista a l'Ajuntament informant de la venda de participacions a una altra societat, s'aporta còpia de l'escriptura de constitució de l'empresa contractista en la qual consta com a societat de capital amb forma de societat limitada i no com a unió temporal d'empreses.

Atesos aquests antecedents, es formula la consulta en els termes literals següents:

“1. La compravenda de participacions d'una contractista és un supòsit de cessió d'un contracte, en aquest cas d'una UTE amb un contracte subjecte al TRLCSP?

2. Quina és la conseqüència de no haver sol·licitat formalment la corresponent autorització?
3. Concorre el supòsit de resolució del contracte en el cas que no s'acreditin els requisits de les lletres b), c), d) l'art. 226 TRLCSP a requeriment de l'Ajuntament?
4. Quin són els terminis de sol·licitud d'autorització i resolució de l'expedient, en aquest cas iniciat d'ofici?
5. Quins serien els efectes jurídics en el cas que s'hagués de resoldre el contracte per incompliment dels requisits per a cedir el contracte i no fora possible autoritzar la cessió (rescat de la concessió)?”

II. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta Consultiva informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació pública, li sotmetin, entre altres, les entitats que integren l'Administració local a Catalunya. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. La primera qüestió que cal analitzar és si la venda de participacions d'una empresa contractista constitueix un supòsit de cessió de contracte, d'acord amb la normativa que *ratione temporis* resulta d'aplicació, això és, el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara endavant, TRLCSP).

Abans de donar-hi resposta, cal efectuar una breu consideració prèvia en relació amb les UTE, atesa la referència que s'hi conté en l'escrit de petició d'informe, partint del fet que el TRLCSP preveia, en l'article 59, la possibilitat de contractar amb el sector públic de les unions d'empresaris que es constituïssin temporalment a aquest efecte, sense establir cap especificitat per als supòsits de transmissió de participacions, successió d'empreses contractistes o de cessió del contracte quan l'adjudicatària fos una UTE, a diferència de la vigent LCSP, que regula les unions temporals d'empreses a l'article 69 en el mateix sentit que el TRLCSP anterior, però regulant expressament el supòsit de què, un cop formalitzat el contracte, es produeixi la modificació de la composició de la UTE que comporti l'augment, la disminució o la substitució d'una o varies empreses per una altra o altres.¹

Així, l'article 69 de la LCSP vigent estableix que aquests canvis en la composició de les UTE contractistes requereixen el compliment dels mateixos requisits que els establerts per a la cessió de contractes –llevat del de la previsió en plecs–, això és, l'autorització prèvia i

¹ Sota la vigència del TRLCSP i, per tant, en absència de regulació respecte de les modificacions en les composicions de les UTE contractistes, aquesta Junta Consultiva de Contractació Pública va emetre l'[Informe 7/2012, de 7 de juny](#), en el qual va concloure que en cas d'extinció d'una de les empreses que conformava una UTE no resulta aplicable la successió per part de l'altra i que l'eventual cessió del contracte “s'hauria de dur a terme amb caràcter previ a l'extinció d'una de les societats agrupada en la UTE, ja que aquesta implica l'extinció de la pròpia UTE i la resolució del contracte –així com, per tant, la impossibilitat de dur a terme la cessió”.

expressa de l'òrgan de contractació; l'execució d'almenys un 20 % de l'import del contracte o, quan es tracti de concessions, que s'hagi explotat almenys la cinquena part del termini del contracte; i que es mantingui la solvència o classificació exigida i que totes les empreses tinguin plena capacitat d'obrar i no estiguin incurses en prohibició de contractar. D'altra banda, també regula el supòsit que, un cop formalitzat el contracte, es produeix una successió d'empreses respecte d'alguna de les empreses integrants de la UTE –operacions de fusió, escissió o transmissió de branca d'activitat–, preveient que continua l'execució del contracte amb la UTE.

En tot cas, atès que en el supòsit de fet plantejat a la consulta les participacions no es transmeten entre els membres de la UTE, sinó que es transmeten a un tercer aliè, que passa a assumir-ne el control, la qüestió que cal analitzar és independent de si l'empresa contractista constituïda específicament per a l'execució del contracte que transmet les participacions és o no una UTE –extrem que, com s'ha indicat, no queda clar en l'escrit de consulta.

Entrant en l'anàlisi de la qüestió relativa a si s'ha de considerar la venda de participacions d'una empresa contractista que comporti un canvi en el control de la societat com una cessió de contracte, cal recordar en primer lloc que en els supòsits de cessió dels contractes es produeix una novació subjectiva en virtut de la qual el cessionari del contracte –un tercer aliè al contracte–, se subroga en tots els drets i obligacions que corresponen al cedent, de manera que es produeix un canvi de titular del contracte, sense alteració de l'objecte contractual, que es manté sense canvis ni limitacions; així com també que l'article 226 del TRLCSP regulava la cessió dels contractes preveient la possibilitat que l'empresa adjudicatària cedís els drets i obligacions dimanants del contracte a un tercer, sempre que les qualitats tècniques o personals del cedent no haguessin estat raó determinant de l'adjudicació del contracte i de la cessió no resultés una restricció efectiva de la competència en el mercat i que en cap cas suposés una alteració substancial de les característiques del contractista, si aquestes constituïen un element essencial del contracte. Per la seva banda, l'article 245.f del mateix text legal reconeixia com un dret dels concessionaris el de cedir la concessió, amb l'autorització prèvia de l'òrgan de contractació, remetent a l'article 226 del TRLCSP esmentat pel que fa als requisits i condicions exigides.

Així mateix, l'article 85 del TRLCSP preveia la continuació del contracte amb l'entitat a la qual s'atribueixi en casos de successió del contractista derivades d'operacions com, entre d'altres, la transmissió d'empreses, establint en l'article 270 com a requisit específic en el cas de concessions, perquè pugui continuar el contracte, la necessitat d'autorització prèvia per part de l'òrgan de contractació –previsió aquesta darrera que ja no es conté en la vigent LCSP, que les sotmet només ara a comunicació.

Actualment, l'article 214 de la LCSP regula la cessió dels contractes en uns termes similars als de l'article 226 del TRLCSP esmentat, si bé incloent-hi l'obligació que la possibilitat de cessió consti expressament en els plecs –derivada de la transposició de la Directiva 24/2014/UE feta per la LCSP d'aquesta novació subjectiva; i, també com a novetat, equipara expressament a la cessió del contracte, a efectes d'haver d'autoritzar-la, la transmissió de participacions de l'empresa contractista, en cas que s'hagi constituït específicament per a

l'execució del contracte, quan comporti un canvi de control.²

Així mateix, i pel que fa específicament al contracte de concessió d'obres, l'article 250 de la LCSP disposa que en els plecs de clàusules administratives particulars d'aquests contractes s'hi ha d'incloure, entre d'altres previsions, "la possibilitat que es produeixi la cessió del contracte de conformitat amb el que preveu l'article 214, així com de les participacions en la societat concessionària quan els licitadors constitueixin una societat de propòsit específic per a l'execució del contracte"; els "criteris per determinar quan s'ha de considerar la cessió de les participacions perquè suposa un canvi de control efectiu"; i, en cas que estigui justificat per les característiques del contracte, els "mecanismes de control per a cessions de participacions en la societat concessionària que no es puguin equiparar a una cessió del contracte". Així mateix, s'estableix que "en tot cas, es considera que es produeix un canvi de control efectiu quan se cedeixi el 51 per cent de les participacions".

En relació amb aquestes previsions, cal tenir en compte que, malgrat que la normativa anterior a la LCSP no equiparava expressament la transmissió de participacions de l'empresa concessionària que comporti alteració del control efectiu a la cessió del contracte, aquest era també el criteri mantingut pel Consell d'Estat, entre altres, en el [Dictamen 3375/2001, de 5 de desembre](#), al qual s'al·ludeix en l'informe que acompanya la consulta a aquesta Junta i en el qual va afirmar que "(...) la transferencia de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la sustitución del concesionario, pues la sociedad es simple reflejo de la actuación, intereses y solvencia de quienes son sus socios; se da una transmisión real de la condición de concesionario; de ahí que deba considerarse que tal supuesto precisa de la autorización administrativa establecida para tal caso, pues la Administración necesita saber en cada momento quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías (...)" i que "es claro, por tanto, que los casos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad se equiparan a los de transmisión de la concesión, cualquiera que sea el porcentaje efectivamente transmitido, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad concesionaria"³.

² Literalment, disposa que "quan els plecs prevegin que els licitadors que resultin adjudicatariis constitueixin una societat específicament per a l'execució del contracte, han d'establir la possibilitat de cessió de les participacions d'aquesta societat; així com el supòsit en què, per implicar un canvi de control sobre el contractista, aquesta cessió de participacions s'hagi d'equiparar a una cessió contractual a l'efecte de la seva autorització d'acord amb el que preveu aquest article. Els plecs poden preveure mecanismes de control de la cessió de participacions que no impliquin un canvi de control en supòsits que estiguin suficientment justificats".

³ En aquest informe, que va ser emès amb ocasió de l'avantprojecte de la Llei de concessió d'obres públiques de 2003, també s'assenyala que "sobre la base de que a la Administración no le es indiferente quién es el titular de la concesión, el Consejo de Estado considera oportuno señalar que, en el desempeño de su función consultiva, ha entendido que 'la transferencia de la titularidad de todas las acciones de una entidad concesionaria comporta la transmisión de la concesión' (dictamen núm. 998/94, de 23 de junio de 1994). Parece evidente que en tal caso no se produce una alteración de la titularidad formal, pero sí de los accionistas o partícipes y, por ende, de los últimos propietarios. Como se ha puesto de manifiesto tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, el denominado mito de la personalidad jurídica no puede servir ni para justificar situaciones legalmente fraudulentas ni para desvirtuar la esencia de la institución".

També aquesta Junta Consultiva va assenyalar en l'[Informe 1/2012, de 30 de març](#), que “els supòsits de transferència de la titularitat de totes o part de les accions representatives del capital social d'una societat s'ha d'equiparar als de la transmissió de la concessió, qualsevol que sigui el percentatge efectivament tramès, sempre que suposi una alteració del control efectiu de la societat concessionària”. Per la seva banda, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE), després d'assenyalar en la [Sentència de 19 de juny de 2008 \(assumpte C-454/06\)](#) que “en general” ha de considerar-se que “la introducció de una nueva parte contratante en sustitución de aquella a la que la entidad adjudicadora había adjudicado inicialmente el contrato constituye un cambio de uno de los términos esenciales del contrato público de que se trate, a menos que esta sustitución estuviera prevista en los términos del contrato inicial”, afirma que “si las participaciones sociales de (...) fueran cedidas a un tercero durante el período de vigencia del contrato (...) ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante”.

Per tant, cal donar resposta a la primera qüestió plantejada en el sentit que, si bé el TRLCSP no regula ni configura expressament com a cessió del contracte la transmissió a un tercer de participacions de l'empresa contractista constituïda específicament per a l'execució del contracte que comporti un canvi del control efectiu, aquest supòsit es pot considerar equiparable a la cessió del contracte que requereix l'autorització prèvia, tenint en compte també les circumstàncies concurrents en el supòsit de fet plantejat a les quals s'al·ludirà tot seguit, si bé, certament, hauria estat desitjable que el plec de la licitació preveïés l'obligació d'autorització de dita transmissió.⁴

II. En segon terme, cal respondre a les qüestions que es plantegen en l'escrit de petició d'informe relatives a la conseqüència de no haver sol·licitat l'autorització de la transmissió de participacions que comporta canvi de control i a si concorre un supòsit de resolució del contracte, en cas que no s'acrediti el compliment dels requisits per a la cessió dels contractes, a requeriment de l'Ajuntament.

En primer lloc cal recordar que l'article 226 del TRLCSP estableix com a requisits necessaris perquè les empreses contractistes puguin cedir els seus drets i les seves obligacions a tercers, a més que l'òrgan de contractació l'autoritzi, de forma prèvia i expressa, que el cedent tingui executat almenys un 20 per 100 de l'import del contracte o, quan es tracti de la gestió de servei públic, que n'hagi efectuat l'explotació durant almenys una cinquena part del termini de durada del contracte, que el cessionari tingui capacitat per contractar i la solvència exigible i que la cessió es formalitzi en escriptura pública. En tot cas, com s'ha

⁴ En aquest sentit, la Sentència del [Tribunal Superior de Justícia de Madrid, número 294/2015, de 17 de juny de 2015](#), considera conforme a dret les previsions d'un plec de clàusules que estableix l'exigència d'autorització de la transmissió d'accions disposant que “en el caso de que la naturaleza y características de la operación por afectar a más del cincuenta por ciento (50%) del capital social signifiquen una cesión del contrato, la Administración requerirá a la Sociedad Concesionaria en el plazo de treinta días a contar desde la recepción de la comunicación con el fin de que aporte la documentación que estime necesaria para obtener la autorización previa y expresa de la referida operación conforme al artículo 209 de la LCSP [relatiu a la cessió dels contractes]”.

indicat, el supòsit de transmissió de participacions que comporti alteració del control efectiu de la societat, s'equipara a una cessió contractual a la LCSP, a l'efecte de l'autorització necessària perquè pugui donar-se.

Pel que fa a les causes de resolució contractual, són d'aplicació les previstes amb caràcter general a l'article 223 i a l'article 269 del TRLCSP en relació amb el contracte de concessió d'obra pública, entre les quals es preveuen l'incompliment de les obligacions contractuals essencials, qualificades com a tals en els plecs o en el contracte (article 223.f) i l'incompliment pel concessionari de les seves obligacions contractuals essencials (article 269.j), així com també les causes de resolució que estableixi expressament el contracte (articles 223.h i 269.k).

Cal tenir en compte que, amb caràcter general, els requisits exigits per a la cessió dels contractes constitueixen garanties i responen a la finalitat d'evitar conseqüències no desitjades amb motiu del canvi del contractista inicial que, d'una banda, podrien afectar la seva execució i, d'altra banda, podrien suposar la vulneració de la normativa sobre contractació pública i, en especial, dels principis que la informen, a partir de la introducció d'una nova part en la relació contractual, que substituirà aquella a qui es va adjudicar el contracte sense haver estat seleccionada seguint les normes i els procediments legalment establerts.⁵ Per tant, es pretén evitar que mitjançant aquesta novació subjectiva es puguin conculcar els principis a què se sotmet la selecció del contractista, així com garantir l'interès públic en el compliment del contracte i de les obligacions que en deriven.

Així mateix, la cessió d'un contracte sense complir els requisits fixats per la normativa, constitueix l'incompliment d'una obligació que per la seva naturalesa té caràcter essencial, sense que sigui necessari que aquesta essencialitat estigui literalment recollida d'una manera expressa en el plec ni en el contracte i, com a tal, pot ser causa de resolució dels contractes.⁶

⁵ En aquest sentit cal recordar que la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrer, sobre contractació pública, únicament preveu com a novació subjectiva el supòsit previst a l'article 72.1.d.ii en què es permet modificar el contracte durant la seva vigència sense necessitat d'iniciar un nou procediment de contractació "cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva".

⁶ Una obligació no esdevé essencial per ser qualificada com a tal en el plec i en el contracte, sinó que ha de ser-ho en el context de la relació jurídica establerta entre les parts contractants i en el marc de l'objecte del contracte, prevalent la nota de l'essentialitat de l'obligació sobre l'aspecte formal. La Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya ha tractat la qüestió de l'incompliment d'aquelles obligacions contractuals que, malgrat que no han estat qualificades d'essencials en els plecs, poden ser considerades com a tals i, per tant, són causa de resolució del contracte, en el [Dictamen 300/2019, de 10 d'octubre](#), fent esment a altres dictàmens anteriors (315/2015, 137/2016, 331/2017, 50/2018 i 146/2016 entre altres), en el qual assenyala que "l'essentialitat no és una qüestió merament formal, d'haver designat com a essencials determinades obligacions, sinó que cal atendre el contingut de les obligacions en el marc de l'objecte i l'economia del contracte". També aquesta Junta Consultiva en l'[Informe 5/2022, de 28 de juliol](#), en relació amb l'obligació de la concessionària d'aportar una

Aquest requisit d'autorització prèvia per a la cessió del contracte és de naturalesa *ad substantiam* perquè tingui lloc la cessió, de manera que la manca de compliment no es pot considerar com a incompliment menor ni de naturalesa tècnica, sinó que es tracta d'un incompliment greu.⁷

Adicionalment, cal recordar, ja específicament per al cas de cessió de contracte derivada de la transmissió de participacions de l'empresa contractista que comporti un canvi de control, que el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals, aprovat mitjançant el Decret 179/1995, de 13 de juny, (en endavant, ROAS), preveu entre les causes d'extinció del contracte de gestió de serveis locals el no prestar el gestor directament el servei, llevat dels supòsits de subcontractació, i "si es tracta d'una societat mercantil, quan la transmissió de les accions o participacions sigui rellevant i determini l'alteració de la direcció o del control de la societat o la modificació substancial de les condicions de l'atorgament del contracte" (article 241.j); i entre les causes d'extinció del contracte de concessió que "el concessionari no presti el servei per si mateix, inclòs el supòsit de transmissió d'accions o participacions quan aquell sigui una societat mercantil, en els termes establerts per l'article 241.j d'aquest Reglament" (article 260.1.f).

A més, també cal tenir en compte que en el supòsit de fet plantejat i que motiva la petició d'informe, el plec de clàusules administratives particulars preveia com a "falta sancionable" qualsevol acció o omissió del concessionari que suposés incomplir les obligacions que estableix el plec, i com a infracció molt greu, entre d'altres, "cedir l'execució de les obres d'instal·lació, seguretat i control, o l'explotació del servei a tercers persones, sense el consentiment o l'autorització de l'Ajuntament", la qual podia ser causa de resolució del contracte; també preveia entre les causes d'extinció de la concessió "les recollides en els articles 239, 241 i 260 del ROAS".

comptabilitat separada per a la concessió objecte del contracte, ha afirmat ja que "el fet que no s'hagi previst el caràcter essencial de l'obligació d'aportar aquesta comptabilitat separada tampoc sembla que impedeixi considerar l'esmentada obligació com a tal, de manera que el seu incompliment pugui considerar-se causa de resolució, d'acord amb la jurisprudència i els dictàmens d'òrgans consultius, si aquest incompliment és greu i de naturalesa substancial, corresponent a l'Administració, motivant la seva decisió, identificar i qualificar aquest incompliment i sense que es pugui apreciar de forma automàtica"

⁷ Així, cal tenir en compte respecte de la cessió dels contractes en general que no només l'incompliment de l'autorització és considerada essencial, sinó també els dels altres aspectes exigits legalment. En aquests termes s'ha pronunciat la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat Catalunya en el [Dictamen 138/2016, de 2 de juny](#), reproduint el que es diu al [Dictamen 348/2012, de 30 d'octubre](#), i assenyalant que "d'altra banda el Consell d'Estat, en el [Dictamen 805/1996](#), ha considerat també substancials el compliment dels requisits establerts legalment per a efectuar la cessió dels contractes". En aquest Dictamen 348/2012 la Comissió Jurídica Assessora comparteix el criteri de l'Administració local de considerar essencial i possibilitar la resolució contractual la manca del requisit de l'autorització, així com de l'explotació durant, com a mínim, una cinquena part del contracte i indica que també hi ha altres aspectes que, en les cessions no autoritzades, són rellevants, com el fet que la cessió no hagi estat formalitzada en escriptura pública i, especialment, que prèviament a aquesta formalització en cap moment no hagi estat possible per a l'Administració poder comprovar ni pronunciar-se sobre aspectes que són reclamats també per la Llei, per confirmar "que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible (...) y no estar concurso en una causa de prohibición de contratar".

En aquest sentit, i al marge d'haver de considerar aquella regulació del ROAS superada per la continguda ara en la LCSP, o de poder qüestionar la seva vigència fins i tot amb la normativa de contractació pública anterior, el cert és que en el supòsit de fet plantejat en la petició d'informe l'empresa contractista era coneixedora de la seva obligació d'obtenir una autorització de l'Administració en el supòsit de transmissió majoritària participacions, així com de les conseqüències de l'incompliment, les quals havia acceptat i constituïen obligacions contractuals.

Per tant, cal respondre la qüestió plantejada en el sentit que si no es dona el requisit de l'autorització prèvia, ara expressament exigida per la normativa de contractació pública, no es pot produir la cessió, en el supòsit de transmissió de participacions a un tercer que comporta canvi de control efectiu, i ha de continuar el contracte amb la contractista inicial en els termes fixats. En cas de produir-se dita transmissió de participacions sense l'autorització prèvia, tractant-se de l'incompliment d'una obligació que té caràcter essencial, sense que sigui necessari que aquesta essencialitat estigui literalment recollida d'una manera expressa en el plec ni en el contracte, procedirà la resolució del contracte, així com també en el cas que els plecs hagin previst aquest incompliment com a causa de resolució, d'acord amb la normativa de contractes del sector públic anterior que ho possibilitava.

III. En darrer terme, cal donar resposta a la qüestió relativa a quins són els terminis de què disposa la contractista per sol·licitar a l'òrgan de contractació l'autorització per poder dur a terme la cessió del contracte i l'Administració per resoldre l'expedient de resolució del contracte.

Pel que fa al termini per sol·licitar la contractista a l'òrgan de contractació l'autorització necessària per cedir el contracte, i si bé ni l'article 226 del TRLCSP, ni els articles 214 i 250 de la LCSP preveuen terminis a efectes de l'autorització, cal entendre que es pot sol·licitar sempre amb caràcter previ a la cessió i abans de l'extinció del contracte.

Quant al termini per resoldre l'expedient de resolució del contracte per part de l'Administració, cal tenir en compte que, tal com ha assenyalat la Comissió Jurídica Assessora, el procediment de resolució contractual s'ha de regir per la normativa vigent en el moment d'iniciar-se. És a dir, actualment per la LCSP que, a diferència de la normativa anterior, preveu a l'article 212.8 un termini màxim específic de vuit mesos per instruir i resoldre els expedients de resolució contractual.⁸

⁸ Durant la vigència del TRLCSP, en no contenir-se cap regla específica respecte a aquest termini, de conformitat amb el seu article 19.2, s'aplicava supletòriament la normativa reguladora del règim jurídic i del procediment administratiu comú, que estableix, per aquells casos en què la norma reguladora d'un procediment no fixi el termini màxim per resoldre i notificar-lo, un termini màxim de tres mesos. Aquest termini es va considerar pels diferents òrgans consultius insuficient i, per tant, inconvenient per a la resolució d'un contracte i es van qualificar de massa breu, manifestant la seva inconveniència –entre altres, pel Consell d'Estat en el [Dictamen 1116/2015](#), sobre l'Avantprojecte de la LCSP, el qual no contenia cap previsió específica respecte del termini per resoldre un contracte, o per la Comissió Jurídica Assessora en els dictàmens [263/2017](#), [282/2017](#) i [309/2017](#).

Tanmateix, cal recordar que la [Sentència 68/2021, de 18 de març](#), del Ple del Tribunal Constitucional, que va estimar parcialment el recurs d'inconstitucionalitat contra la LCSP, va declarar aquest termini de caràcter no bàsic en relació amb contractes subscrits per les comunitats autònomes, les corporacions locals i les entitats que hi són vinculades, assenyalant que “se trata de una norma de naturaleza auxiliar y procedimental” i que “la regulación relativa a la duración de la tramitación de los expedientes de resolución contractual podría ser sustituida por otra elaborada por las comunidades autónomas con competencia para ello, sin merma de la eficacia de los principios básicos en materia de contratación pública.”

En tot cas, l'apartat 2 de la disposició addicional desena de la Llei 2/2021, del 29 de desembre, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic, va establir també el termini màxim de vuit mesos per instruir i resoldre els expedients de resolució contractual dels procediments duts a terme pels òrgans de contractació de Catalunya.⁹

Per tant, cal respondre aquestes qüestions relatives als terminis en el sentit que, malgrat no estar previst expressament a la normativa de contractació pública el termini per sol·licitar l'empresa contractista a l'òrgan de contractació l'autorització per dur a terme la cessió del contracte, del precepte legal que regula la cessió i dels preceptes legals que equiparen la transmissió de particions a un tercer que comporti canvi de control efectiu a la cessió del contracte, se'n desprèn que es podrà sol·licitar amb caràcter previ a la cessió i sempre que no s'hagi extingit el contracte. D'altra banda, i pel que fa al termini per resoldre el procediment de resolució contractual, en ser d'aplicació la normativa vigent en el moment d'iniciar-se el procediment de resolució contractual, serà d'aplicació per instruir i resoldre el procediment el termini màxim de vuit mesos.

IV. Pel que fa a la qüestió relativa a quins serien els efectes jurídics de la resolució del contracte, és necessari valorar en cada cas si l'incompliment de la contractista es pot qualificar de culpable, “contraposant el comportament del contractista amb un patró de diligència comú a l'estàndard ordinari de les obligacions imposades pel contracte”.¹⁰

Així, en el supòsit de fet que motiva la petició d'aquest informe, caldria tenir en compte que el mateix plec preveia, com s'ha dit, el dret de la concessionària de “cedir la concessió, de conformitat amb l'article 226 del TRLCSP, amb autorització prèvia i expressa de l'òrgan de

⁹ Amb posterioritat a la Sentència del Tribunal Suprem 68/2021, de 18 de març, i abans de l'aprovació de la Llei 2/2021, del 29 de desembre, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic, període durat el qual el termini de vuit mesos no era aplicable a les resolucions de contractes dutes a terme pels òrgans de contractació de Catalunya, la Comissió Jurídica Assessora va assenyalar en el [Dictamen 367/2021, de 25 de novembre](#), “la situació anòmala que es planteja a causa d'un termini de caducitat tan breu [3 mesos], insuficient i poc realista per a iniciar i resoldre un procediment complex com és el d'una resolució contractual; situació que genera distorsions significatives i provoca molt sovint que un expedient s'hagi de declarar caducat i que se n'hagi d'iniciar i tramitar un de nou, sense que es pugui identificar un clar beneficiari en la reiteració dels tràmits”.

¹⁰ Tal com ha assenyalat en diverses ocasions la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya per valorar si l'incompliment és culpable –entre altres, en el molt recent [Dictamen 109/2023, de 30 de març](#).

contractació” sense fer referència expressa a la necessitat d'autorització en cas transmissió de participacions que comporti canvi de control –malgrat que sí que es preveia com a causes de resolució les establertes en el ROAS a les quals s'ha al·ludit en la consideració jurídica II.

En cas que l'incompliment es qualifiqués de culpable, de conformitat amb l'article 225.3 del TRLCSP, l'empresa hauria d'indemnitzar l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats¹¹, indemnització que en primer lloc s'ha de fer efectiva sobre la garantia, per al cas que aquesta s'hagués constituït, subsistint la seva responsabilitat per l'import que excedeixi el de la garantia confiscada. A més, aquest mateix precepte disposa que l'acord de resolució del contracte s'ha de pronunciar expressament sobre la procedència o no de la pèrdua, devolució o cancel·lació de la garantia que, si escau, hagi estat constituïda. En aquest mateix sentit, en relació amb el contracte de concessió d'obra pública, l'article 271.4 del TRLCSP estableix, per al cas que el contracte es resolgui per causa imputable al concessionari, que se li confiscarà la fiança i, a més, haurà d'indemnitzar a l'Administració pels danys i perjudicis ocasionats en el que excedeixi de l'import de la garantia confiscada.

En canvi, en cas que l'incompliment no fos considerat culpable, procedirà la liquidació del contracte i, d'acord amb l'article 225.4 del TRLCSP, l'acord de resolució també s'haurà de pronunciar expressament sobre la procedència o no de la pèrdua, devolució o cancel·lació de la garantia que, si escau, hagi estat constituïda. Així mateix, i específicament respecte del contracte de concessió d'obra pública, l'article 271.1 del TRLCSP preveu que l'Administració ha d'abonar al concessionari l'import de les inversions realitzades per raó de l'expropiació de terrenys, execució d'obres de construcció i adquisició de béns que siguin necessaris per a l'explotació de l'obra objecte de la concessió, havent de tenir en compte, a aquest efecte, el seu grau d'amortització en funció del temps que resti per al termini de la concessió i el que estableix el pla economicofinancer.

A més, en cas que la cessió s'hagi dut a terme sense l'autorització prèvia, s'ha de considerar no realitzada i, per tant, s'han de considerar nuls els efectes que s'hagin pogut derivar de l'execució del contracte per part de l'empresa diferent del contractista i aliena al contracte, ja que en no haver-se seguit el procediment establert, la cessió incorreria en la causa de nul·litat prevista a la lletra e) de l'article 62.1 de la Llei 30/1992, al que remet l'article 32.a) del TRLCSP, consistent en haver prescindit totalment i absolutament del procediment legalment establert.¹²

Les conseqüències i efectes jurídics derivades d'aquesta nul·litat són els que es recullen a l'article 35.1 del TRLCSP, de manera que les parts s'hauran de restituir recíprocament les

¹¹ Així ho estableix la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, en el Dictamen 348/2012, ja esmentat, en què indica, a més, que la [STS de 22 de maig de 2007](#) entén que aquesta solució és especialment idònia quan al·ludeix al perjudici, i diu que la seva “cuantificación y determinación, de si excede al importe de la garantía incautada, procederá hacerse en otro expediente, que culminará con otro acto administrativo susceptible de impugnación”.

¹² En relació amb aquesta causa de nul·litat, cal recordar, tal com ja ha assenyalat aquesta Junta Consultiva en els informes [3/2016](#), [2/2017](#) i [9/2022](#), que és doctrina reiterada del Tribunal Suprem considerar-la d'aplicació “a aquells casos en què s'ha omès totalment i absolutament el procediment establert o en els quals s'ha omès algun tràmit essencial o fonamental”.

coses que hagin rebut en virtut d'aquest article, i si no és possible, s'haurà de tornar el valor, a més de procedir la indemnització a la part a que no li sigui imputable, pels danys i perjudicis que hagi patit.¹³ Per al cas que la nul·litat del contracte produeixi un greu trastorn al servei públic, es podria disposar en el mateix acord la continuació dels efectes del contracte i sota les mateixes clàusules, fins que s'adoptin les mesures urgents per evitar el perjudici.

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Pública formula les següents

CONCLUSIONS

I. En un contracte subjecte al text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, la transmissió a una tercera persona de participacions de l'empresa contractista constituïda específicament per a l'execució del contracte que comporti un canvi del control efectiu es pot considerar equiparable a la cessió del contracte, a l'efecte d'haver-la d'autoritzar, tenint en compte també les circumstàncies concurrents en el supòsit de fet plantejat.

II. No es pot produir la cessió del contracte a un tercer, en el supòsit de transmissió de participacions de l'empresa contractista constituïda específicament per a l'execució del contracte que comporti canvi de control efectiu, sense complir el requisit de l'autorització prèvia per part de l'òrgan de contractació, ara expressament exigit per la normativa de contractació pública. Per tant, fins que no es produeixi dita autorització, ha de continuar el contracte amb el contractista inicial en els termes fixats. En cas de produir-se la transmissió sense l'autorització prèvia, tractant-se de l'incompliment d'una obligació que té caràcter essencial, procedirà la resolució del contracte, així com també en el cas que els plecs haguessin previst aquest incompliment com a causa de resolució, d'acord amb la normativa de contractes del sector públic anterior que ho possibilitava.

III. Com que no està previst expressament a la normativa de contractació pública el termini per sol·licitar l'empresa contractista a l'òrgan de contractació l'autorització per dur a terme la cessió del contracte, es podrà sol·licitar amb caràcter previ a la cessió i sempre que no s'hagi extingit el contracte. D'altra banda, el termini aplicable per instruir i resoldre el procediment de resolució contractual és el de vuit mesos establert en la disposició addicional desena de la Llei 2/2021, del 29 de desembre, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic, atès que és d'aplicació la normativa vigent en el moment d'iniciar-se el procediment de resolució contractual.

IV. Els efectes jurídics en el cas que s'hagués de resoldre el contracte per incompliment de la contractista de l'obligació d'obtenir l'autorització prèvia per transmetre les participacions

¹³ Aquesta Junta consultiva s'ha pronunciat sobre els efectes de la nul·litat contractual i el deure d'indemnització en l'Informe 12/2023, de 4 de maig, sobre la nul·litat de ple dret d'una modificació no prevista en plec i que té per objecte ampliar la durada d'un contracte excedint de les pròrrogues fixades prèviament.

cedint el contracte varien en funció de si aquest es qualifica o no com a culpable, i s'ha d'entendre com a no produïda i nul·la la cessió sense autorització.

Barcelona, 4 de maig de 2023