

La CESIÓN de los contratos en la nueva LCAP 2017

PROF. DR. JESÚS PUNZÓN MORALEDA

Ciudad Real, 25-04-18

REGULACIÓN

REGULACIÓN EN LA DIRECTIVA 2014

DIRECTIVAS 2014

Nada se establece en las Directivas de 2014 en relación de la cesión de los
contratos

[Solamente regula un supuesto de sucesión, art. 72.1.d).ii) Directiva 2014/24/UE]

REGULACIÓN EN LA LCSP 2017

La nueva LCSP regula la cesión de los contratos, esencialmente, en el **artículo 214**

Existen **otros supuestos de sucesión** (figuras afines a la cesión) del contratista regulados en la norma, tal y como ocurre con los **artículos 98** -en referencia a los supuestos de sucesión del contratista (*fusión de empresas, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de actividad de las mismas*)-, **274** -en alusión a los acreedores hipotecarios- y **275** -en relación con el adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria-.

[[Artículo 214. Cesión de los contratos.

1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.]]

ESENCIAL:

LIBRO SEGUNDO. De los contratos de las Administraciones Públicas [arts. 115 a 315]

- TÍTULO I. Disposiciones generales [arts. 115 a 230]

-CAPÍTULO I. De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas [arts. 115 a 217]

Sección 3. De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos [arts. 188 a 217]

Subsección 6. Cesión de los contratos y subcontratación [arts. 214 a 217]

Artículo 214. Cesión de los contratos

(Nota: en azul las modificaciones introducidas)

1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.

A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el **contratista** a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.

Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.

2. Para que los **contratistas** puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia de los siguientes requisitos: ente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en la letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el **contratista** en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.

No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

REF. AL ARTICULADO:

1) LIBRO SEGUNDO. De los contratos de las Administraciones Públicas [arts. 115 a 315]

- TÍTULO I. Disposiciones generales [arts. 115 a 230]

- CAPÍTULO I. De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas [arts. 115 a 217]

- Sección 1. De la preparación de los contratos de las Administraciones Públicas [arts. 115 a 130]

Subsección 2.ª Pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas

Artículo 122.2 Pliegos de cláusulas administrativas particulares

“En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los

criterios de solvencia y adjudicación del contrato;

las consideraciones sociales, laborales y ambientales que como criterios de solvencia, de adjudicación o como condiciones especiales de ejecución se establezcan;

los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato;

*la **previsión de cesión del contrato** salvo en los casos en que la misma no sea posible de acuerdo con lo establecido en el segundo párrafo del artículo 214.1;*

la obligación del adjudicatario de cumplir las condiciones salariales de los trabajadores conforme al Convenio Colectivo sectorial de aplicación;

y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo.

En el caso de contratos mixtos, se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.”

Libro segundo. De los contratos de las Administraciones Públicas.

Título I. Disposiciones generales.

Capítulo I. De las actuaciones relativas a la contratación de las Administraciones Públicas.

Sección 3.ª De los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos

Subsección 4.ª Modificación de los contratos

Artículo 203. Potestad de modificación del contrato

“1. Sin perjuicio de los supuestos previstos en esta Ley respecto a la sucesión en la persona del contratista, cesión del contrato, revisión de precios y ampliación del plazo de ejecución,

los contratos administrativos solo podrán ser modificados por razones de interés público en los casos y en la forma previstos en esta Subsección, y de acuerdo con el procedimiento regulado en el artículo 191, con las particularidades previstas en el artículo 207.”

1) LIBRO SEGUNDO. De los contratos de las Administraciones Públicas [arts. 115 a 315]

Título II. De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas

Capítulo II. Del contrato de concesión de obras

Sección 1.ª Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de obras

Artículo 250. Pliegos de cláusulas administrativas particulares

Artículo 250. Pliegos de cláusulas administrativas particulares

1. Los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los **contratos de concesión de obras deberán hacer referencia**, al menos, a los siguientes aspectos:

(...)

*“b) Requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores, pudiendo fijarse **distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3,*

a los efectos de una posible cesión en los términos establecidos en el artículo 214.2.c).”

[Artículo 86. Medios de acreditar la solvencia: “3. En los contratos de **concesión de obras y concesiones de servicios** en los que puedan identificarse **sucesivas fases en su ejecución** que requieran **medios y capacidades distintas**, los pliegos podrán diferenciar requisitos de solvencia, distintos para las sucesivas fases del contrato, **pudiendo los licitadores acreditar dicha solvencia con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases.**

En el caso de aquellos empresarios que acogiéndose a la posibilidad prevista en el párrafo anterior, no acreditaran su solvencia antes del inicio de la ejecución de la correspondiente fase, se resolverá el contrato por causas imputables al empresario.”]]

*“c) **Preverán también***

la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214,

*así como de las **participaciones en la sociedad concesionaria** cuando se constituyera una sociedad de propósito específico por los licitadores para la ejecución del contrato.*

Asimismo, establecerán criterios para la determinación de

cuándo la cesión de las participaciones deberá considerarse por suponer un efectivo cambio de control

*y, en el caso de que **estuviera justificado** por las características del contrato,*

*se establecerán también **mecanismos de control para cesiones de participaciones en la sociedad concesionaria que no puedan equipararse a una cesión del contrato.***

*En todo caso se considerará que **se produce un efectivo cambio de control** cuando se ceda el 51 por ciento de las participaciones.”*

1) LIBRO SEGUNDO. De los contratos de las Administraciones Públicas [arts. 115 a 315]

Título II. De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas

Capítulo II. Del contrato de concesión de obras

Sección 4.ª Derechos y obligaciones del concesionario y prerrogativas de la administración concedente

Subsección 1.ª Derechos y obligaciones del concesionario

Artículo 257. Derechos del concesionario

Artículo 257. Derechos del concesionario

Los concesionarios tendrán los siguientes derechos:

(...)

e) *El derecho*

a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 214

y a hipotecar la misma en las condiciones establecidas en la Ley,

previa autorización del órgano de contratación en ambos casos.

1) LIBRO SEGUNDO. De los contratos de las Administraciones Públicas [arts. 115 a 315]

Título II. De los distintos tipos de contratos de las Administraciones Públicas

Capítulo III. Del contrato de concesión de servicios

Sección 2.ª Régimen jurídico

Subsección 1.ª Actuaciones preparatorias del contrato de concesión de servicios

Artículo 285. Pliegos y anteproyecto de obra y explotación

1. Los **pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia**, al menos, a los siguientes aspectos:
(...)

d) Definirán los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores, pudiendo fijarse **distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato** de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3,

a los efectos de una posible cesión en los términos establecidos en el artículo 214.2.c).

[[Artículo 86. Medios de acreditar la solvencia: “3. En los contratos de **concesión de obras y concesiones de servicios** en los que puedan identificarse **sucesivas fases en su ejecución** que requieran medios y capacidades distintas, los pliegos podrán diferenciar requisitos de solvencia, distintos para las sucesivas fases del contrato, **pudiendo los licitadores acreditar dicha solvencia con anterioridad al inicio de la ejecución de cada una de las fases.**

En el caso de aquellos empresarios que acogiéndose a la posibilidad prevista en el párrafo anterior, no acreditaran su solvencia antes del inicio de la ejecución de la correspondiente fase, se resolverá el contrato por causas imputables al empresario.”]]

“c) **Preverán también**

la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214, así como de las participaciones en la sociedad concesionaria cuando se constituyera una sociedad de propósito específico por los licitadores para la ejecución del contrato.

Asimismo, establecerán criterios para la determinación de

cuándo la cesión de las participaciones deberá considerarse por suponer un efectivo cambio de control

y, en el caso de que **estuviera justificado por las características del contrato,**

se establecerán también mecanismos de control para cesiones de participaciones en la sociedad concesionaria que no puedan

equipararse a una cesión del contrato.

En todo caso se considerará que **se produce un efectivo cambio de control cuando se ceda el 51 por ciento de las participaciones.**

En los casos en que la **concesión de servicios se refiera a servicios públicos**, lo establecido en el presente apartado se realizará de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio a que se refiere el **artículo 284.2.”**

[[Artículo 284. Ámbito del contrato de concesión de servicios. “2. Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de **servicios públicos**, deberá haberse establecido su régimen jurídico, **que declare expresamente** que

la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma,

determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados,

y regule los **aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo** relativos a la prestación del servicio.”]]

Libro tercero. De los contratos de otros entes del sector público

Título I. Contratos de los poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas

Artículo 319. Efectos y extinción

1. Los **efectos y extinción** de los contratos celebrados por los **poderes adjudicadores** que **no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas se regirán por normas de derecho privado.**

No obstante lo anterior, le será aplicable lo dispuesto en

los artículos 201 sobre obligaciones en materia medioambiental, social o laboral;

202 sobre condiciones especiales de ejecución;

203 a 205 sobre supuestos de modificación del contrato;

214 a 217 sobre cesión y subcontratación;

y 218 a 228 sobre racionalización técnica de la contratación;

así como las condiciones de pago establecidas en los apartados

4.º del artículo 198,

4.º del artículo 210

y 1.º del artículo 243.

Primera novedad

*“la modificación subjetiva de los contratos **solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos**, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.”*

2º Parágrafo art. 214:

[[A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.]]

(Nota: en azul las modificaciones introducidas)

LÍMITES A LA CESIÓN:

- A) Si las cualidades técnicas o personales del cedente HAN sido razón determinante de la adjudicación del contrato*
- B) De la cesión no resulte una RESTRICCIÓN EFECTIVA de la competencia en el mercado*

Segunda novedad

“Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.”
(en azul las modificaciones introducidas)

A) SI LOS PLIEGOS PREVEN QUE LOS ADJUDICATARIOS **DEBAN CONSTITUIR** UNA SOCIEDAD PARA LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO **DEBEN ESTABLECER** LA CESIÓN DE PARTICIPACIONES A DICHA SOCIEDAD

B) SI LA CESIÓN DE PARTICIPACIONES SUPONE UN CAMBIO DE CONTROL SOBRE EL CONTRATISTA **SE TRATARÍA DE UNA CESIÓN DEL CONTRATO** A LOS EFECTOS DEL PRESENTE ARTÍCULO, Y POR TANTO, SERÍA NECESARIA “AUTORIZACIÓN”

C) Los pliegos **PODRÁN prever** mecanismos de control de la cesión de participaciones **que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados**

COMENTARIO: se trata de una **especialidad** recogida en el **artículo 66** -Personas jurídicas- LCSP.

Se dispone de forma específica que *“quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una **concesión de obras o de servicios, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión (...)**”*.

En este sentido, el **artículo 250 LCSP** -Pliegos de cláusulas administrativas particulares- dispone que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de concesión de obras deberán hacer referencia, entre otros aspectos, en relación con el contenido de las proposiciones: *“**1.º Relación de promotores de la futura sociedad concesionaria, en el supuesto de que estuviera prevista su constitución, y características de la misma tanto jurídicas como financieras (...)**”*.

COMENTARIO: EXISTE UNA REGULACIÓN MUY PARECIDA PARA LOS SUPUESTOS DE LAS UNIONES DE EMPRESARIOS (ART. 69.9 LCSP)

Sobre los efectos de una constitución ya tuvo la oportunidad de pronunciarse la JCCA en su **Informe 54/04, de 12 de noviembre**.

En dicho Informe se planteó si la **constitución de una sociedad que en el futuro sería la titular de una concesión** de obra pública **podía tener lugar con posterioridad a la adjudicación**, aunque los licitadores no hubiesen asumido tal compromiso al concurrir a la licitación.

En la consideración jurídica 4ª se afirma que, “aunque se admite la posibilidad de que quienes concurren individual o conjuntamente con otros a una licitación de contratos de concesión de obras públicas **puedan hacerlo asumiendo o no el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión y si no lo asumen, la personalidad del adjudicatario, una vez adjudicado el contrato, solo podrá ser alterada por la vía de cesión** con los requisitos establecidos con carácter general por la propia Ley (...).”

Resulta muy didáctico el **Informe 998/1994, de 23 de junio, del Consejo de Estado** en materia de cesión de participaciones.

En este caso, **se produjo la transferencia de todas las acciones de una entidad concesionaria** lo que según el buen juicio del Consejo de Estado **comportaba la sustitución del concesionario**, pues la sociedad, en palabras del Consejo, “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 quién es el concesionario real y cuáles son sus garantías”.

En este artículo se traslada la jurisprudencia de la **Sentencia TJUE del asunto C-454/06 (apartado 47)**, según el cual, tal y como con anterioridad se expuso, **la cesión de participaciones sociales "a un tercero durante el período de vigencia del contrato no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato"**.

COMENTARIO: La Sentencia C-454/06 en su apartado 40 deja muy claro que debe considerarse que **la introducción 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.**

Por tanto, la nueva LCSP salva esta conclusión del TJUE advirtiendo que no habrá problema alguno si los pliegos prevén la posibilidad de la cesión de las participaciones en el caso de que los licitadores decidan constituir una sociedad para la ejecución de un contrato una vez son adjudicatarios del contrato. Asimismo, si la cesión de participaciones conlleva el cambio del control sobre el contratista (estado prevista en los pliegos, seguimos en el mismo supuesto) en este caso, **aunque la situación se equipara a una cesión de participaciones, será necesario que el poder adjudicador aplique el "test de idoneidad" y, por tanto, revise si se cumplen los requisitos establecidos en el artículo objeto de estudio, a los efectos de la autorización de la misma.**

Finalmente, se establece como una **medida potestativa y adicional en la fiscalización de la cesión**, la posibilidad de que los pliegos puedan prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén justificados, de donde se deduce que esta medida tiene un carácter excepcional y deberá ser convenientemente motivada para su inclusión en los pliegos.

Tercera novedad

2. Para que los **contratistas** puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, **los pliegos deberán contemplar, como mínimo, la exigencia** de los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión. **Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en la letras siguientes.** El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.

Novedades: a) **se elimina cualquier duda en cuanto al carácter discrecional o no de la autorización.**

b) **se establece un plazo de 2 meses para la notificación de la resolución** sobre la solicitud de la autorización que, transcurrido, debe entenderse otorgado en aplicación de la regla administrativa del silencio administrativo positivo (aplicación de la regla general contenida en el art. 21.1 L 39/2015).

[[Sólo hacer una consideración en relación con el cómputo de plazos: si la resolución tuviese carácter denegatorio, en aplicación del artículo 30.4 de la Ley 39/2015, el plazo se debe contar desde el día siguiente a la notificación de la resolución que se quisiera recurrir, terminando el día en que se cumple el mes, pero contado desde la misma fecha de la notificación.]]

Dictamen 36898/1970, de 9 de julio, del Consejo de Estado, en el que se indicaba que la autorización por parte de la Administración debía "...entenderse **no como un nuevo otorgamiento discrecional, sino como un mero control de la regularidad de la transmisión**, que sólo podrá negarse en los supuestos en que implique infracción legal o suponga la introducción de circunstancias incompatibles con los fines de la concesión o con su condicionamiento originario".

El Tribunal Supremo, tradicionalmente, no compartió esta segunda tesis, pues sus pronunciamientos están en la línea primera, en la que la Administración debe valorar los intereses generales de dicha cesión y aun cumpliéndose los requisitos establecidos en la norma, poder manifestarse en contra, precisamente por tener voluntad individualizada en la relación sinalagmática contractual. De esta forma, en el antiquísimo **Auto del Tribunal Supremo, con fecha 9 de octubre de 1895**, éste manifiesta: "(...) que **la negativa de la Administración a aprobar la cesión de un contrato no lesiona derecho alguno del cesionario**, y, por tanto, no procede, contra aquélla resolución, demanda contencioso-administrativa, pues aparte que **es libérrima la facultad de la Administración de aprobarla o no, aun desde el punto de vista del derecho civil, no es obligatoria una novación del contrato que consiste en la sustitución del deudor sin consentimiento del acreedor.**"

En el **Acuerdo 59/2013, de 28 de octubre, del TACPA**, uno de los más recientes que han tratado esta cuestión y que, precisamente, trae a colación el Dictamen 36898/1970, de 9 de julio, se sigue la dicción literal del Dictamen de 1970 al indicar que "se infiere un **cierto carácter reglado en el otorgamiento de la autorización, sin perjuicio del matiz discrecional que implica la valoración de las cualidades técnicas y personales del cedente como determinantes**, o no, de la adjudicación del contrato. (...) En consecuencia, la respuesta de la Administración a la cesión contractual **solo podrá ser negativa si, de forma motivada, se argumenta que el cesionario no acredita la solvencia y capacidad adecuadas para sustituir al contratista originario**".

Cuarta novedad

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de *un contrato de concesión de obras o concesión de servicios*, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el **contratista** en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, *o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.*

No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.

Comentario: **se mantiene** la obligación para el cedente de tener ejecutado como mínimo un **20% del importe del contrato**.

Excepción:

a) encontrarse el contratista en situación de concurso (aunque se haya abierto la fase de liquidación)

b) *o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación.*

En cuanto a las negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, **es de aplicación el actual artículo 5.bis** -Comunicación de negociaciones y efectos- de la Ley Concursal -en adelante, LC-, **Ley 22/2003, de 9 julio** -BOE núm. 164, de 10 de julio de 2003-.

Comunicación que podrá realizarse **en cualquier momento antes del vencimiento del plazo establecido en el artículo 5 LC**, es decir, **antes de solicitar la declaración de concurso** y, por tanto, dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia, mientras que el efecto jurídico que se produce, desde de la presentación de la comunicación, es que no podrán iniciarse ejecuciones judiciales o extrajudiciales de bienes o derechos que resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En el caso de presentarse un supuesto de este tipo, el contratista deberá presentar ante el órgano de contratación una certificación de la comunicación del inicio de las negociaciones para alcanzar el acuerdo de refinanciación; un extracto de la resolución por la que se deje constancia de la comunicación presentada por el deudor, de forma previa, será ordenado publicar en el Registro Público Concursal por el secretario judicial, salvo que expresamente el deudor hubiese solicitado el carácter reservado de la comunicación de negociaciones, en cuyo caso, no se ordenará la publicación del extracto de la resolución.

Sigue ->

c) (*novedad*) o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal

Comentario: es de aplicación la normativa expuesta para el caso de refinanciación puesto que el apartado 3º del artículo 5 LC, que establecía una excepción en relación con la exigencia de solicitar la declaración de concurso una vez que se hubiesen iniciado negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, fue derogado por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

La LC -art. 5.5- establece un período de **tres meses**, desde la comunicación al juzgado, en el que el deudor, haya o no alcanzado un acuerdo de refinanciación, o un acuerdo extrajudicial de pagos o las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes hábil siguiente, a menos que ya lo hubiera solicitado el mediador concursal o no se encontrara en estado de insolvencia.

d) En cuanto al último párrafo (“No obstante lo anterior...”):

*“No obstante lo anterior,
el acreedor pignoraticio
o el acreedor hipotecario
podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que
los contratos de concesión de obras
y de concesión de servicios
los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas,
la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y
obligaciones del concesionario en caso de
conurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la
inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la
finalidad de evitar su resolución anticipada.”*

Comentario:

La hipoteca de concesión se regula en los arts. 273 a 276 LCSP, por lo que vamos a resaltar algunos elementos de interés para la comprensión correcta del artículo.

En primer lugar, **las concesiones de obras**, con los bienes y derechos que lleven incorporados, **son hipotecables** previa autorización del órgano de contratación, siempre y cuando guarden relación con la concesión.

Asimismo, hay que tener en cuenta que **sólo podrán pignorar en garantía de deudas que guarden relación con la concesión, también previa autorización del órgano de contratación**, los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, a que se refieren los primeros apartados de los artículos 282 y 295 LCAP, así como los derivados de las aportaciones públicas y de la ejecución de garantías establecidos en los artículos 266 y 268 LCAP.

En segundo lugar, hay que considerar los **derechos que se establecen para el deudor hipotecario**. Uno de los más importantes es **conocer la situación en la que se encuentra la concesión** cuando se pueda determinar que las causas del deterioro son imputables al concesionario. Si procediera la resolución por incumplimiento de alguna de las obligaciones del concesionario, el **artículo 274.2 LCAP**, clave en esta explicación, dispone que, **antes de resolver, dará audiencia al acreedor hipotecario** por si este **“ofreciera subrogarse en su cumplimiento y la Administración considerará compatible tal ofrecimiento con el buen fin de la concesión”**. En este punto concreto es donde debemos conectar con la explicación de la parte final de la letra b), punto 2, artículo 214 LCAP. Como habíamos adelantado, en caso de contratos de concesión de obras o servicios, en el supuesto de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, y con el objeto de evitar la resolución anticipada de la concesión, tanto el acreedor pignoraticio como el deudor hipotecario están habilitados para solicitar la cesión con la condición de que esté previsto en los pliegos (en cláusulas claras e inequívocas) la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario.

Quinta novedad

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible *en función de la fase de ejecución del contrato*, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

Comentario: Se introduce una regulación flexible en cuanto a las exigencias de solvencia al establecer que esta debe exigirse en función de la fase de ejecución del contrato. En otras palabras, aunque quedan intactos los requisitos de capacidad, clasificación y el deber de no estar incurso en prohibición de contratar, la solvencia exigida, en aquellos supuestos en los que no sea necesaria la clasificación del contratista, debe ser proporcional a la fase de ejecución en la que el contrato se encuentre. *A contrario sensu*, habiéndosele exigido clasificación al adjudicatario original (cedente) el cesionario debe cumplir este requisito sin que exista posibilidad de interpretación alguna en cuanto a su exigencia.

Véanse los arts. 250.1.b) y 285.1.d)

Tabla comparativa de las novedades introducidas por la LCSP 9/2017

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público -BOE núm. 276 de 16 de diciembre de 2011-	PROYECTO 7-9-2017 Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo, 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. (621/000004)	L 9/2017
CAPÍTULO VI Cesión de los contratos y subcontratación <i>Sección 1.ª Cesión de los contratos</i>	<i>SUBSECCIÓN 6.ª Cesión de los contratos y subcontratación</i>	<i>SUBSECCIÓN 6.ª Cesión de los contratos y subcontratación</i>
Artículo 226. Cesión de los contratos.	Artículo 214. Cesión de los contratos. <i>1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.</i>	Artículo 214. Cesión de los contratos. <i>1. Al margen de los supuestos de sucesión del contratista del artículo 98 y sin perjuicio de la subrogación que pudiera producirse a favor del acreedor hipotecario conforme al artículo 274.2 o del adjudicatario en el procedimiento de ejecución hipotecaria en virtud del artículo 275, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando obedezca a una opción inequívoca de los pliegos, dentro de los límites establecidos en el párrafo siguiente.</i>
1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el adjudicatario a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial del contrato.	<i>A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.</i> <i>Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.</i>	<i>A tales efectos, los pliegos establecerán necesariamente que los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos por el contratista a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. Sin perjuicio de lo establecido en el apartado 2, letra b), no podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si estas constituyen un elemento esencial del contrato.</i> <i>Cuando los pliegos prevean que los licitadores que resulten adjudicatarios constituyan una sociedad específicamente para la ejecución del contrato, establecerán la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad; así como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones deba ser equiparada a una cesión contractual a los efectos de su autorización de acuerdo con lo previsto en el presente artículo. Los pliegos podrán prever mecanismos de control de la cesión de participaciones que no impliquen un cambio de control en supuestos que estén suficientemente justificados.</i>
2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:	2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo , la exigencia de los siguientes requisitos:	2. Para que los contratistas puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros, los pliegos deberán contemplar, como mínimo , la exigencia de los siguientes requisitos:
a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.	a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la	a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la

<p>b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el <i>adjudicatario</i> en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.</p> <p>c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.</p> <p>d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.</p> <p>3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondieran al cedente.</p>	<p>cesión. <i>Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en la letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.</i></p> <p>b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el <i>contratista</i> en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, <i>o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.</i> <i>No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.</i></p> <p>c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible <i>en función de la fase de ejecución del contrato</i>, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.</p> <p>d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.</p> <p>3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondieran al cedente.</p>	<p>cesión. <i>Dicha autorización se otorgará siempre que se den los requisitos previstos en la letras siguientes. El plazo para la notificación de la resolución sobre la solicitud de autorización será de dos meses, transcurrido el cual deberá entenderse otorgada por silencio administrativo.</i></p> <p>b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el <i>contratista</i> en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación, <i>o ha puesto en conocimiento del juzgado competente para la declaración del concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación, o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio, en los términos previstos en la legislación concursal.</i> <i>No obstante lo anterior, el acreedor pignoraticio o el acreedor hipotecario podrá solicitar la cesión en aquellos supuestos en que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios los pliegos prevean, mediante cláusulas claras e inequívocas, la posibilidad de subrogación de un tercero en todos los derechos y obligaciones del concesionario en caso de concurrencia de algún indicio claro y predeterminado de la inviabilidad, presente o futura, de la concesión, con la finalidad de evitar su resolución anticipada.</i></p> <p>c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible <i>en función de la fase de ejecución del contrato</i>, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.</p> <p>d) Que la cesión se formalice, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.</p> <p>3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondieran al cedente.</p>
--	---	---