

PLANTEAMIENTO Y EXCLUSIONES

OBJETO: Corresponde tratar todo lo relativo a la SUSPENSIÓN, EXTINCIÓN, CESIÓN Y SUBCONTRATACIÓN.

EXCLUSIONES:

-En materia de extinción excluirémos de manera expresa todo lo relativo a la extinción de los contratos por su cumplimiento. Atendiendo por tanto a la extinción motivada por situaciones de “crisis” en la ejecución del contrato.

- En el estudio de la materia, atendido el objeto de estas jornadas, nos ceñiremos a los contratos celebrados por las Administraciones Públicas dejando a un lado las especialidades y modulación que esta regulación pueda tener en el giro contractual de otras entidades del sector público

PLANTEAMIENTO:

En el tratamiento de la materia atenderemos principalmente a tres aspectos:

-Novedades que presenta respecto al Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

-Aspectos procedimentales (conformación de procedimientos).

-Dudas y problemas que plantea, distinguiendo la que genera la nueva redacción y las que se arrastran de la anterior normativa.

- Atendiendo, respecto a ellas, a la sistemática de la Ley, que introduce una regulación general y luego particularidades en las distintas modalidades contractuales típicas o nominadas de la Ley, esto es, obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministros y servicios

SUSPENSIÓN.

• Novedades:

- Actualmente regulada en el artículo 208, antes en el texto refundido en el artículo 220.
- La regulación actual es mucho más completa y “reglamentista” que el texto refundido que sólo hacía referencia a la posibilidad de suspensión, a la necesidad de levantar acta que reflejara el estado de ejecución y la procedencia de indemnización de daños y perjuicios.
- Incluso la regulación actual es más detallada y reglamentaria que la incluida hasta ahora en el Reglamento (art. 103 R.D 1098/01) que contenía una especialidad para el contrato de obras como era que a dicha acta concurría la Dirección Facultativa.
- Se regula las consecuencias del incumplimiento por parte de la Administración de la obligación de extenderla. Desestimación solicitud 3 meses plazo supletorio ley Ley/15.
- Se determina el modo de cómputo y plazo de prescripción del derecho del contratista para reclamar la indemnización.
- En relación a la regulación anterior el precepto merece un juicio favorable

SUSPENSIÓN

- **Supuestos Suspensión:**

- Acordado por el órgano de contratación y cabe pensar que sustentado en el oportuno informe técnico, sea de la Dirección Facultativa en los contratos de obras o del responsable del contrato en el resto. Todo ello dependiendo de la causa que motive la suspensión del contrato.
- A instancia de contratista por impago de más de 4 meses (con carácter general art. 198.5)

SUSPENSIÓN

• Acta:

- Al igual que en la regulación anterior es necesario que se extienda.
- Su necesidad se ve reforzada porque “sólo se indemnizarán los periodos de suspensión que estuvieren documentados en la correspondiente acta” (art.208 2b).
- Se integra un procedimiento para aquellos casos en que la Administración no la levanta y se insta que se extienda por el adjudicatario (art. 208.2 b)
- El contenido es similar al que se contenía en la regulación anterior. Es decir, deberá expresar el hecho que motivó la suspensión y el estado de ejecución del contrato.
- Para el contrato de obras deberá completarse con el contenido que desarrolla el artículo 103 del Reglamento, esto es, debe ser suscrita por la Dirección Facultativa y, además, incorporarse como anejo informe sobre el estado de ejecución, unidades suspendidas acopio de materiales etc.
- En cuanto al plazo, deberá, conforme al Reglamento, realizarse en los dos días siguientes a que se acuerde la suspensión

SUSPENSIÓN

• Indemnización de daños y perjuicios.

- Se dará siempre. Salvo en los casos que la suspensión sea el paso previo al inicio de la resolución del contrato por causas imputables a contratista y éstas resulte constatadas.
- Se determina los conceptos indemnizables. Si bien se dice “salvo que el pliego que rija el contrato establezca otra cosa”. Pese a que la redacción pueda inducir a confusión parece claro que los conceptos incluidos son indisponibles vía aprobación de pliegos. Cabe entender que podrá incluirse, en función del contrato, otros conceptos indemnizatorios.
- Se exige efectiva acreditación de los siguientes conceptos: gastos por mantenimiento de la garantía definitiva; Indemnizaciones por la extinción o suspensión de contratos que el contratista tuviera concertados, al tiempo de iniciarse la suspensión; gastos salariales del personal que, pese a la suspensión, deba quedar adscrito al contrato; alquileres y coste de maquinaria, instalaciones o equipos, siempre que se acredite que estos medios no pueden ser empleados para otros fines.
- Y se entiende que, sin necesidad de acreditación, el 3% del importe de la parte del contrato que debiera haberse ejecutado durante la suspensión y los gastos por primas de seguro a que obligara el contrato. La fijación del 3% solventa el problema habido con la determinación de los “Gastos Generales”.
- El plazo de prescripción para la reclamación de tal derecho indemnizatorio es de un año computado desde que el contratista reciba la orden de reanudar el contrato (DCE 2.368/10). Llama la atención que siendo un supuesto de responsabilidad contractual se establezca el plazo de un año.
- Aunque la responsabilidad es indudablemente contractual, se establece el plazo de prescripción propio de la responsabilidad extracontractual, la patrimonial.

SUSPENSIÓN

• Procedimiento:

- El inter procedimental es claro: acuerdo de suspensión por el órgano de contratación, levantamiento del acta en los dos días siguientes. Salvo los casos de solicitud por el contratista.
- Plantea problema que en algunos casos será previa la suspensión, por ejemplo, por instrucción de la Dirección Facultativa (con otro régimen, ya que no será del contrato) a la que podrá seguir la suspensión del contrato.
- El presente régimen no se aplica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 251 al contrato de Concesión de Obras.

RESOLUCION.

• Causas, Diferencias y novedades (1):

- En cuanto a la **demora** en la ejecución se da una importante diferencia, ya que en la regulación anterior se limitaba a establecer ésta de modo general como causa de resolución la superación del plazo en el inicio de la ejecución del contrato - 15 días computados desde la formalización – salvo que el retraso no fuera imputable ni la Administración ni al contratista. Dicha causa ya no aparece de manera expresa. Su incumplimiento puede, con dificultades, articularse de otro modo.
- Asimismo, en materia de **demora**, se establece la resolución ante un retraso de un tercio de la duración inicial pactada incluidas las posibles prórrogas.
- En cuanto a la resolución por **incumplimiento de obligaciones** se clarifica, respecto a la regulación anterior, régimen. En la medida que el incumplimiento de la “obligación principal” (ejecución de la obra, realización del suministro etc.) del contrato es causa de resolución y, también lo puede ser, el de otras obligaciones esenciales establecidas como tales en el pliego con dos limitaciones:
 - Que no alteren los límites de la libertad de pactos (artículo 34.1).
 - Que no se formulen de tipo general, al no ser admisibles “cláusulas generales” en su formulación. Veda una técnica que había sido casi cláusula de estilo en la redacción de pliegos.

•

RESOLUCION.

• Causas, Diferencias y novedades (2):

- Para los casos de **necesidad e imposibilidad legal de modificación** se altera la regulación en cuanto ya no se contempla la “posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en estos términos”. Además, se contempla de manera expresa la causa de resolución que concurre cuando la modificación necesaria supone una alteración de más del 20% en el precio del contrato (se vuelve al sistema anterior a la modificación operada por la Ley de Economía Sostenible).
- Se suprime la referencia que contenía el artículo 223 h) del Texto Refundido a las causas “establecidas expresamente en el contrato”. Ya que sólo podrá darse en los casos de incumplimiento de obligación principal o las calificadas en los PPA como esenciales
- **El impago de salarios aparece como nueva causa de resolución junto con el incumplimiento de los Convenios Colectivos.**
 - > Se acordará “con carácter general” a instancia de los representantes de los trabajadores de la empresa contratista” (artículo 212.
 - > Dicho carácter general no parece excluir que se pueda acordar de oficio. Si bien, introduce dudas el párrafo siguiente del artículo 212 que en el caso de impago de salarios de trabajadores que deban ser subrogados parece que sólo admite que se inste por el órgano de contratación siempre que el impago de salarios alcance un monto del 5% del precio del contrato.
 - >La redacción es dudosa respecto al “incumplimiento de convenios”, aunque parece que la resolución por el incumplimiento de Convenios Colectivos puede instarse de oficio, pues a los representantes de los trabajadores solo se le atribuye la de instarla en el caso de impago de salarios.
 - >Rompe el criterio tradicional de mantener al margen a la Administración de las relaciones laborales del adjudicatario. Lo que comporta aspectos positivos, pero también negativos, introduce a un tercero en la relación contractual: los representantes de los trabajadores. Y un elemento de presión en la vida del contrato.

Aunque ya antes establecido en la Doctrina del Consejo de Estado (DCE 408/13) se dispone ahora expresamente en el artículo 211.2 que **cuando concurren diversas causas de resolución, en cuanto a los efectos económicos de ésta, habrá que estar a la que primero haya aparecido en el tiempo.**

RESOLUCION.

- **Aplicación de las causas de resolución (artículo 212)**
- **Dentro de la declaración de insolvencia**, ya no se contiene una referencia expresa al concurso cuando llega en su tramitación a su “fase de liquidación” ya que la declaración de concurso es una causa de resolución “potestativa” porque por razones de interés público puede acordarse la continuación de la ejecución por el concursado, siempre que se preste garantía suficiente. Antes era potestativa hasta que la tramitación del concurso llegara a la fase de liquidación.
- Debe suponer, según entendemos la terminación del conflicto sobre la competencia para la resolución de contrato del concursado entre el Juez del Concurso y la Administración (Sentencias Tribunal Conflictos 3/16 y 15/16)
- Se considera garantía suficiente: una garantía complementaria de un 5% del precio del contrato (total) o el depósito en metálico de una cantidad en concepto de fianza que quedará constituida como cláusula penal.
- En cuanto a la **tramitación del procedimiento de resolución** se establece un plazo de OCHO MESES para su instrucción y resolución. Supone una importante novedad respecto a la regulación anterior en la que, al no indicarse plazo, se aplicaba el supletorio de 3 meses (Ley 30/92 y luego 39/15). Ello suponía en la práctica la caducidad de multitud de expedientes de resolución.

RESOLUCION.

• Efectos de la Resolución (artículo 213):

Se mantiene a grandes rasgos la regulación del antiguo artículo 225 del texto refundido con las siguientes novedades:

- El apartado 3 del artículo 213 determina claramente los efectos de la resolución cuando hay culpa del contratista como es, en todo caso, la incautación de la garantía (y además en lo que exceda del importe de ésta la indemnización de daños y perjuicios. Lo que implica ahora, como antes, que siempre que hay resolución culpable habrá que instruir un expediente para la liquidación de daños y perjuicios cuando estos excedan del importe de la garantía incautada. Si bien, el mayoría de los casos solventa el problema de su acreditación. En suma se vuelve al sistema de del artículo 114.4 de la Ley 13/95.
- En los casos de resolución por imposibilidad de modificación el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar. Si bien el artículo ahora matiza que no tendrá derecho cuando lo sea por causa imputable al contratista o este haya rechazado una modificación superior al 20%. En la redacción anterior no se hacía esta última precisión.
- En los casos de **tramitación simultánea de la resolución y la nueva adjudicación** (condicionada a la primera) se establece la obligación del contratista de continuar la ejecución del contrato pese a la resolución y hasta la nueva adjudicación además de cuando la resolución se deba a la necesidad e imposibilidad legal de modificación como ya se establecía en el TR se amplía a lo supuestos de resolución por:
 - Concurso o insolvencia.
 - Incumplimiento de obligación principal.
 - Demora.
 - Todo ello con igual régimen que el anterior, esto es, derecho de resarcimiento a los precios del contrato. Posibilidad de impugnación y obligación de resolución en plazo de 15 días.
 - También como novedad en el mismo supuesto, para los casos que el contratista no pueda garantizar la continuidad requerida la Administración podrá intervenir con sus propios medios e incluso contratar con un tercero. Este contrato con vigencia hasta la nueva adjudicación cabe entender no deja de ser problemático.

RESOLUCION.

• Especialidades en el contrato de obras:

- El artículo 245 además de las **causas de resolución** generales añade:
- La demora injustificada en la comprobación del replanteo, a instancia del contratista y con indemnización de 2% del precio del contrato IVA excluido (art. 246).
- Suspensión de la iniciación de las obras por plazo superior, a 4 meses, con indemnización de 3% del precio del contrato IVA excluido (art. 246).
- El desistimiento, con indemnización de 3% del precio del contrato IVA excluido (art. 246), cuando se hace antes del inicio de las obras. Si el desistimiento tiene lugar con posterioridad la indemnización alcanzará el 6%, de lo que reste por ejecutar conforme al contrato primitivo, detrayendo también las modificaciones que hayan provocado aumento de obra
- Suspensión de las obras por plazo superior a 8 meses por parte de la Administración.

RESOLUCION.

Especialidades del contrato de concesión de obras (1):

- En lo referente a **causas de resolución el artículo 279** remite a todas las del artículo 211 con excepción de las señaladas con las letras d y e. Esto es, la demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista y la demora en el pago por parte de la Administración. Y, además añade otras propias del contrato atendido su entramado obligacional como son:
- En los casos de ejecución hipotecaria de la concesión el hecho que ésta se quede desierta o la imposibilidad de iniciar el propio proceso de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados.
- La demora por más de SEIS MESES en la entrega por la Administración de la contraprestación, de los terrenos o medios auxiliares a los que se obligó.
- El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación.
- La supresión de la explotación de las obras por razones de interés público.
- La imposibilidad de explotación de las obras por decisiones adoptadas por la Administración después de la adjudicación.
- El secuestro o la intervención de la concesión por un plazo superior al establecido en el acto del secuestro o, en todo caso, superior a 3 AÑOS sin que el concesionario garantice la asunción completa de sus obligaciones al término de éstas.

RESOLUCION.

Especialidades del contrato de concesión de obras (2):

En cuanto a **los efectos de la resolución** la nueva regulación incorpora gran parte de las novedades que introdujo el Texto Refundido tras su modificación por la Ley 40/15. Se aborda su régimen jurídico en los artículos 280 a 283 distinguiéndose la resolución que se produce por causa imputable al concesionario y la que tiene su origen en causa imputables a la Administración. Si bien la regulación se desarrolla con una sistemática un tanto singular. Pero, como hemos dicho, indudablemente mejora el régimen anterior del Texto Refundido antes de su modificación por la D.A. 9.9 de la Ley 49/15, volviendo en gran medida a una regulación análoga a la que contenía el Reglamento de Servicios (artículo 137). Para abordar su estudio debemos distinguir diversos apartados:

- a) Causas imputables a la Administración y efectos.
- b) Causas Imputables al Concesionario y efectos.
- c) Nueva Licitación.
- d) Situación de los terceros que tuvieran concertados contratos con el concesionario (art. 280.4).

RESOLUCION

Especialidades del contrato de concesión de obras (3):

a) Causas imputables a la Administración y efectos:

• No se considerará causa imputable a la Administración cuando la resolución se produzca por las causas consignadas en los apartados a, b y f del artículo 211 y las previstas en las letras a y f del artículo 279, lo que es evidente porque estas son:

- Muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual.
- Declaración de concurso o de insolvencia.
- El incumplimiento de la obligación principal del contrato.
- Ejecución hipotecaria.
- Secuestro o intervención.

• **Inversiones:** Cuando sea por casusa imputable a la Administración en todo caso se abonará:

• Inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos.

• Ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la concesión atendiendo a grado de amortización (criterio lineal)

• Plazo de liquidación de TRES MESES salvo que el pliego estableciera otro. No distingue parece que podrá ser superior o inferior. El momento de cómputo inicial estará el momento que se acuerde o disponga la resolución. Procedimiento de oficio, sentido del silencio.

• **Daños y perjuicios:** se abonarán en los supuestos de las letras b, c, d, y e del Artículo 279 y en “general” en los casos que la resolución se produjera por causa imputable a la Administración y comprenderá:

• Beneficios futuros: media aritmética de los mismos antes de impuestos por un periodo equivalente al que le restara del plazo concesional. Se determina la Tasa de Descuento aplicable.

• Pérdida de valor de las obras e instalaciones que no haya de ser entregadas según su grado de amortización.

• **Intereses:** En el supuesto de resolución por demora de la Administración en más de seis meses en la entrega de los terrenos o medios auxiliares a que se obligó tendrá en contratista derecho al abono de los intereses de la Ley de Morosidad desde el vencimiento del plazo hasta el momento de resolución y liquidación.

RESOLUCION

Especialidades del contrato de concesión de obras (4):

b) Causas Imputables al Concesionario y efectos:

- Se abonará el valor de tasación determinado conforme a lo dispuesto en el artículo 281.
- Se le incautará la garantía y abonará los daños y perjuicios en lo que excedan de la garantía.
- Si el concesionario no abonara las cantidades que le correspondan como beneficiario de las expropiaciones que se produzcan se subrogará en su crédito la Administración cuando las abone y las detraerá de las que le correspondan al concesionario en la liquidación.

RESOLUCION

Especialidades del contrato de concesión de obras (5):

c) Nueva Licitación:

> Puede iniciarse de manera simultánea a la incoación del procedimiento de resolución, cuando éste lo sea por causa imputable al concesionario, pero la adjudicación está condicionada a que se produzca la resolución o acuerdo que disponga la resolución.

> Se establecen dos licitaciones al alza. En la primera el tipo será el “valor de la concesión” determinado conforme a lo previsto en el artículo 282 y el de la segunda será el 50%.

> Si en la segunda no hubiera adjudicatario el “valor de la concesión” será el tipo de la segunda.

> Se establece la posibilidad de que el concesionario de quedar desierta la segunda subasta presente un tercero que se ofrezca adjudicatario incluso mejorando el tipo, siempre que sea acreedor de al menos el 5 del pasivo del concesionario.

> El precepto habla de “compra” de la concesión, si bien el adquirente se subroga en la posición del concesionario y todos los efectos se considera un “contrato administrativo”. La concesión indudablemente lo es y la “compra” también.

> Se mantiene el plazo de duración de la concesión.

> En los TRES MESES siguientes al abono del precio por el comprador se abonará el valor de la concesión al antiguo concesionario, se entiende con las detracciones que procedan.

> Por lo tanto, como ocurre desde la modificación operada en el Texto Refundido por la Ley 40/2015 se vuelve a un sistema mucho más racional, análogo al del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, si llegar a extremo de éste que contemplaba la posibilidad de indemnización “0” cuando no hubiera postores en la segunda subasta. Obviamente se garantiza un mínimo valor toda vez que lo contrario sería

Especialidades del contrato de concesión de obras (6):

d) Situación de los terceros que tuvieran concertados contratos con el concesionario (art. 280.4).

Planteamiento del problema.

- Posibilita que el órgano de contratación puede acordar la resolución de los contratos otorgados por el concesionario con terceros para el aprovechamiento de zonas complementarias y zonas comerciales.
- La indemnización que proceda será con cargo al concesionario cuando la resolución sea culpable.
- Se podrán mantener, subrogándose la Administración en la posición del concesionario.
- No debe olvidarse que estos contratos, privados en origen, no transmutan tal naturaleza privada por la subrogación de la Administración. Problema de las potestades exorbitantes.

RESOLUCION

Especialidades del contrato de concesión de servicio:

•En lo referente a **causas de resolución el artículo 286** remite a todas las del artículo 211 con excepción de las señaladas con las letras d y e. Esto es, la demora en el cumplimiento de los plazos por el contratista y la demora en el pago por parte de la Administración. Y, además **en el artículo 294** añade otras propias del contrato atendido su entramado obligacional, idénticas a las de la concesión de obras, como son:

> En los casos de ejecución hipotecaria de la concesión el hecho que ésta se quede desierta o la imposibilidad de iniciar el propio proceso de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados.

> La demora por más de SEIS MESES en la entrega por la Administración de la contraprestación, de los terrenos o medios auxiliares a los que se obligó.

> El rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación.

> La supresión de la explotación de las obras por razones de interés público.

> La imposibilidad de explotación de las obras por decisiones adoptadas por la Administración después de la adjudicación.

> El secuestro o la intervención de la concesión por un plazo superior al establecido en el acto del secuestro o, en todo caso, superior a 3 AÑOS sin que el concesionario garantice la asunción completa de sus obligaciones al término de éstas.

•Por tanto, son idénticas a la concesión de obras.

•La **misma identidad se aprecia en el régimen indemnizatorio** a la resolución en función de la causa imputable al concesionario o a la Administración.

•En materia de **“valoración de la concesión”** remite también a lo previsto en el artículo 281 para la concesión de obra.

Especialidades del contrato de servicios:

•En materia de **causas de resolución**, el artículo 313 mantiene todas las “generales”, esto es las del artículo 211 y además establece como tales:

> El desistimiento antes de iniciarse la prestación de del servicio o la suspensión por causa imputable al órgano de contratación de la iniciación por plazo superior a CUATRO MESES.

> El desistimiento una vez iniciada la ejecución del contrato o la suspensión del contrato por plazo superior a OCHO MESES.

•En cuanto a los **efectos de la resolución**:

> Darán derecho al contratista al abono del precio del servicio efectivamente prestados.

> Cuando se trate de desistimiento o suspensión antes del inicio de la ejecución tendrá derecho al 3% del precio de adjudicación, IVA excluido.

> En los casos que esta se produzca iniciado el contrato tendrá derecho al 6% de la prestación que le reste ejecutar, además del importe de la efectivamente ejecutada antes de la resolución.

CESIÓN

- Institución que responde a la categoría de la novación o modificación subjetiva, supone por tanto la transmisión en bloque de la relación contractual, subrogándose y sucediendo en la posición del adjudicatario del contrato una persona física o jurídica distinta, el cesionario.
- Se regula, al margen de las especialidades que aparecen en la regulación de los contratos típicos, en el artículo 214.
- La exigencia de previsión en los pliegos tiene su origen en la Doctrina sentada en Sentencia del TJUE de 19 Junio 2008 (“Pressettest”) recogida en el artículo 72.1 Directiva 2014/24, que considera la novación subjetiva es una modificación de los términos esenciales del contrato, salvo supuestos de reestructuración empresarial, los que se establecen en el artículo 98 de la nueva Ley.

CESIÓN

Novedades:

- - La regulación actual es más amplia.
- - Con mejor técnica después de afirmar que la novación subjetiva sólo es posible en los supuestos de cesión, se hacen referencia a las excepciones que suponen el artículo 98 (supuestos de fusión y absorción de empresas) o los supuestos de ejecución de hipotecaria (artículo 275) que, indudablemente, también suponen, por causa distinta a la cesión, una novación subjetiva.
- - Además, el artículo 226 del texto refundido establecía con carácter general la posibilidad de cesión, salvo que la adjudicación tuviera no tuviera cualidades personales del adjudicatario (intuito persona) y el límite que se mantiene en la actualidad de difícil aplicación práctica que la cesión no suponga una “restricción efectiva de la competencia”.
- - En la regulación actual para que proceda la cesión, además de que no concurran las dos señaladas limitaciones hace falta que “obedezca a una opción inequívoca de los pliegos”
- - Se contempla la posibilidad de que los pliegos prevean la posibilidad de constitución de una sociedad, en tal caso, la transmisión de participaciones se someterá el mismo régimen de autorizaciones que la cesión cuando ésta pueda suponer un cambio en el control de la adjudicataria.
 - Parece que se acaba con las dudas de si con ocasión de la autorización de la cesión se actuaba na competencia reglada o discrecional (Sentencia TSJ País Vasco 14-06-2000 o Sentencia TS 20-04-92) al establecer ahora el precepto “dicha autorización se otorgará siempre”, en referencia al cumplimiento de los requisitos.
 - Se introduce el silencio positivo transcurrido DOS MESES.

CESIÓN

- Se establecen **nuevas excepciones de los requisitos** que determinan a la previa autorización a la cesión, así:
 - > Se exceptúa el requisito del porcentaje de ejecución cuando el cedente se halle en concurso, cuando se haya abierto la fase de liquidación.
 - > También sin el requisito de cumplimiento de porcentaje de adjudicación el acreedor pignoraticio o hipotecario podrán pedir y , se entiende, obtener la subrogación cuando en los contratos de concesión de servicios y de obras se prevea de forma explícita en el pliego y, con ello, se evite una “resolución anticipada”

Requisitos de la Autorización:

- Se mantienen los mismos de la legislación anterior, se requiere la previa autorización que, una vez solicitada, deberá resolverse en el plazo de DOS MESES, a falta de resolución el SILENCIO será POSITIVO.
- La autorización, con las excepciones antes comentadas (concurso, acreedor hipotecario y pignoraticio) solo se conferirá si concurren los requisitos siguientes:
 - > Que el cedente tenga ejecutado al menos el 20% del contrato y en los casos de concesión de obras o servicios haya transcurrido 1/5 del plazo previsto.
 - > Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia “que resulte exigible en función de las fases de ejecución del contrato”. Lo que de modo bastante atípico hace pensar que en el caso del cesionario la exigencia de solvencia se hace depender del grado de ejecución del contrato, lo que no ocurre con el adjudicatario si no llegara a ser cedente.
 - > Al igual que en la legislación anterior se exige como requisito ad solemnitatem que se formalice en escritura pública. Lo que en principio no tiene demasiado sentido, bien pudiera tratarse de un documento administrativo intervenido por el fedatario de la Administración. De hecho doctrinalmente no se ha entendido como requisito de validez, aunque sí de eficacia ante la Administración (ST TSJ Andalucía – Málaga - 03-05-05). Por tanto, a tenor del

Especialidades del contrato de concesión de obras:

- Artículo 250.1 c) para el contrato de concesión de obras establece que los pliegos (como contenido necesario) preverán la posibilidad que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 214, así como de las participaciones en la sociedad concesionaria cuando se constituyera una sociedad con propósito específico por los licitadores para la ejecución del contrato.
- Se determinará cuando la transmisión de las participaciones supone un efectivo cambio de control. Si “estuviere justificado” se establecerán también mecanismos de control para la cesiones de participaciones en la sociedad concesionaria que no puedan equipararse a una cesión del contrato (quiere decir que cuando se equiparen se consideran como tales). En todo caso se considerará que se produce un efectivo cambio de control cuando se ceda el 51 por

Mención al artículo 98:

- Aunque trata un supuesto distinto debemos hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 98 que a través de los supuestos de fusión por absorción, escisión y transmisión del ramo de actividad, en que se consigue el mismo efecto material de la cesión del contrato, sin otro sometimiento que a los requisitos de capacidad. Excepción al principio general del derecho europeo que la novación subjetiva determinada por la cesión constituye una modificación esencial (Sentencia 29-04-04 “Succhi de Frutta”).

SUBCONTRATACION

- Artículos 215 a 2017. A grandes rasgos mantienen el sistema del Texto Refundido.
- Regla General:
 - > El único límite general a la subcontratación es que esta debe ser **parcial** de la prestación contratada y, ello, en los términos que establezcan los pliegos.
 - > La limitación en los pliegos no podrá suponer una “restricción efectiva a la competencia”. La restricción de la subcontratación puede favorecer prácticas colusorias e impedir el acceso de PYMES a la contratación inicial.
 - > No existe límite “supletorio”.
 - > Como consecuencia de la Directiva 24/14 se incorpora la obligación del subcontratista de cumplir las obligaciones medioambientales, social o laboral a que se refiere el artículo 201.
- Excepciones:
 - > Contratos secretos o reservados.
 - > Que su ejecución exija “medidas de seguridad especiales” exigidas por la Seguridad del Estado.
 - > Que los pliegos establezcan que “tareas críticas” deban ser ejecutadas por el contratista principal. Tal establecimiento de limitaciones de subcontratación requiere la justificación en el expediente de contratación de la concurrencia de las “tareas críticas”.

SUBCONTRATACION

- **Requisitos:**
- **De información.** El contratista debe comunicar la intención de subcontratar: En su oferta, si se prevé en los pliegos y en todo caso en la adjudicación y antes de iniciar la ejecución del contrato.
- **De Justificación** de la aptitud del o de los subcontratistas, bastará con indicar la clasificación precisa si el subcontratista la tiene.
- **De Comunicación.** Si en la oferta, conforme a lo previsto en el Pliego, se hubieran identificado las subcontrataciones y las que se pretenden realizar no coinciden con las anunciadas no podrá suscribirse hasta que transcurran 20 DIAS de su comunicación a la Administración. Salvo que antes de este plazo la Administración comunique que no se opone a las mismas.

SUBCONTRATACION

- Consecuencias del incumplimiento:
- Siempre que se establezca en los pliegos y en “ función de la repercusión en la ejecución del contrato” el incumplimiento de los requisitos para la subcontratación tendrá, además de otras consecuencias previstas en la Ley las siguientes:
 - > Imposición de una penalidad de hasta el 50% del importe de lo subcontratado.
 - > La resolución del contrato siempre que suponga un incumplimiento de una obligación principal del contrato

SUBCONTRATACION

- **Régimen de pagos.**
- El artículo 217 regula el régimen del control de pagos a subcontratistas estableciendo algunas novedades:
 - Al igual que en la normativa anterior se podrá comprobar el régimen de pagos a suministradores y contratistas pero además, como novedad, podrán requerir justificación que el régimen de pagos se adapta a las condiciones de subcontratación.
 - Se podrá solicitar también al término del contrato la acreditación del efectivo pago a subcontratistas y suministradores.
 - Tales previsiones se consideran “condiciones especiales de ejecución” y se incluirán en los pliegos. Su incumplimiento tendrá las consecuencias previstas.
 - Las comprobaciones serán obligatorias para contratos de obras y servicios de más de 5 millones de euros en los que, además, y por tanto acumulativamente se subcontrate más del 30% de la prestación.
 - La Disposición Adicional 51ª contempla la posibilidad de **establecer pagos directos a subcontratistas**, lo que exigirá su previsión en los pliegos. En tal caso los subcontratistas se verán favorecidos por el régimen de cesión de derechos de cobro regulados en la Ley.