



Con fecha 8 de noviembre de 2016, se recibe en esta Asesoría Jurídica petición de informe jurídico firmado por el auditor Patxi Etayo Salazar, en relación con la cesión del contrato de concesión de la obra pública y posterior explotación de la nueva planta de producción de electricidad del Ayuntamiento del Valle de Ultzama, en el marco del trabajo de fiscalización de la planta de biogás de la Ultzama. Atendiendo a la petición realizada, el letrado que suscribe emite el siguiente,

## INFORME

### I. Antecedentes

1º.- El Pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama en sesión celebrada el 8 de octubre de 2008 aprobó el expediente de contratación de la “Concesión de la obra pública y posterior explotación de la nueva planta de producción de electricidad con base en purín ganadero ubicada en la parcela..., subparcela..., del polígono... de Iraizotz, Ultzama, y de cinco fosas de almacenamiento de purines digeridos ubicadas en los Concejos de Iraizotz, Gorrontz-Olano, Suarbe, Auza y Eltso-Urrizola”.

2º.- Del Pliego de condiciones económico-administrativas, destacamos los siguientes aspectos de interés:

- Las obras se debían realizar conforme al proyecto elaborado por la ingeniería “...” denominado “Planta Mancomunada de Digestión de purines para generación de biogás y electricidad en Ultzama”, con las condiciones establecidas en las licencias de actividad y obra y en los informes que determinaron su otorgamiento, así como con sujeción a lo establecido en la documentación que sirvió de base a las subvenciones concedidas por los Departamentos de Innovación, Empresa y Empleo, y Desarrollo Rural y Medio Ambiente.

- El objeto del expediente, según se deriva de lo establecido en el Pliego, era “asegurar la recogida y tratamiento de los purines procedentes del Área contemplada en el Proyecto de Ejecución de la Planta”, estando obligado el concesionario a la recogida del cien por cien del purín procedente de las explotaciones ganaderas de dicha área y, durante toda la vigencia de la concesión, “el adjudicatario deberá proveer a las explotaciones ganaderas pertenecientes a este Área del producto digerido resultante en la cantidad que las mismas necesiten”.

- La concesión administrativa se otorga por un plazo de 30 años, prorrogable hasta cincuenta años, de acuerdo al artículo 194 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de Julio, de Administración Local de Navarra (cláusula 2ª).

- Las obras públicas objeto de concesión son financiadas, parcialmente, por el concesionario. Los Ayuntamientos de la Ultzama, Basaburúa y Odieta, en los términos contenidos en el convenio suscrito al efecto entre ellos, contribuirán a la financiación de la construcción de la obra pública en aquella cantidad a la que asciendan las ayudas económicas que les sean concedidas por el Gobierno



de Navarra y demás entidades públicas (cláusula 5ª).

- La retribución del concesionario por la explotación de la obra pública consiste en: a) las tarifas que abonen los usuarios del servicio de recogida y tratamiento de los purines procedentes del ganado; b) los rendimientos económicos derivados de la cogeneración y la generación de gas y electricidad de la planta; c) cualesquiera otros rendimientos derivados de Concesión (cláusula 8ª).

- El procedimiento empleado para la licitación del contrato de concesión es el abierto, con anuncio de licitación publicado en el Portal de Contratación de Navarra (cláusula 10ª.1ª).

- Se tienen en cuenta los siguientes criterios de adjudicación (cláusula 10ª.5ª): a) importe del canon anual a percibir por los Ayuntamientos (hasta 10 puntos); b) plazo de ejecución de las obras y de puesta en funcionamiento de la Planta (hasta 15 puntos); c) Propuesta Técnica y posibles mejoras (hasta 35 puntos); d) Proyecto o Plan de Explotación (hasta 40 puntos).

- Respecto de la ejecución de las obras de construcción de la obra pública, la cláusula 14ª del Pliego establece: a) el presupuesto de ejecución por contrata en la cantidad de 4.883.012,53 euros, I.V.A. incluido; b) el plazo de ejecución de las obras será de doce meses, o el señalado en su oferta por el adjudicatario si fuera menor; c) antes del día 19 de diciembre de 2008 debería haberse ejecutado y presentado al Ayuntamiento la correspondiente certificación de obra por importe de, al menos, 900.000 euros, siendo su incumplimiento causa de resolución del contrato.

- El contratista podrá ceder y/o subcontratar la explotación de la concesión, siempre de acuerdo con los casos y con los requisitos señalados en la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos, y demás preceptos legales aplicables (cláusula 17ª).

3º.- El Pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama en sesión celebrada el cinco de noviembre de 2008 adjudicó el contrato de Concesión de obra pública a LEVENGER, SL.

4º.- El Pleno del Ayuntamiento del Valle de Ultzama en sesión celebrada el cuatro de febrero de 2009 autoriza y da el visto bueno a la cesión de la “Concesión de la obra pública y posterior explotación de la nueva planta de producción de electricidad con base en purín ganadero... y de cinco fosas de almacenamiento de purines digeridos” por parte de LEVENGER, SL a la empresa BIOENERGÍA ULTZAMA.

## **II. Consideraciones jurídicas.**

### **PRIMERA. Marco Jurídico de la contratación analizada.**

El contrato tiene por objeto la construcción y su posterior explotación de una instalación pública siendo un contrato de concesión de una obra pública.

En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre contratos y



concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia, (artículo 49.1.d) de la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra).

Por razón del ente contratante y del objeto del contrato, resulta aplicable al caso la legislación foral de régimen local en materia de contratación administrativa, constituida principalmente por los artículos 224 a 232 de la Ley Foral 6/1990, de 2 de julio, de Administración Local de Navarra (en lo sucesivo, LFAL), en la redacción dada por la Ley Foral 1/2007, de 14 de febrero y en su versión anterior a las modificaciones introducidas por la Ley Foral 4/2013, de 25 de febrero, conforme resulta de la aplicación de la disposición transitoria de esta ley foral.

Establece el art. 224.1 de la LFAL que, *“los contratos que celebren las entidades locales de Navarra se ajustarán al régimen legal aplicable a las Administraciones Públicas de Navarra, con las especialidades que se contienen en esta Ley Foral”*. La misma conclusión se desprende del artículo 2.1.c) de la LFCP que somete a las disposiciones de dicha ley foral a las Entidades Locales de Navarra y sus Organismos Autónomos con las particularidades que resulten de la legislación foral de Administración Local.

En consecuencia, lo expuesto nos lleva a la aplicación de la LFCP en la versión vigente con anterioridad a la Ley Foral 3/2013, de 25 de febrero y a Ley Foral 32/2013, de 31 de octubre.

## **SEGUNDA. Sobre la cesión del contrato**

La cesión de los contratos una vez adjudicados y formalizados es un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de flexibilidad para adecuarla a las condiciones de evolución del mercado y de la situación de los contratistas. No obstante, se somete al cumplimiento de determinados principios y requisitos, para garantizar el cumplimiento de los principios que rigen la contratación administrativa, entre ellos, la necesaria autorización previa del órgano de contratación.

Tal y como se deriva de la propia denominación del contrato analizado, nos encontramos en presencia de una relación contractual cuyo objeto principal es la construcción y explotación, durante un plazo de 30 años prorrogable hasta 50, de una planta de gestión de purín ganadero para la producción de gas y electricidad, así como de cinco fosas de almacenamiento de purines y que, como prestación a ella vinculada, conlleva la obligación del contratista de la recogida de los purines de las instalaciones ganaderas situadas en el ámbito territorial al que se refiere el servicio.

La cesión de un contrato público implica una novación modificativa subjetiva no extintiva del contrato, en cuanto que éste continúa desplegando sus efectos, si bien con sustitución del contratista. Es decir, se trata de un incidente relativo al cumplimiento de un contrato válidamente celebrado, donde, mediante un contrato privado entre empresas, una sustituye a la otra en el cumplimiento del contrato público que se cede.

Se define la cesión de un contrato público, como un negocio bilateral y voluntario, que supone una novación modificativa no extintiva subjetiva, en la que el contratista, de modo voluntario, traspasa a un



tercero su posición (totalidad de derechos y obligaciones), en el contrato objeto de cesión, previa autorización de la Administración contratante.

Aun siendo un negocio jurídico privado, dada la incidencia que este tipo de operaciones tiene sobre las reglas de selección de contratistas, la LFCP, como venían haciendo las normas precedentes, articula una serie de precauciones dirigidas a salvaguardar la idoneidad del cesionario. Así, se exige, en primer lugar, que la razón determinante de la adjudicación del contrato al cedente no hayan sido sus cualidades técnicas o personales. En segundo lugar, dado el carácter personalista de los contratos públicos, que se celebran con una determinada persona física o jurídica por reunir unos determinados requisitos de capacidad y solvencia, y tras haberse seguido un procedimiento público en el que se garantiza el respeto de los principios de igualdad y libre concurrencia, la cesión de los contratos aparece condicionada por el artículo 111 de la LFCP al cumplimiento de una serie de requisitos estrictos:

- “a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.*
- b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato.*
- c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y disponga, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional que el cedente así como no estar incurso en causa de prohibición para contratar.*
- d) Formalización de la cesión entre el contratista y el cesionario.*
- e) Cualesquiera otros que se establezcan en el pliego de cláusulas administrativas particulares”.*

Por lo demás, el artículo 111 de la LFCP recuerda que el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

En consecuencia, la cesión de un contrato es un negocio privado sometido, como garantía del interés público causa del contrato, a la preceptiva autorización de carácter constitutivo.

A los efectos de la autorización de la cesión, el Ayuntamiento del Valle de Ultzama debería haber revisado los siguientes extremos: primero, las circunstancias del procedimiento de adjudicación descrito en los antecedentes a fin de comprobar que, las cualidades técnicas o personales del cedente LEVENGER, SL. no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato; segundo verificar el cumplimiento del resto de requisitos, uno de carácter objetivo, como es que el contrato se haya ejecutado en al menos un 20% de su importe, otro de carácter subjetivo, como es que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y disponga, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional que el cedente así como no estar incurso en causa de prohibición para contratar y, por último, uno de forma, que consiste en que la cesión se formalice en escritura pública. Sólo el cumplimiento cumulativo de todas las circunstancias apuntadas antes, permite que sea válida la cesión.

Sí podría afectar a este razonamiento la doctrina del TJUE, en concreto, la STJUE de 19 de junio de



2008 (Asunto *Presstext*Nachrichtenagentur GMBH), que delimita en qué casos puede existir una nueva adjudicación en la modificación de los términos de un contrato. La cesión de un contrato público permite que un operador económico que no ha participado en licitación, que no ha competido con otros licitantes y cuya elección tampoco se ha basado en una comparación, se convierta en contratista del poder adjudicador. De esta forma, como expuso la Abogado General en sus conclusiones en el asunto *Presstext*, el cambio del contratista durante la vigencia del contrato comporta el riesgo de la elusión de la normativa sobre contratación pública y puede producir un falseamiento de la competencia en el mercado de que se trate, además de dar preferencia a los nuevos prestadores de servicios frente a otros posibles.

Por ello no puede sorprender que la citada STJUE 19 de junio 2008, *Presstext*, C-454/06, concluyese, que “en general” las novaciones subjetivas constituyen 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 ejemplo, como una subcontrata.

Es decir, habría una nueva adjudicación, y ésta sería ilegal, si tal posibilidad, en tanto modificación del elemento personal del contrato, no se encontrara expresamente prevista.

En el supuesto aquí analizado, tal cesión sí se encontraba prevista tanto en el Pliego como en la LFCP, por lo que la cesión del contrato, por sí, no puede considerarse una modificación sustancial de la licitación, ni un fraude a los principios de la contratación pública. La cesión del contrato es, en definitiva, una cuestión de ejecución del contrato, y no una nueva adjudicación.

La Ley Foral 32/2013, de 31 de octubre, que modifica el artículo 111 de la LFCP recoge esta doctrina de la jurisprudencia europea, además de estar acorde con las nuevas Directivas de contratación pública. En su exposición de motivos señala dicha Ley Foral que, “*tiene por finalidad que un contrato no pueda ser cedido por el adjudicatario a un tercero cuando las cualidades técnicas o personales del cedente hayan recibido una puntuación dentro de los criterios de valoración en los que se ha basado la adjudicación del objeto del contrato*”. En la redacción del precepto, actualmente vigente, se remite a los pliegos de condiciones la previsión de la posibilidad de cesión del contrato y, sus límites y requisitos.

La regulación vigente de la cesión del contrato del art. 111 de la LFCP, difiere de la prevista en el art. 226 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante *TRLCSP*), al igual que la regulación anterior también difería, en tanto que, la regulación estatal exigía y exige como requisito previo para proceder a la cesión que, cuando se trate de la gestión de servicio público, que el cedente haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de la duración del contrato.

Este requisito no figura en la LFCP, como sí sucedía en el art. 159 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra, norma vigente hasta julio de 2006; se trata, de una opción que adoptó el legislador navarro, consecuencia, quizás, de la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos en la LFCP y su sustitución por el contrato de concesión de servicio.



### **TERCERA. Cuestión que se plantea.**

La cuestión que se plantea es la siguiente: “Si en el presente caso, la cesión de la concesión exige la realización del 20 por ciento del contrato de obra, exclusivamente o si, a tenor de la normativa estatal, es exigible, además, que se haya explotado durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato. Y, en este último caso, si debe computarse el plazo convenido o éste más las prórrogas posibles”.

El art. 111 de la LFCP en la versión vigente al momento de producirse la cesión, febrero de 2009, establece en el ámbito de competencias de la Comunidad Foral de Navarra el régimen jurídico aplicable a la cesión del contrato a terceros, con la siguiente redacción:

*“1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido la razón determinante de la adjudicación del contrato. En ningún caso podrán cederse los contratos adjudicados mediante procedimiento restringido o negociado.*

*2. La cesión del contrato deberá cumplir, además, los siguientes requisitos:*

*a) Que la Administración autorice previamente y de modo expreso la cesión.*

*b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato.*

*c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y disponga, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional que el cedente así como no estar incurso en causa de prohibición para contratar.*

*d) Formalización de la cesión entre el contratista y el cesionario.*

*e) Cualesquiera otros que se establezcan en el pliego de cláusulas administrativas particulares.*

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

Por su parte el art. 226 del TRLCSP regula, con el carácter de legislación básica, el régimen aplicable a la cesión de los contratos del sector público. No obstante, la norma vigente al momento de producirse la cesión, febrero de 2009, era la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, (vigente hasta el 16 de diciembre de 2011). El art. 209 de esta norma regulaba la cesión de los contratos, con la siguiente redacción:

*“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.*





2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice, de forma previa y expresa, la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento 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 adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.

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.

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”.

La cuestión planteada se refiere a cuál es la norma aplicable a la cesión del contrato aquí examinado, la norma foral o la norma básica estatal.

En virtud de su régimen foral, corresponde a Navarra la competencia exclusiva sobre contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia, (artículo 49.1.d. LORAFNA).

Por razón del ente contratante, ente local de Navarra, y del objeto del contrato, contrato público de concesión de obra pública, resulta aplicable al caso la legislación foral de régimen local en materia de contratación administrativa, constituida por la LFCP con las especialidades que contiene la LFAL.

A la aplicación de dicho régimen legal, el de la Comunidad Foral de Navarra, se refiere el Pliego de condiciones económico-administrativas en su cláusula 17ª, cuando establece que, el contratista podrá ceder la explotación de la concesión, siempre de acuerdo con los casos y con los requisitos señalados en la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos, y demás preceptos legales aplicables.

La regulación de la cesión del contrato del art. 111 de la LFCP, difiere de la prevista en el art. 209 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en tanto que, la regulación estatal exigía y exige como requisito previo para proceder a la cesión que, cuando se trate de la gestión de servicio público, que el cedente haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de la duración del contrato.

Este requisito no se contempla en el art. 111 de la LFCP, como sí figuraba en el art. 159 de la Ley Foral 10/1998, de 16 de junio, de Contratos de las Administraciones Públicas de Navarra; se trata,



de una opción que adoptó el legislador navarro, consecuencia, quizás, de la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos en la LFCP y su sustitución por el contrato de concesión de servicio. La incorporación de la figura de la concesión de servicios en la LFCP conlleva la desaparición del denominado contrato de gestión de servicios públicos al repartirse su objeto entre el contrato de asistencia y la concesión de servicios.

En consecuencia, a la cesión del contrato aquí examinado le resulta de aplicación el régimen jurídico establecido por el art. 111 de la LFCP, sin que resulte exigible, como requisito preceptivo de la cesión, que el contrato se haya explotado durante al menos una quinta parte de su plazo de duración.

Es decir, a los efectos de la autorización de la cesión, el Ayuntamiento del Valle de Ultzama debería haber revisado los siguientes extremos: primero, las circunstancias del procedimiento de adjudicación a fin de comprobar que, las cualidades técnicas o personales del cedente LEVENGER, SL. no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato; segundo verificar que el contrato se haya ejecutado en al menos un 20% de su importe, que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y disponga, al menos, de igual solvencia económica y financiera, técnica o profesional que el cedente así como no estar incurso en causa de prohibición para contratar y, por último que la cesión se haya formalizado en escritura pública. El cumplimiento de todas las circunstancias apuntadas antes, permite que sea válida la cesión.

Una cuestión que se plantea en relación con lo anterior es, cuándo se entiende que el cedente ha ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato.

El Informe 43/08, de 28 de julio de 2008, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante JCCA), señala en relación con esta cuestión que, en referencia al valor de los contratos la Ley de Contratos del Sector Público utiliza tres conceptos principalmente que son precio, valor estimado y presupuesto y que, junto a estos tres conceptos la Ley emplea otros términos no definidos por ella ni por las normas complementarias entre los que cabe citar como más frecuentes cuantía, importe o valor íntegro. La determinación del significado concreto de estos términos debe hacerse en función del contexto en que se incluyen y por tanto, al menos en principio, no cabe hacer una definición genérica. Ello no obstante, y por regla general cabe decir que deberán identificarse con el término que, en función de la fase en que se encuentre el contrato -fase de preparación y adjudicación o fase de ejecución- indique el valor del mismo con arreglo a la Ley. Así en la fase de preparación y adjudicación deberán entenderse los términos como referidos al presupuesto que deba servir de base para la celebración de la licitación pública y en la de ejecución deberá entenderse que los términos utilizados se refieren al precio de adjudicación del contrato, es decir el que deba percibir íntegro el contratista que hubiera resultado adjudicatario del contrato. Estas conclusiones, sin embargo, deberán matizarse en función del texto del artículo que contenga el término examinado.

En base a ello, deberá entenderse que, cuando en el precepto que utilice el término de que se trate se refiera a la fase posterior a la adjudicación del contrato, habrá que ponerlo en relación con el término precio, el cual queda fijado con su adjudicación y se corresponde con la cuantía íntegra que tiene que percibir el adjudicatario por la ejecución del contrato.





Al precio del contrato se refiere el art. 35 de la LFCP que establece que, *“los contratos tendrán siempre un precio cierto, adecuado al mercado, que se expresara en euros y se abonará al contratista en función de la prestación realmente efectuada, de acuerdo con lo convenido”*. Retribución del concesionario que el art. 145 de la LFCP establece al señalar que, *“el concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta Ley Foral, debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario”*.

En consecuencia, de acuerdo con la doctrina expuesta en relación con lo dispuesto en la LFCP, el término *“importe del contrato”* utilizado por el art. 111 de la LFCP se refiere al precio del contrato que se corresponde con la cuantía íntegra que tiene que percibir el concesionario por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración. Esta interpretación conllevaría la necesidad de que el contratista tenga realizada la explotación de la obra al menos durante un plazo suficiente para retribuirse al menos con un 20 por 100 del importe del contrato.

Sobre esta cuestión se ha manifestado la JCCA en su informe 15/06, de 24 de marzo de 2006, sobre la aplicación del porcentaje del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el contrato para la construcción y explotación de aparcamientos. Concluye la JCCA que, *“...dependerá de que la prestación principal, desde el punto de vista económico, sea la de ejecución de obras o la de explotación de los aparcamientos, inclinándose esta Junta, por las razones expuestas, y con los datos de que dispone, a considerar prestación principal la de explotación del servicio y no la ejecución de la obra”*. Por tanto, sería necesario que el contratista tenga realizada la explotación al menos durante un plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato.

En sentido distinto se pronuncia la Junta Superior de Contratación Administrativa de Valencia en su informe 4/2009, de 8 de mayo, sobre la cesión de la concesión de obra pública de una piscina, al señalar que, *“...podrá efectuarse la cesión del contrato, teniendo en cuenta que ese 20% de ejecución del importe del contrato comprende el importe de redacción del proyecto y el de ejecución de las obras, pues la explotación no debe entenderse a estos efectos como una prestación más, sino como una retribución, es decir, una contraprestación a favor del concesionario por financiar y llevar a cabo dichas obras, con la obligación de ponerlas en uso, mantenerlas y conservarlas hasta que finalice el contrato. (...)”*. Por tanto, sería posible aplicar el porcentaje de ejecución del 20%, sólo sobre la parte del contrato de obras.

Por su parte el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia 8467/2004, de 22 de junio, considera que, *“... En el caso, se trata de una concesión mixta de obra, construcción del Tanatorio y de ampliación del cementerio, y gestión de la explotación tanto del Tanatorio como del cementerio municipal, y si bien es cierto que respecto de este particular se cumple el requisito del porcentaje de obra, no es menos cierto que respecto de la explotación de la concesión no sucede lo mismo porque el plazo para la gestión del tanatorio es de 50 años y para el cementerio de 25, contados a partir de la adjudicación el 14 de diciembre de 1994, por cuya razón a la fecha del contrato de cesión parcial de 5 de enero de 1998, no se había cumplido este requisito...”*.



De lo anterior se deduce que, la fijación del requisito previo para poder autorizar la cesión del contrato, de tener ejecutado al menos un 20 por ciento 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, ha resultado controvertida, según la JCCA del Estado dependerá de cual sea desde el punto de vista económico la prestación principal; según la JCCA de Valencia es posible aplicar el porcentaje, sólo sobre el contrato de obras; según sentencia del STSJ de Madrid han de cumplirse ambos porcentajes.

En mi opinión, debe prevalecer el principio de continuidad del contrato, especialmente característico de las concesiones administrativas y de los contratos de gestión de servicios públicos, siempre, claro está, que se mantenga la solvencia exigida al contratista originalmente adjudicatario. Por ello, entiendo que, cumplidos el resto de requisitos, resulta admisible la cesión de la concesión a partir de la realización del 20 por ciento del contrato de obra

Debemos reparar también que, la actual redacción del art. 111 de la LFCP, no establece estos porcentajes de ejecución del contrato como requisito para la cesión y se remite a que los pliegos de condiciones deben fijar la previsión de la posibilidad de cesión del contrato y, sus límites y requisitos. Además establece como posibilidad de cesión la sucesión universal o parcial en la posición del contratista inicial, a raíz de la reestructuración o modificación estructural de sociedades, incluidas las de adquisición, fusión, segregación, escisión, aportación o transmisión de empresas o ramas de empresa o actividad.

#### **CUARTA. Conclusiones**

A la cesión del contrato aquí examinado le resulta de aplicación el régimen jurídico establecido por el art. 111 de la LFCP, en la versión vigente a febrero de 2009, sin que resulte exigible, como requisito preceptivo de la cesión, que el contrato se haya explotado durante al menos una quinta parte de su plazo de duración.

Cumplidos el resto de requisitos establecidos por el art. 111 de la LFCP, en el contrato aquí examinado, resulta admisible la cesión de la concesión a partir de la realización del 20 por ciento del contrato de obra.

Pamplona, 21 de noviembre de 2016.

El letrado, José Luis Ezquerro Royo

El secretario general,

Luis Ordoki Urdazi