

**LA CESIÓN DE LA POSICIÓN DEL CONTRATANTE EN LOS
CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO**

Cristina Recarte Llorens
Letrada de la Comunidad de Madrid

RESUMEN: En el presente artículo se analiza la posibilidad de ceder la posición jurídica de contratante de un poder adjudicador del sector público en favor de otro, sobre la base de que se trata de una cuestión ausente de regulación en la legislación administrativa sobre contratación pública. Se analizan, asimismo, los requisitos formales para que dicha cesión pueda tener lugar, en función de la causa a la que obedece.

PALABRAS CLAVE: Contratos del sector público, derecho civil común, cesión del contrato, requisitos formales.

ABSTRACT: The article includes a study about the possibility of assigning a contract in the contracting position of a contracting authority of the public sector (“*poder adjudicador*”) based on the fact that this issue is not regulated by Spanish legislation on public contracts. The formal requirements are also analyzed so that said assignment can take place, depending on the cause to which it obeys.

KEY WORDS: Public contracts, common civil law, assignment of the contract, formal requirements.

1.- Introducción.

Como regla general, los contratos administrativos son susceptibles de ser cedidos por parte de un adjudicatario en favor de otro, con el solo límite de que, excepcionalmente a esa norma general, pueda configurarse en determinados casos una relación contractual *intuitu personae*, impidiendo, por esencia, la cesión del contrato.

Prueba de la existencia de dicha regla general es la previsión en el propio ordenamiento jurídico de la figura de la cesión del contrato administrativo, pues no tendría sentido dicha regulación si, por naturaleza, del mismo derivaran prestaciones personalísimas¹.

En efecto, ya desde la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado, se recogía esta posibilidad en la Base VIII con el siguiente tenor literal:

“La cesión de contrata y el subcontrato requerirán autorización administrativa previa y se sujetarán a los requisitos que se establezcan en orden a garantizar el cumplimiento del contrato y los intereses de la Administración”.

Esta previsión ha sido recogida en todos los textos legales posteriores, comenzando por el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, cuyo artículo 58, primer apartado, señalaba que *“los derechos dimanantes de un contrato de un contrato de obras podrán ser cedidos*

¹ En este sentido, el Informe 39/1978, de 22 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, afirma que *“la cesión de los contratos opera en el marco de la legislación administrativa como excepción al principio de ejecución personal por el contratista de la obra que le ha sido adjudicada. (...) Quiere ello decir que la cesión está concebida como un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada que permita, en casos excepcionales y siempre que las características del contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación, la sustitución del elemento subjetivo del contrato”.*

a tercero siempre que las cualidades personales o técnicas del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato”.

Posteriormente, desde la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, el legislador ha extendido esta posibilidad a todo tipo de contrato, no solo al de obras, de tal forma que aquel que hubiera sido seleccionado para ejecutar un contrato del sector público pudiese ceder dicha posición a otro, siempre que se cumplieran los requisitos legalmente establecidos². Estas especificaciones pretenden evitar una posible distorsión del mercado, permitiendo que, después de la adjudicación del contrato, la empresa adjudicataria pueda cederlo a otra, incumpliendo las más elementales normas de selección de contratistas. De forma terminante, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha afirmado que *“es lógico que las posibilidades que el artículo 58 [de la Ley de 1965] abre no pueden ser utilizadas de forma tal que la autorización de la cesión comporte una defraudación de los principios que regulan la selección del contratista”*³.

² Así, el artículo 115 de dicha ley permitía la cesión en los siguientes términos:

“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 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 expresamente y con carácter previo la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración de conformidad con los artículos 15 a 20 y que esté debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

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

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

4. La Administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar”.

³ Informe 39/1978, de 22 de noviembre, citado.

Producida la cesión con arreglo a Derecho se impone, como lógica consecuencia, la introducción de un tercero –cesionario- en la relación jurídica con la Administración, quedando, por tanto, obligado a la ejecución de la prestación en los mismos términos inicialmente pactados con el cedente.

De manera relativamente reciente, se ha planteado la viabilidad jurídica de ceder la posición de la parte contratante; es decir, ceder determinados contratos licitados por un poder adjudicador del sector público en favor de otro, permaneciendo inalterado el adjudicatario seleccionado a través del procedimiento oportuno.

2.- Normativa aplicable.

Como indicamos *ut supra*, desde 1963, las sucesivas leyes sobre contratos administrativos se han preocupado de regular la cesión de los contratos en la posición jurídica del contratista o adjudicatario.

La vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) se ocupa de dicha cesión de la parte contratista en su artículo 214, con el siguiente tenor literal:

“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:

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 las 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”.

Nada dice la LCSP, sin embargo, sobre la posibilidad de cesión en la posición de la parte contratante, como tampoco ningún texto legislativo anterior se ha preocupado de regular esta eventualidad.

Ante dicha omisión, no cabe sino plantearse la aplicabilidad del derecho privado, en virtud de la técnica de la supletoriedad, que debe operar cuando una ley especial regula

deficientemente o no regula una determinada materia, generando una laguna normativa. El derecho supletorio es, así, el conjunto normativo que rige en defecto del previsto inicialmente cuando este último no contemple o regule un aspecto concreto de la materia correspondiente.

El artículo 4.3 de nuestro Código civil consagra su carácter de derecho común, al prever que *“las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes”*; es, pues, supletorio respecto a otras normas jurídicas, si bien sólo en el supuesto de que la norma que carece de regulación no establezca como supletoria otra norma distinta, y siempre que estemos ante un auténtico caso de insuficiencia normativa.

En este punto, la propia LCSP, en su artículo 34.1, señala que *“en los contratos del sector público podrán incluirse cualesquiera pactos, cláusulas y condiciones, siempre que no sean contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración”*. A su vez, el 25.2 del mismo cuerpo legal, prevé que los contratos administrativos se rijan por dicha Ley y demás disposiciones de carácter administrativo, y *“en su defecto, por las normas de derecho privado”*.

Dado que no existe norma jurídica que trate el tema de la cesión de un contrato del sector público por parte de un poder adjudicador a otro, es dable concluir la existencia de una insuficiencia normativa causante de una laguna jurídica que debe ser integrada con el Código Civil.

Esta aplicación supletoria del derecho civil común es la conclusión alcanzada con carácter general en los dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 86/2011, de 26 de marzo, 352/2012, de 12 de julio, 761/2013, de 31 de octubre, y 107/2015, de 9 de abril, los cuales, refiriéndose a la interpretación de los contratos administrativos, señalan lo siguiente:

“Ante la manifestación de un disenso sobre el significado de las cláusulas contractuales, es necesario indagar el sentido que ha de atribuírseles y contemplar, desde una perspectiva global, sistemática o integradora, el régimen jurídico del contrato, en el que, como punto de partida, no pueden presumirse las contradicciones o antinomias.

En esa tarea hermenéutica, a falta de disposiciones expresas en la normativa administrativa, constituyen un elemento primordial los criterios interpretativos establecidos en los artículos 1.281 a 1.289 del Código Civil, aplicables también respecto de los contratos administrativos, tal y como resulta del orden de fuentes del artículo 7 del TRLCAP.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha precisado que el contrato administrativo no es una figura radicalmente distinta del contrato privado, ya que responde claramente a un esquema contractual común elaborado por el Derecho Civil, lo que permite invocar -con carácter supletorio- los principios establecidos en el Código Civil. Tal es la doctrina asumida explícita o implícitamente por numerosas sentencias, que aplican dichos criterios en el ámbito de la contratación administrativa (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril y 18 de julio de 1988, 16 de mayo y 6 de julio de 1990, 15 de febrero de 1991, 14 de diciembre de 1995, 11 de marzo de 1996, 8 de marzo de 1999, 12 de julio de 2005, 6 de abril de 2006 y 19 de junio de 2007, entre otras)” (el subrayado es nuestro).

En definitiva, conforme a la doctrina y jurisprudencia expuesta, es procedente aplicar el Código Civil con carácter supletorio para llenar una laguna existente en la legislación administrativa contractual, como es el caso de la cesión de la posición jurídica de contratante en los contratos del sector público.

3.- La cesión de los contratos.

En términos generales, la cesión constituye un supuesto de novación subjetiva del contrato, en tanto implica la desaparición de una de las partes en la relación jurídica contractual y su sustitución por el cesionario, que quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente.

No comporta, por tanto, la extinción del contrato, sino que el contrato cedido es el mismo que el contrato base con la única variación que comporta la modificación subjetiva del mismo.

No existe precepto alguno en el Código Civil que contemple expresamente la cesión de contrato, aunque es admitida por la jurisprudencia y la generalidad de la doctrina civil, al amparo, precisamente, de su artículo 1255.

Para la doctrina, la licitud de la figura de la cesión de contrato, concebida de modo unitario, puede ser admitida en base al principio de la autonomía de la voluntad que, dentro de ciertos límites, consagra el artículo 1255 del Código Civil (*“los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público”*).

Los autores coinciden doctrinalmente en sostener que, en virtud de la cesión de contrato, uno de los contratantes puede transmitir su posición contractual como una unidad, como un todo, superando la escisión que necesariamente tiene lugar si se ha de proceder a la cesión de crédito por un lado, y a la asunción de deuda por el otro.

Para Cristóbal Montes⁴, si no hay sustitución íntegra en la posición de parte contractual, existirá más que una genuina sucesión en el contrato, la accesión o adhesión de un tercero a un contrato que permanece centrado todavía en los sujetos que inicialmente lo concluyeron.

⁴ CRISTOBAL MONTES, A. *“La cesión de contrato”*. Anuario de Derecho Civil - ADC. Edición 1968. Pág. 851 y 862.

Lo que constituye la esencia de la cesión del contrato es, por tanto, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual. Es hacer entrar a un extraño en el rango de parte contratante en lugar de uno de los contratantes originarios.

En este sentido, García-Trevijano⁵ ha defendido la admisibilidad de la cesión de un contrato administrativo, remarcando sus diferencias con la novación subjetiva extintiva regulada en el artículo 1204 del Código Civil⁶. En opinión del autor citado, difícilmente podría admitirse una novación subjetiva extintiva en el ámbito de los contratos públicos, partiendo del necesario respeto a los principios que rigen toda contratación de este carácter.

En efecto, adjudicado el contrato, la novación subjetiva del mismo –ya sea en la parte del contratante o del adjudicatario-, supondría lisa y llanamente una quiebra de los principios de la licitación pública que imperan en este ámbito, por cuanto se estaría extinguiendo el contrato originario suscrito con la Administración para sustituirlo por otro (aunque sea de contenido coincidente) del que pasará a formar parte el nuevo poder adjudicador, más allá de un mero mantenimiento del mismo contrato sin solución de continuidad, introduciendo únicamente la modificación consistente en sustituir a un poder público por otro, y todo ello sin someterlo a procedimiento alguno.

Opina el autor citado que este problema se soluciona admitiendo la viabilidad de la figura de la cesión del contrato, distinta de la novación extintiva, ya que subsistirá el mismo contrato, si bien con un cambio subjetivo (la subrogación del cesionario en la posición del contratista cedente). En definitiva, no habrá un nuevo contrato que adjudicar.

⁵ GARCÍA-TREVIJANO GARCNICA, E. “*La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines*”. Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo. Año 2009, págs. 64-65.

⁶ A tenor de este precepto, “*para que una obligación quede extinguida por otra que la sustituya, es preciso que así se declare terminantemente, o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles*”.

A nivel jurisprudencial, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999 la describe como la *“figura jurídica no contemplada especialmente en el Código Civil pero que la Jurisprudencia de esta Sala ha declarado que procede, al amparo del art. 1255 del Código Civil”*.

Por su parte, la sentencia del mismo Tribunal de 29 junio 2006 precisa:

“La cesión del contrato implica la transmisión de la relación contractual en su integridad, admitida en el ordenamiento a través de la doctrina jurisprudencial (sentencia de 7 de noviembre de 1998), que sin afectar a la vida y virtualidad del contrato que continúa en vigor, mantiene sus derechos y obligaciones con los que son continuadores de los contratantes (sentencia de 4 de abril de 1990) y la primitiva relación contractual se amplía a un tercero, pasando al cesionario sus efectos (sentencia de 4 de febrero de 1993). Su esencia es, pues, la sustitución de uno de los sujetos del contrato y la permanencia objetiva de la relación contractual (vid. también las sentencias de 19 de septiembre de 1998 y 27 de noviembre de 1998)”.

En el ámbito concreto de la contratación administrativa, la cesión de un contrato vigente entre organismos del sector público ha sido expresamente admitida en varios informes, entre ellos, el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares de 30 de abril de 1999, el de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña de 27 de febrero de 2014, o el de la Diputación de Valencia de 3 de diciembre de 2015.

El primero de ellos dice expresamente que *“la LCAP sólo prevé la cesión de los contratos por parte de los adjudicatarios y cumpliendo una serie de requisitos recogidos en el art. 115, contemplándose también, en el art. 102, las modificaciones del contrato, pero como una prerrogativa o facultad unilateral de la Administración, imponiendo límites y garantizando los derechos del contratista, pero en ningún caso se ocupa ni de*

las modificaciones por mutuo acuerdo entre las partes ni de la novación contractual por subrogación de un tercero en el lugar de la Administración, por lo que, no estando sin embargo prohibido, se debe acudir, a tenor del art. 7 de la LCAP, a las normas de derecho privado, en este caso al Código Civil, (...) sin olvidar que por aplicación del artículo 4 de la LCAP y art. 1255 del Código Civil, la Administración tiene libertad de pactos sin más límites que los contrarios al interés público, al ordenamiento jurídico o a los principios de buena administración”.

Mucho más descriptivo, el Informe de la Junta Consultiva de Cataluña de 2014, citado *ut supra*, dispone lo siguiente:

“Respecto a esta cuestión, hay que señalar, en primer término, que el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP), únicamente prevé y regula las modificaciones subjetivas en los contratos del sector público y en sus procedimientos de adjudicación, en relación con las personas físicas o jurídicas licitadoras o contratistas.

(...)

II. No obstante, la no previsión ni regulación en la normativa de contratación pública de la modificación del órgano de contratación en los contratos del sector público, ésta se puede producir -y, de hecho, se produce- tanto durante los procedimientos de licitación de los contratos públicos como con posterioridad a su firma, en los casos en que se produzca alguna de las circunstancias siguientes: la extinción o la modificación de entes, organismos o entidades del sector público por previsión legal; la modificación competencial o de funciones de entes, organismos o entidades del sector público por previsión legal o reglamentaria; o la existencia de cualquier negocio o relación jurídica que comporte un cambio competencial, ya sea de titularidad o de ejercicio, tal como se plantea en el supuesto que origina la consulta.

Es más, a veces, la subrogación de una entidad del sector público en la posición jurídica de otra entidad del sector público se prevé en los pliegos de cláusulas que rigen los procedimientos de licitación.

III. Una vez constatada la posibilidad de modificación subjetiva de la parte pública –órgano de contratación- en los contratos del sector público, y la consiguiente subrogación que de ésta se deriva, hay que analizar la regulación jurídica de esta institución, con la finalidad de determinar los requisitos que, en su caso, tengan que concurrir, así como los efectos que produzca. A falta de regulación específica sobre esta materia en el TRLCSP y en otras normas de derecho administrativo hay que acudir, de acuerdo con lo que dispone el artículo 19 del propio TRLCSP, a las normas de derecho privado.

(...)

En todo caso, la jurisprudencia ha delimitado estas figuras, que se pueden dar en casos de obligaciones de prestaciones únicas, y las ha distinguido de los supuestos en las cuales las prestaciones son recíprocas, por tratarse de un contrato. En estos casos, la jurisprudencia habla de "cesión de los contratos", figura jurídica que no se encuentra expresamente regulada en el Código Civil.

Literalmente, el Tribunal Supremo ha afirmado que "la cesión del contrato es una figura jurídica, admitida plenamente en el derecho comparado de los países de nuestro entorno cultural, y que no aparece regulada en nuestro derecho normativo (...). Esta cesión del contrato, creación jurisprudencial y doctrinal, ante la ausencia se vuelve a repetir de normas concretas y directas que la regulen, tiene su base en el artículo 1255 CC que proclama el principio de la libertad contractual que, al mismo tiempo, permite la modificación por la sola voluntad de las partes de la regulación normativa de todo tipo de contrato".

(...)

El Tribunal Supremo insiste en el carácter unitario de la cesión de los contratos al indicar que "supone la transferencia de un sujeto a otro de los elementos activos y pasivos derivados del contrato; objeto, por lo tanto, del negocio de cesión es el conjunto de efectos contractuales considerados como un totum" (STS de 8 de febrero de 2005) y, en otros términos, que "implica la transmisión a un tercero de la relación contractual, en su totalidad unitaria, presumiendo la existencia de obligaciones sinalagmáticas que, en su reciprocidad, se mantienen íntegramente vivas para cada una de las partes" (STS de 19 de septiembre de 2002).

Este carácter unitario de la cesión de los contratos hace referencia a la transmisión globalizada de una determinada posición jurídica -es decir, del conjunto de efectos contractuales que de la misma derivan-, sin necesidad de descomponerla en tantos negocios transmisivos como créditos y obligaciones origine, y superando, por lo tanto, la escisión que necesariamente tiene lugar si se debe proceder a la cesión del crédito, por un lado, y a la asunción de la deuda, por el otro. (...) Asimismo, la cesión comprende, además de los derechos y las obligaciones, todos los otros efectos jurídicos del contrato -tales como las facultades de modificación o de resolución del contrato, por ejemplo”.

Por lo tanto, a la vista de los referidos dictámenes, debe entenderse viable jurídicamente la cesión de un contrato del lado del ente público contratante, es decir, de un poder adjudicador a otro, en el bien entendido de que la misma no afecta sustancialmente a los principios que rigen la contratación del sector público, por cuanto la transmisión de la relación jurídica se produce “en bloque”, de tal forma que, con independencia de ser distinto desde ese momento el ente público adjudicador del contrato, la posición del licitador resulta exactamente igual a la que ostentaba con anterioridad.

4.- Requisitos de la cesión de contratos.

Sentado lo anterior, es preciso analizar los requisitos a los que debe someterse toda cesión de contrato.

El Tribunal Supremo, en las sentencias citadas, ha señalado que *“es evidente que requiere el consentimiento del contratante cedido; es, pues, necesaria la conjunción de tres voluntades contractuales”* (STS de 29 de junio de 2006), añadiendo la de 6 de noviembre de 2006 que *“para que la cesión sea efectiva, la jurisprudencia ha exigido que en el negocio jurídico concurren las tres partes, es decir, el contratante cedente de su posición contractual, el nuevo que la adquiere y el contratante que va a resultar afectado por el cambio de deudor (sentencias de 9 diciembre 1997, 9 diciembre 1999, 21 diciembre 2000 y 19 septiembre 2002). Sin el consentimiento de éste, no existe cesión, o como afirma la sentencia de 9 diciembre 1997, “la necesidad de mediar consentimiento es requisito determinante de la eficacia de la referida cesión contractual”*”.

De modo más concreto para el ámbito contractual administrativo, el Informe de la Junta Consultiva de Cataluña de 2014 dispone lo siguiente:

“En todo caso, según reiterada jurisprudencia, como requisito determinante de la eficacia de la cesión contractual, debe concurrir, además del consentimiento del cedente y del cesionario, el del contratante cedido.

(...)

También la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Balear, en el Informe 4/1999, de 30 de abril, después de constatar que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entonces vigente, “no se ocupa (...) de la novación contractual por subrogación de un tercero en el lugar de la Administración” y afirmar que esta modificación no está prohibida y que hay que sujetarse a lo que disponen las normas del Código Civil reguladoras de las modificaciones

subjetivas de las obligaciones y sus efectos, señala la necesidad "de obtener el consentimiento del contratista al tratarse de un contrato sinalagmático con prestaciones por ambas partes".

Ello no obstante, lo cierto es que, como adelantamos, la cesión de contratos de entidades del sector público puede obedecer a diversas causas, dependiendo de las cuales, los requisitos pueden verse alterados.

En efecto, ya el Informe de Baleares de 1999 señaló, después de admitir la aplicación supletoria del Código Civil para permitir la cesión, que *"otra cosa es la causa o justificación que la Administración tenga para proceder al cambio subjetivo, que siempre debe darse en el ejercicio de competencias propias"*.

El Informe de la Junta de Cataluña de 2014 señala, sobre esta cuestión, que *"no obstante, la no previsión ni regulación en la normativa de contratación pública de la modificación del órgano de contratación en los contratos del sector público, ésta se puede producir -y, de hecho, se produce- tanto durante los procedimientos de licitación de los contratos públicos como con posterioridad a su firma, en los casos en que se produzca alguna de las circunstancias siguientes: la extinción o la modificación de entes, organismos o entidades del sector público por previsión legal; la modificación competencial o de funciones de entes, organismos o entidades del sector público por previsión legal o reglamentaria; o la existencia de cualquier negocio o relación jurídica que comporte un cambio competencial, ya sea de titularidad o de ejercicio, tal como se plantea en el supuesto que origina la consulta.*

Es más, a veces, la subrogación de una entidad del sector público en la posición jurídica de otra entidad del sector público se prevé en los pliegos de cláusulas que rigen los procedimientos de licitación".

Añade, a continuación que *"los requisitos para que se produzca la subrogación de un ente, organismo o entidad en la posición jurídica de órgano de contratación en un*

contrato del sector público variarán en función de si dicha subrogación se produce por previsión normativa, con ocasión de la extinción o la modificación de entes, organismos o entidades del sector público, o de sus competencias o funciones, o bien como consecuencia de un negocio o relación jurídica entre las entidades que intervienen en la subrogación”.

Por tanto, los requisitos de la cesión dependerán de la causa que dé origen a la misma.

Así, la cesión del contrato del sector público puede traer causa, en primer lugar, de una previsión normativa de la subrogación de un ente, organismo o entidad del sector público en la posición jurídica de órgano de contratación de otro ente, organismo o entidad del sector público, en cuyo caso, esta subrogación se produce por disposición de la norma respectiva, no por voluntad de las partes.

Como ejemplo de la cesión impuesta por una ley, cabe citar la Ley 4/2011, de 28 de julio, de Extinción de MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte), cuyo artículo único, apartado 2, dispuso que *“el conjunto de los bienes, derechos y obligaciones resultantes de la extinción de MINTRA (Madrid, Infraestructuras del Transporte) se integra en la Dirección General de Infraestructuras de la Consejería de Transportes e Infraestructuras de la Comunidad de Madrid, que prestará las funciones que correspondían a dicha entidad”*, quedando la Consejería subrogada por tanto en los contratos vigentes suscritos por aquella.

En estos casos, señala el Informe de 2014 que *“se da una identidad entre el ente, organismo o entidad que se subroga y la subrogada y, por lo tanto, se podría entender que no se produce propiamente una cesión de contrato en los términos de la figura delimitada por la jurisprudencia civil y, en consecuencia, que no sería exigible la audiencia y el consentimiento de la empresa o empresas contratistas al cambio de órgano de contratación”*.

En segundo lugar, si lo que se produce es una modificación competencial o de funciones de entes, organismos o entidades del sector público por una disposición legal o reglamentaria, que establezca también la subrogación de otros entes, organismos o entidades en la posición jurídica de aquéllos con respecto a los derechos y obligaciones o a los contratos derivados de estas competencias o funciones, entiende el informe citado que *“si bien la subrogación se producirá también derivada de la norma que la prevé, se puede considerar necesaria la concurrencia del requisito de audiencia en la empresa contratista, dado que en estos casos sí que se produce un cambio de personalidad jurídica del órgano de contratación en sentido estricto. Así, en estos supuestos, se produciría una modificación subjetiva de la entidad contratante de un contrato del sector público, por subrogación por previsión normativa, sin perjuicio de las actuaciones que la empresa o empresas contratistas pudieran llevar a cabo con respecto al cambio de órgano de contratación”*.

En tercer término, si la subrogación se produce como consecuencia, propiamente, de la cesión de un contrato, sin identidad entre la entidad que se debe subrogar y la entidad que se pretende que se subrogue, ni previsión normativa, deben aplicarse los requisitos generales para la cesión de contratos previstos con anterioridad; por tanto, la audiencia y el consentimiento de la empresa contratista cedida. Lo mismo cabe señalar si la cesión deriva de la existencia de cualquier negocio o relación jurídica que comporte un cambio competencial.

A modo de ejemplo, puede traerse a colación el convenio interadministrativo suscrito el 26 de diciembre de 2017 entre el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, la Administración General de la Comunidad de Castilla y León y la Entidad Pública Empresarial Red.es, para la extensión del acceso a la banda ancha ultrarrápida de los centros docentes españoles, cuya cláusula tercera.3.g) impone a la Junta de Castilla y León la obligación de *“aceptar la cesión de los contratos que Red.es firme con los proveedores de servicios de telecomunicaciones para dotar de conectividad a los centros docentes, de manera que una vez concluidas todas las actuaciones necesarias para dotar a todos los centros de acceso a servicios de conectividad ultrarrápida a Internet, la*

Administración General de la Comunidad de Castilla y León asuma el gasto recurrente asociado a la provisión de dicho servicio por parte de los proveedores, en los términos establecidos en las licitaciones incoadas por Red.es”.

Finalmente, habrá que tener en cuenta que si es el propio clausulado del contrato el que prevé la cesión, no será necesaria la audiencia mencionada, ni el consentimiento de la empresa contratista, por estar prevista en los pliegos que rigen la licitación, cuya aceptación incondicionada es consecuencia de la presentación de sus proposiciones, *ex art. 139 LCSP*.

En definitiva, centrándonos en la cesión de contratos de origen convencional, y siguiendo el criterio del Informe de la Junta de Cataluña de 2014, cabe entender que estos cambios se podrán dar con los requisitos y los efectos siguientes:

– Concurrencia del acuerdo de voluntades entre el órgano de contratación originario -parte cedente del contrato- y el nuevo órgano de contratación que se subroga en la posición de aquél -parte cesionaria del contrato-.

– Necesidad de dar audiencia a la empresa contratista -parte cedida- y que ésta dé su consentimiento a la cesión, tácito o expreso, como requisito determinante de su eficacia.

– Transmisión global de la posición jurídica contractual, incluidos, además de los derechos y las obligaciones que dimanen del contrato, todos los otros efectos jurídicos de éste.

– Extinción de la relación jurídica entre la empresa contratista y el órgano de contratación originario -parte cedida y parte cedente-, ya que éste traspasa al nuevo órgano de contratación -parte cesionaria- sus deberes y sus obligaciones que dimanen del contrato, si bien mantiene las obligaciones con respecto a la existencia, la validez y la virtualidad del contrato cedido.

5.- A modo de conclusión.

A pesar de la falta de regulación por parte del legislador del supuesto planteado, cabe llevar a cabo la cesión de la posición jurídica de contratante de un poder adjudicador en favor de otro, de la misma o distinta Administración, atendiendo siempre a la razón de la que trae causa.

Dicha razón será la que determine, en algunos casos, la obligatoriedad de tal cesión –como ocurre ante un cambio legislativo u organizativo- o la posibilidad de acudir voluntariamente a la misma, en base al principio de autonomía de la voluntad consagrado por el artículo 1255 CC, siempre con pleno respeto a los principios que rigen la contratación administrativa.

Agosto de 2023.

BIBLIOGRAFÍA

- CRISTOBAL MONTES, A. “*La cesión de contrato*”. Anuario de Derecho Civil - ADC. Edición 1968. Pág. 851 y 862.

- VILLAR, J.L. (2017). “*La verdadera naturaleza jurídica de los contratos del sector público y su alteración arbitraria*”. Ariño y Villar Abogados. Recuperado de <http://www.arinoyvillar.com>.

- AGUILERA SILVÁN, J. A. (2010). “*La cesión del contrato en la doctrina civil*”. Noticias Jurídicas. Recuperado de <http://www.noticiasjuridicas.com/conocimiento>.

- GARCÍA-TREVIJANO GARCNICA, E. “*La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines*”. Revista de Derecho Administrativo del Círculo de Derecho Administrativo. Año 2009, págs. 53-68.

DICTÁMENES

- Dictamen 39/1978, de 22 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

- Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla y León 86/2011, de 26 de marzo, 352/2012, de 12 de julio, 761/2013, de 31 de octubre, y 107/2015, de 9 de abril.

- Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares de 30 de abril de 1999.

- Dictamen de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña de 27 de febrero de 2014.

- Dictamen de la Diputación de Valencia de 3 de diciembre de 2015.

JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1999.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 29 junio 2006.

- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2006.