

La cesión del contrato administrativo y otras figuras afines

Ernesto García-Trevijano Garnica*

En el presente artículo el autor desarrolla conceptualmente la cesión del contrato administrativo, calificándola como un negocio jurídico bilateral, donde la autorización de la Administración es indispensable para su perfeccionamiento.

Asimismo, estudia una serie de figuras que, pese a no calificarse como tales, jurídica o materialmente pueden producir efectos similares.

I. ¿Se celebra el contrato administrativo *intuitu personae*?

Para que quepa hablar de la cesión del contrato administrativo es preciso que la Administración no lo haya adjudicado en razón de la persona del contratista, en el sentido de que sólo el contratista designado es quien puede realizar la prestación que constituye el objeto del contrato. Para poder ceder la posición jurídica de contratista (con sus derechos y obligaciones) es imprescindible que el contrato pueda ser ejecutado por persona distinta de la originariamente adjudicataria. Por ello, un contrato celebrado *intuitu personae* impediría por naturaleza el cambio en la persona del contratista, puesto que sólo el adjudicatario originario sería el que está en condiciones de satisfacer la prestación a favor de la Administración que forma parte del objeto del contrato.

Y cabría preguntarse, ¿se celebran realmente los contratos administrativos *intuitu personae*? Esta interrogante es especialmente procedente si se tiene en cuenta que no es inhabitual encontrarse con sentencias o posiciones doctrinales en las que se califica el contrato administrativo como celebrado *intuitu personae*. No sería correcto, sin embargo, derivar sin más de dicha calificación la imposibilidad por naturaleza de la cesión de los contratos administrativos.

En efecto, normalmente la calificación del contrato administrativo como celebrado *intuitu personae* no pretende transmitir la idea de que del mismo deriven exclusivamente prestaciones personalísimas, sino simplemente ponerse el énfasis en una de las características de los contratos administrativos, como es que para la Administración adquiere una especial relevancia la persona que con ella se vincula a través del contrato administrativo. Por imperativo legal, la Administración debe seleccionar adecuadamente

al contratista, con el fin de asegurarse de que quien resulte adjudicatario estará en condiciones de cumplir las obligaciones que asume en virtud del contrato administrativo. Si se tiene en cuenta que en este tipo de contrato está ínsito la realización del interés público, la Administración no sólo puede sino que debe cerciorarse de que el contratista goza de la capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar necesarias para el cumplimiento de las prestaciones que le incumben.

Precisamente, la regla general es que los contratos administrativos son susceptibles de ser cedidos (con las limitaciones impuestas en cada ordenamiento jurídico), sin perjuicio de que, como excepción a esa regla general, pueda configurarse en determinados casos *intuitu personae*, lo que impediría, por esencia, la cesión del contrato. Confirma cuanto ahora se expone el hecho de que el propio ordenamiento jurídico regule la figura de la cesión del contrato administrativo, pues no tendría sentido dicha regulación si, por naturaleza, del mismo derivaran prestaciones personalísimas.

En definitiva, como regla general los contratos administrativos no se celebran *intuitu personae*, sin perjuicio de que en ocasiones se califiquen impropiaamente como tales, pero con el objetivo de poner de manifiesto la importancia de la selección de la persona que contrata con la Administración, lo que no debe confundirse con la imposibilidad de su sustitución.

II. Figuras afines a la cesión del contrato

Admitido que los contratos administrativos, por esencia, no generan automática e irremediablemente para el contratista la obligación de cumplir directa y personalmente las prestaciones a las que le obligó (prestaciones personalísimas), inmediatamente cabría plantear las distintas formas a través

* Letrado del Consejo de Estado español (excedente). Socio de Baker&McKenzie (oficina de Madrid).

de las cuales el contratista originario podría, directa o indirectamente, ser sustituido en el marco del contrato administrativo.

Quiero con ello destacar que junto a la cesión del contrato propiamente dicha (figura que abordo específicamente más adelante), existen otras figuras o situaciones que jurídica o materialmente pueden producir efectos similares. Me refiero a continuación separadamente a: (i) la transmisión de las acciones representativas del capital social de la sociedad contratista; (ii) la fusión de la sociedad contratista, la escisión o la transmisión de rama de actividad; (iii) la transmisión de todo o parte de la participación de un miembro en una unión temporal de empresarios (UTE); y, (iv) la subcontratación.

II.1. Enajenación del capital social de la sociedad contratista

II.1.1. La Administración puede contratar con personas físicas o jurídicas. En este último caso habrá valorado la capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar de la persona jurídica como tal, en cuanto sujeto de derecho. Por ello, en principio, quien sea accionista de la sociedad contratista es neutro para la Administración, pues no se contrata con los accionistas, sino con la sociedad como tal. Ésta es la que debe reunir los requisitos que justifiquen la adjudicación a su favor, con respeto y sometimiento a las reglas de selección de los contratistas prevista en el ordenamiento jurídico.

La consecuencia lógica de ello es que, en principio, la transmisión de acciones representativas del capital social de la sociedad contratista a favor de terceros, incluso cuando lleven un cambio de control, debería ser neutra para la Administración, que seguirá ligada contractualmente con la misma persona jurídica que resultó adjudicataria y de la que tomó en consideración – se insiste – su capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar (no la de sus accionistas).

Ahora bien, a través de esta vía (transmisión de las acciones representativas del capital social de la sociedad contratista), aunque formalmente se mantenga el mismo contratista (la persona jurídica como tal), materialmente podría entenderse que se está produciendo una cesión indirecta del contrato administrativo, al menos cuando la transmisión de acciones lleve consigo un cambio de control en la sociedad contratista. El contratista seguirá siendo formalmente el mismo, pero no quien domina ahora al contratista.

El legislador podrá tomar en consideración esta realidad, dejándola sin embargo huérfana de regulación o, en su lugar, estableciendo reglas que, por ejemplo, impongan la previa autorización de la Administración cuando pretenda transmitirse un porcentaje determinado del capital social de la

sociedad contratista o cuando la transmisión de las acciones, cualquiera que sea su porcentaje, implique un cambio de control en la sociedad contratista.

II.1.2. Sin prejuzgar ahora si como regla general debe optarse o no por la regulación de esta forma de cesión indirecta de los contratos administrativos, lo cierto es que hay situaciones en las que, a mi juicio, es difícilmente justificable la ausencia de regulación a nivel de norma jurídica, con el efecto pernicioso añadido de la falta de homogeneidad derivada de las distintas reglas que puedan establecerse en cada uno de los Pliegos de cláusulas administrativas particulares o reguladores de los respectivos procedimientos de selección del contratista.

En efecto, me estoy refiriendo a aquellos casos en los que en el procedimiento de selección se valora la capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar de quienes formulan la oferta, permitiéndose o imponiéndose a los que resultan adjudicatarios la obligación de constituir una sociedad *ad hoc*, que asumirá la condición de contratista, con sus correspondientes derechos y obligaciones. Este es el sistema que impera en el denominado contrato de concesión de obras públicas que se contiene en la Ley española 30/2007, de Contratos del Sector Público (LCSP), Ley en la que, sin embargo, no existe precepto específico alguno en el que se regule el régimen de transmisión de las acciones de la sociedad *ad hoc* constituida por los adjudicatarios y que, como se dice, asume la condición de sociedad contratista.

La situación es sin duda peculiar, especialmente si se tiene en cuenta que, como antes se ha expuesto, a la Administración no le es indiferente quien con ella contrata. De hecho el ordenamiento jurídico le impone seguir unos criterios objetivos y muchas veces rígidos de selección del contratista. En el supuesto que ahora se expone, resulta que la Administración aplica las reglas del procedimiento de selección en relación con los licitadores que, sin embargo, finalmente no van a asumir la condición de contratistas, ya que quien hubiera resultado adjudicatario o adjudicatarios (en este último caso, en el supuesto de oferta conjunta) constituyen una sociedad (por tanto, un sujeto de derecho distinto) que asume la condición de contratista, con todos los derechos y obligaciones a ello inherentes. Y cabría preguntarse entonces, ¿qué sentido tiene, por ejemplo, valorar la solvencia de los licitadores si finalmente no son ellos los que van a ejecutar el contrato, sino la sociedad por ellos constituida a tal fin?; ¿de qué sirven todos los mecanismos legalmente impuestos para la selección del contratista? E, incluso, desde la perspectiva que ahora interesa (cesión de los contratos), ¿sería admisible que los adjudicatarios, en su condición de accionistas de la sociedad por ellos constituida y que asume la

condición de contratista, pudieran transmitir sin más su participación en el capital social de ésta?

No voy a profundizar en las ventajas o desventajas de configuraciones como la señalada, si bien quiero al menos resaltar que la figura descrita es muy habitual en España y en otras jurisdicciones, fundamentalmente, cuando se trata de la construcción de obras públicas para su posterior explotación durante un largo periodo de tiempo (lo que actualmente se articula habitualmente a través de la citada figura del contrato de concesión de obras públicas).

Normalmente la exigencia de constituir una sociedad *ad hoc* para la ejecución del contrato llevará consigo la exigencia de que tenga un objeto social único, pues a la Administración le interesará que la sociedad se dedique en exclusiva a la ejecución del contrato, lo que le permitirá, además, un mayor control y vigilancia sobre su situación financiera y económica y, en definitiva, sobre la ejecución del contrato administrativo. Sin embargo, a veces se admite un objeto social más amplio, que permita la ejecución de varios contratos a la vez, en ocasiones contratos que han de ser de similar naturaleza o prestaciones. E, incluso, no es extraño encontrarse con licitaciones en las que se admite la posibilidad de que los adjudicatarios no precisen constituir una nueva sociedad, sino que puedan utilizar una ya existente (que habrán, no obstante, de adaptar a las exigencias contenidas en el correspondiente Pliego). La decisión que, al respecto, se adopte (con carácter general, a través de la correspondiente norma jurídica que regule este ámbito, o a nivel del caso concreto, en el Pliego de que se trate), deberá tener presente las ventajas y desventajas de una mayor o menor rigidez en este aspecto, para lo que habrá de atenderse a las circunstancias concurrentes.

Ahora bien, las eventuales ventajas de una configuración como la descrita (constitución o utilización por los adjudicatarios de una sociedad *ad hoc*, que asume la condición formal de contratista) no está reñido con establecer mecanismos que permitan dar sentido al esfuerzo realizado por la Administración en la selección de los adjudicatarios (que, sin embargo, no adoptarán formalmente la posición de contratistas) y asegurarse de que la sociedad *ad hoc* designada para la ejecución del contrato, efectivamente va a estar en condiciones de ello. En este sentido, los aspectos que habría que tomar en consideración a tal fin serían, al menos, los siguientes:

- En el Pliego debería imponerse que la sociedad que se constituye (o que se utilice a tal fin, si ya existiera) y que va a asumir la condición de contratista, tenga un capital social mínimo durante toda la vida del contrato. Además, lo normal es que se exija también mantener un porcentaje de recursos propios (incluido, aparte del capital social, préstamos subordinados en los términos

«La regla general es que los contratos administrativos son susceptibles de ser cedidos»

que pueda preverse en el Pliego) en relación con la inversión total prevista.

Incluso, no es inusual que pueda preverse la responsabilidad directa de los adjudicatarios (accionistas de la sociedad contratista) en determinados aspectos, como, por ejemplo, mantener el referido ratio inversión/recursos propios. No obstante, en este último aspecto hay que ser especialmente cautelosos, pues ampliar en exceso la responsabilidad de los adjudicatarios (accionistas de la sociedad que finalmente asume la condición de contratista), en gran parte haría perder su atractivo a la figura. Así hemos tenido ocasión de observarlo en algunas ocasiones, en las que los Pliegos han configurado un sistema en el que se hacía responsables solidarios a los adjudicatarios y a la sociedad por ellos constituida (la sociedad contratista); ello fue frontalmente contestado por el sector, puesto que, como se dice, hace perder en gran parte el atractivo de la figura, e impide dotar de vida propia real y en cierta medida autónoma a la sociedad contratista, además de que también hace perder gran parte de su sentido a las exigencias que normalmente se prevén en los Pliegos relativas a los requisitos que habrá de reunir la propia sociedad contratista (capital social mínimo, ratio de la inversión cubierta con recursos propios, etc.).

- La sociedad contratista deberá estar participada por los licitadores que resultaron adjudicatarios (en oferta conjunta) y en la misma proporción en la que licitaron. No tendría sentido valorar la solvencia de los licitadores en trance de decidir la adjudicación del contrato y, a su vez, admitir sin más que alguno o algunos de los licitadores (en oferta conjunta) valorados finalmente no formará parte de la sociedad concesionaria. En tal caso, los licitadores que no formaran parte del capital social de la sociedad contratista, en realidad habrían actuado como testafierros, “prestando” su solvencia en cuanto meros partícipes formales en la licitación, lo cual sería inadmisibles.

A similar conclusión habría que llegar en relación con su participación concreta en el capital social de la sociedad contratista, puesto que perdería todo su sentido exigir en la fase de licitación que se comunique el porcentaje con el que participa cada licitador en el seno de la oferta conjunta si, a continuación, se hace caso omiso de tal circunstancia y se permite sin más constituir la sociedad contratista variando dichos porcentajes.

Por tanto, la admisibilidad –en los términos y con el alcance que en cada ordenamiento jurídico se prevea– de que los adjudicatarios en un procedimiento selectivo puedan constituir una sociedad *ad hoc* (o la utilización de una ya existente) que adopte la posición de contratista debe ir necesariamente acompañada de la exigencia de que quienes resultaron adjudicatarios deban ser necesariamente quienes asuman la titularidad del capital social de la sociedad constituida (o utilizada a tal fin, si ya existiera) y en la misma proporción en que participaron en la oferta.

En otro caso, perdería absolutamente su sentido el procedimiento de selección de las ofertas, puesto que quienes las formulan podrían finalmente no tener nada que ver, incluso *ab initio*, con la sociedad que se constituye y que asume la condición de contratista. Además, si se tiene en cuenta que el contrato existe desde el momento en que se produce la adjudicación (pues en dicho instante confluye oferta y aceptación), la exclusión desde un principio en el capital social de la sociedad que se constituye de alguno o algunos de quienes asumieron la condición de licitadores y resultaron adjudicatarios, podría incluso concebirse como una forma de cesión del contrato, aunque sea indirectamente.

II.1.3. Pues bien, asumiendo que, en efecto, la sociedad se constituya por los concretos licitadores que resultan adjudicatarios y en la proporción en que participaron en la oferta conjunta presentada, cabría preguntarse si, tras dicha constitución, los socios de la sociedad contratista podrían transmitir todas o parte de sus acciones en el capital social de la sociedad. Se insiste en que para dar una adecuada respuesta a esta cuestión debe observarse la peculiaridad del supuesto, ya que no se trata de la transmisión de las acciones de una sociedad que como tal resultó adjudicataria en un procedimiento selectivo, sino de la transmisión de acciones de una sociedad que se ha constituido por quienes resultaron adjudicatarios (no la sociedad misma).

Existe, por tanto, un plus que hay que tomar en consideración, so pena de desnaturalizar la propia figura. Y ello porque, si al día siguiente de haberse constituido la sociedad que asume la condición de contratista, los socios transmitieran sus acciones a un tercero y sin la previa autorización de la Administración, no sólo podría considerarse que se está produciendo una cesión indirecta del contrato administrativo (aunque formalmente se mantenga a la misma sociedad contratista), sino que además se daría con el agravante de que de nada habría servido (aunque sea indirectamente) la valoración, por ejemplo, de la solvencia de quienes resultaron adjudicatarios. Éstos habrían constituido la sociedad y habrían desaparecido inmediatamente como accionistas, perdiendo de esta manera el control de la sociedad instrumental constituida y destinada a asumir la condición formal de contratista.

En realidad, la cuestión podría ser abordada en sus dos aspectos relevantes:

- Si es preciso obtener la previa autorización de la Administración para transmitir todas o parte de las acciones, o si basta la mera comunicación a posteriori.
- Si podría considerarse (y en qué casos) que la transmisión de un porcentaje determinado de acciones de la sociedad contratista (o una transmisión que implique un cambio en el control en la citada sociedad) equivale a una cesión del contrato administrativo, lo que en tal caso, en principio, exigiría que se cumplieran los requisitos previstos en cada ordenamiento jurídico para la cesión del contrato.

En el caso español, la LCSP carece de regulación sobre esta materia, lo que nos lleva en la práctica a estar a lo que se prevea en cada Pliego. Y ello supone una clara ausencia de homogeneidad e inseguridad, a la vez que demuestra que en muchas ocasiones se “legisla” a través de Pliegos particulares (la expresión “legislar” la utilizo en sentido impropio, puesto que los Pliegos particulares no son propiamente normas jurídicas, sino meros actos administrativos generales no normativos).

Si efectivamente el Pliego contiene previsiones sobre el régimen aplicable para la transmisión de acciones de la sociedad contratista, habrá de estarse a lo en él previsto. La dificultad se presenta sustancialmente cuando el Pliego no dice nada sobre esta cuestión, lo que unido a la referida ausencia en el caso español de una regulación normativa en el ámbito de la contratación administrativa, provoca inseguridad jurídica.

No ocurre lo mismo en determinadas normativas sectoriales, en las que se regula específicamente cuándo hace falta solicitar la autorización de la Administración para transmitir acciones de la sociedad contratista o concesionaria. Por ejemplo, el artículo 117.4 en conexión con el artículo 77.1 ambos de la Ley 48/2003, de Régimen Jurídico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General, somete a previa autorización la transmisión de acciones de la sociedad concesionaria portuaria cuando, como consecuencia de dicha transmisión, el adquirente obtenga una posición que le permita influir de manera efectiva en la gestión o control de dicha sociedad. Y se presume que concurre dicha situación de influencia efectiva cuando la participación directa o indirecta en el capital social o en otros valores que confieran derechos políticos iguale o supere la proporción del 25% del capital social.

La inseguridad jurídica en el ámbito de la contratación administrativa en España se incrementa notablemente si la transmisión de acciones de la sociedad contratista lo es en un porcentaje que im-

plique un cambio de control, precisamente porque ello podría considerarse como una cesión indirecta del contrato, especialmente –se insiste– en el marco del supuesto en el que se sitúan estas reflexiones, esto es, sociedad *ad hoc* constituida por los adjudicatarios y que asume la condición de contratista.

Esta ausencia de regulación normativa y de previsión concreta en el Pliego de que se trate, provoca que deba ser el titular de las acciones que pretenda transmitir las el que deberá decidir por sí la actitud a adoptar. Para ello deberá tener en cuenta que si finalmente se concibiera dicha transmisión como una cesión indirecta del contrato (en particular, cuando dicha transmisión implique un cambio de control en la sociedad contratista), estará asumiendo un importante riesgo, dado que la Administración normalmente podrá considerar que la cesión inconsentida de un contrato administrativo es causa de extinción anticipada por culpa del contratista, con sus consecuencias anejas. Es más, si por este motivo (transmisión de las acciones a un tercero) se extinguiera anticipadamente el contrato administrativo, el transmisor tendría, además, que responder frente a los demás socios de la sociedad contratista, que se verían directamente perjudicados como consecuencia de la pérdida del contrato administrativo respecto del que asumía la condición de contratista, la sociedad en cuyo capital social participan.

El panorama así descrito es suficiente gráfico como para justificar la conveniencia de introducir una regulación que clarifique y ofrezca certidumbre jurídica en este ámbito, poniendo a disposición de los operadores una regulación que les permita conocer las reglas del juego. Y no se olvide que es también a la propia Administración (y, en definitiva, al interés público) a la que le conviene que dichas reglas del juego sean claras, pues sin duda la extinción anticipada de un contrato administrativo normalmente comportará perjuicios para la propia Administración, que intentará agotar las vías para evitar esta situación.

II.1.4. Por lo demás, en trance de regular esta materia, deben tenerse también presentes los efectos derivados de una eventual aplicación del régimen de las cesiones directas a las que venimos denominando como cesiones indirectas. No quiero decir con ello que necesariamente el régimen aplicable a unas y a otras deba ser distinto, pero sí que al menos en trance de decidir la regulación aplicable, se debe ser consciente de las consecuencias derivadas de una aplicación homogénea para ambos supuestos de cesión (directa e indirecta). De hecho en la práctica nos encontramos en muchas ocasiones con esta situación.

En efecto, en ocasiones los Pliegos, al regular el régimen de transmisión de las acciones de la sociedad contratista, se limitan a remitirse al precepto de la legislación de contratos que regula la cesión (pro-

piamente dicha) de los contratos administrativos, lo que sin duda genera incertidumbre jurídica, entre otros aspectos, acerca del porcentaje de acciones que habrá de transmitirse para considerarse que se produce efectivamente una cesión.

Pero, además, dicha incertidumbre aumenta si se tiene en cuenta que, por ejemplo, en España el artículo 209º de la LCSP incluye como requisito para que sea viable la cesión, que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión del servicio público, que haya efectuado su explotación durante, al menos, una quinta parte del plazo de duración del contrato ¿es exigible el cumplimiento de este requisito cuando se pretende la transmisión de acciones representativas del capital social de la sociedad contratista en un porcentaje tal que implique un cambio de control en dicha sociedad?

La respuesta a esta interrogante se complica cuando estamos ante contratos que tienen una fase de construcción de la obra pública y otra posterior de explotación de lo construido (como ocurre en España con el contrato de concesión de obras públicas), pues en tales casos se añade el problema de que cuando menos será discutible si opera el requisito del 20% de ejecución de las obras o la quinta parte del plazo de prestación de servicio, o ambos requisitos según el estado de ejecución del contrato cuando pretendan transmitirse las acciones (si es durante la fase de ejecución de las obras, operaría el citado requisito referido a las obras, y si se estuviera ya en fase de explotación, sería aplicable de haber consumido al menos una quinta parte del plazo del contrato; aunque sin duda con esta solución habría problemas añadidos: por ejemplo, a efectos de computar la quinta parte del plazo de explotación ¿debería tomarse en consideración el plazo completo del contrato o sólo a partir del comienzo efectivo de explotación?, aspecto relevante si se tiene en cuenta que normalmente el plazo otorgado al concesionario para la ejecución de las obras consume plazo de concesión). Y para complicar más aún las cosas, no es extraño encontrar contratos con un objeto complejo en los que simultáneamente comienzan las obras y la explotación propiamente dicha en algunos aspectos.

Obviamente, esta falta de claridad sobre la cuestión aconseja que, previamente a la ejecución de una operación de este tipo respecto a la que puedan existir dudas (transmisión de acciones representativas del capital social de la sociedad contratista, al menos cuando impliquen un cambio de control), se obtenga de la Administración su previa conformidad. Con ello se evitarán los riesgos inherentes a que la Administración pueda llegar a concebir la transmisión de las acciones de la sociedad contratista como una forma de cesión indirecta, a la que pretenda aplicar el régimen previsto para las

cesiones de los contratos y cuyo incumplimiento es causa de extinción anticipada del contrato por causa imputable al contratista.

II.2 Fusiones, escisiones y transmisiones de rama de actividad

Como tuve ocasión de exponer en otro lugar (vid. "La cesión del contrato administrativo. La subcontratación", Editorial Civitas, 1997), es preciso distinguir entre la cesión del contrato propiamente dicha y la sucesión en el contratista.

En efecto, la cesión constituye un negocio jurídico dirigido directa y específicamente a transmitir el contrato base (el contrato administrativo) a favor del cesionario. Frente a ello, en ocasiones se produce un efecto equivalente, pero a través de fenómenos que no están ya dirigidos concreta y específicamente a ceder un contrato determinado. Así ocurre en los supuestos de sucesión de personas públicas o privadas, en los que el contratista es sustituido por otra entidad distinta, sin que tal sustitución se produzca a través de la técnica de la cesión de los contratos singularmente considerados.

Así acontece en los casos de fusión de sociedades, tanto de fusión por absorción (en los que la sociedad contratista es absorbida) como de fusión en el sentido estricto, en el que la sociedad contratista se extingue al ser absorbida por otra sociedad (fusión por absorción) o bien al fusionarse con otra sociedad perdiendo ambas su personalidad jurídica y surgiendo otra en su lugar (fusión en sentido estricto).

En estos casos, la sociedad absorbente o resultante de la fusión sustituye a la sociedad extinguida en todas las relaciones jurídicas que tuviera entabladas, incluidos, por lo que ahora interesa, los contratos administrativos en los que pudiera aparecer como contratista. No será estrictamente un caso de cesión de contratos, porque lo que se produce es una sucesión universal, que no tiene como finalidad específica la simple cesión de un contrato administrativo determinado.

Una situación similar se produce en los casos de escisión o de transmisión de rama de actividad. En cuanto a la escisión, puede producirse con extinción de la propia sociedad y división de su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se traspaasa en bloque a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente; y, la escisión sin extinción de la sociedad escindida, como ocurre cuando se segrega una o varias partes del patrimonio de la sociedad (que, como se dice, no se extingue, traspasando en bloque las partes segregadas a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes). Por tanto, la escisión de una sociedad puede producirse con o sin escisión de su personalidad jurídica.

Pero desde la perspectiva que ahora interesa, lo cierto es que la escisión en cualquiera de las dos modalidades señaladas tampoco responderá a la idea estricta de la cesión del contrato, ya que no tendrá como objetivo la mera cesión de uno o varios contratos, sino que éstos se integrarán (con el resto de negocios jurídicos, activos y pasivos que correspondan) en la parte escindida.

A similar conclusión se llega si la cuestión se enfoca desde la perspectiva de la transmisión de rama de actividad. En tal caso, la sociedad contratista transmite a un tercero una rama de actividad del que forman parte, entre otros elementos, determinados contratos administrativos. No se oculta que las dificultades se presentarán al delimitar qué debe entenderse por "rama de actividad", pues no es extraño en la práctica que, ante la ausencia de una definición legal sobre el particular, pueda pretenderse considerar como tal la mera transmisión de un conjunto de elementos desconectados. A mi juicio, para que sea aplicable el régimen de transmisión de rama de actividad (y excluir de esta manera la aplicación de la regulación de la cesión del contrato) es necesario que se trate de una actividad diferenciada que incorpore los elementos necesarios para su funcionamiento como una empresa; es decir, el contratista estaría transmitiendo a un tercero una empresa en funcionamiento.

Obsérvese que en estos casos de fusión, escisión (cuando el contrato administrativo se integre en una parte escindida) y transmisión de rama de actividad, el contratista originario en el marco del contrato administrativo será sustituido por otra persona (la resultante de la fusión, el adquirente de la parte escindida o de la rama de actividad), de manera que materialmente se producirá un cambio en el elemento subjetivo del contrato administrativo. Ahora bien, la circunstancia de que dicho cambio subjetivo se produzca a través de la sucesión en bloque en los términos señalados, permite dar un tratamiento diferenciado a estas situaciones, evitando la aplicación de la regulación prevista para la cesión de los contratos. Y esto puede tener su importancia, como así ocurre, atendiendo al régimen aplicable en el ordenamiento jurídico español.

En efecto, la circunstancia de que no medie un negocio jurídico específico de cesión del contrato,

«La cesión constituye un negocio jurídico dirigido directa y específicamente a transmitir el contrato base (el contrato administrativo) a favor del cesionario»

sino que se opere a través de la referida sucesión en bloque, lleva consigo la aplicación del artículo 202.4 de la LCSP, en lugar de la regulación específica que sobre cesión de contratos se contiene en el artículo 209º del mismo texto legal. Un aspecto especialmente relevante desde esta perspectiva es que no resultarán exigibles en los casos de fusión, escisión y transmisión de rama de actividad los requisitos previstos para la cesión de contratos, entre ellos, haber ejecutado al menos el 20% del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que se haya efectuado una explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.

En este sentido, el artículo 202.4 de la LCSP señala que en los casos de fusión de empresas en los que participe la sociedad contratista, continuará el contrato vigente con la entidad absorbente o con la resultante de la fusión, que quedará subrogada en todos los derechos y obligaciones dimanantes del mismo. Es decir, el legislador no ha dejado margen alguno a la Administración para valorar si la sociedad absorbente o resultante de la fusión le ofrece suficientes garantías en lo que la ejecución del contrato se refiere. Así se desprende de la dicción literal del precepto, cuando señala que “continuará” (forma imperativa) el contrato administrativo. La razón de esta solución se encuentra quizá en la idea de que la entidad resultante de la fusión o la sociedad absorbente ofrecerán normalmente mayor garantía a la Administración contratante en lo que al cumplimiento del contrato se refiere, ya que unirá el potencial (y solvencia) de la sociedad contratista absorbida o fusionada a la absorbente o resultante de la fusión. Sin embargo, se olvida con ello que no necesariamente siempre la sociedad resultante de una fusión o la sociedad absorbente tienen que tener mayor solvencia que la sociedad contratista fusionada o absorbida (por ejemplo, cuando la sociedad que se fusiona con la contratista o la absorbente tenga un importante pasivo).

Por otro lado, en el mismo artículo 202.4 de la LCSP se señala que en los supuestos de escisión, aportación o transmisión de empresa o ramas de actividad de las mismas, continuará el contrato con la entidad resultante o beneficiaria, que quedará subrogada en los derechos y obligaciones dimanantes del mismo, siempre que tenga la solvencia exigida al acordarse la adjudicación. Como se observa, la LCSP (como ya hicieran sus antecesoras) dispensa a estos supuestos un tratamiento distinto al de la fusión, pues exige comprobar que quien va a adoptar la posición de contratista goza de la solvencia que se exigió al acordarse la adjudicación. La idea que subyace a este distinto tratamiento es que en esos casos el patrimonio se divide, lo que en principio podrá dar lugar a un debilitamiento en la solvencia.

En definitiva, a través de estas figuras (fusión, escisión o transmisión de empresa o rama de actividad)

la Administración va a encontrarse con un contratista distinto del originario. Aunque la situación pueda ser materialmente similar a la cesión del contrato, si se observa aisladamente cada contrato administrativo, sin embargo el tratamiento legal puede ser distinto (cesión y sucesión), como así ocurre en el ordenamiento jurídico español.

Por lo demás, la sucesión también puede producirse del lado de la Administración contratante. No me estoy refiriendo ahora a si es o no admisible que la Administración ceda su posición en un contrato específico, aspecto que abordo más adelante, sino que es jurídicamente admisible que la sucesión se produzca del lado de la Administración. Así ocurrirá, como por ejemplo, en los casos de fusión de municipios limítrofes a fin de constituir uno solo o bien la incorporación de uno o más municipios a otro u otros limítrofes. La entidad pública que sucede a la que adoptó la posición de contratante se subrogará en todos los derechos y obligaciones de ésta, pero no sólo en el contrato en cuestión, sino en todas las relaciones jurídicas que la entidad pública sustituida ostentara. Tampoco en estos casos cabría con rigor calificar a la entidad pública que sustituye a la extinguida como cesionaria, pues el fenómeno que provoca la referida sustitución en el contrato es de otra índole jurídica (no se trata sin más de un supuesto aislado de cesión en sentido estricto).

II.3. Transmisión de todo o parte de la participación de un miembro de la UTE

La situación a la que me refiero ahora es aquella en la que se formula una oferta conjunta por varias empresas en unión temporal de empresarios (UTE), de manera que, de resultar adjudicatarios, todos ellos conjuntamente (constituidos en UTE) resultarían obligados solidariamente a ejecutar el contrato. La UTE, en el sistema español, carece de personalidad jurídica, razón por la que sin perjuicio de que sea habitual identificar a la UTE como la contratista, con rigor son los miembros de la UTE conjuntamente los contratistas (bajo el referido principio de responsabilidad solidaria). En definitiva, cuando la legislación de contratos se refiere explícitamente a que la Administración puede contratar con UTEs, la realidad es que jurídicamente está contratando conjuntamente con todos los miembros de la UTE, afirmación que tiene su importancia desde la perspectiva que ahora interesa.

En efecto, admitido que el contrato administrativo existe desde la adjudicación y que en el caso de la UTE quienes contratan con la Administración son conjuntamente todos los empresarios que forman parte de la misma, cabría plantearse si podría retirarse uno de los miembros de la UTE o cambiar su porcentaje de participación y, si se admitiera, si procedería dar al supuesto el tratamiento previsto para la cesión de contratos.

Ante la inexistencia de una regulación específica sobre el particular (como acontece en el ordenamiento jurídico español), podrían darse distintas situaciones, todas ellas referidas a la fase de ejecución del contrato, esto es, tras su perfección mediante la adjudicación acordada por la Administración (dejo a un lado el tratamiento de la cuestión antes de la adjudicación, a cuyo efecto me remito a lo que expuse en otro lugar; "Las uniones temporales de empresarios en la contratación administrativa", Editorial Civitas, 2004).

Ante todo, debe observarse que la retirada de uno de los miembros de la UTE durante la fase de ejecución exigirá en todo caso la previa autorización de la Administración contratante. Si se parte del principio de responsabilidad solidaria que opera entre los miembros de la UTE, el abandono de la UTE por cualquiera de ellos perjudicaría a la Administración, al desaparecer uno de los responsables solidarios frente a ella.

Dicho esto, sin embargo cabría preguntarse -desde la perspectiva que ahora interesa- si la transmisión del porcentaje de participación de alguno de los miembros de la UTE (con o sin abandono mismo de la UTE) podría ser considerado como una cesión de contrato a la que deba aplicársele el régimen previsto a las cesiones de contratos. Y aunque sin duda la ausencia de una regulación específica podría dar lugar a interpretaciones divergentes, a mi juicio el tratamiento que debería dispensársele a la cuestión planteada debería ser el siguiente:

- Transmisión de porcentajes de participación entre miembros de la UTE siempre que no comporte un cambio de control. Este supuesto no debería concebirse como un supuesto de cesión de contrato. Es más, debería ser suficiente con la comunicación realizada a la Administración en relación con los cambios de participación operados, sin necesidad de previa autorización, ya que, en definitiva, la Administración mantendrá incólumes las ventajas derivadas del principio de responsabilidad de los miembros de la UTE, principio que opera con independencia del porcentaje de participación que cada uno de ellos tenga en el seno de la UTE.

Además, el sentido y finalidad que pueda tener la exigencia de concretar, en fase de adjudicación, el porcentaje de participación de cada uno de los miembros de la UTE, disminuirá en fase de ejecución del contrato.

Se trataría -*servata distantia*- de una situación asimilable a la transmisión de acciones a favor de otros accionistas en el seno de una sociedad constituida ad hoc en el marco de un contrato de concesión de obras públicas, y sin que dicha transmisión implique un cambio de control de la sociedad contratista.

Desde la perspectiva del interés público, la transmisión de un porcentaje de participación a favor del resto de los miembros de la UTE (siempre que el transmitente también mantenga su condición de miembro de la UTE, aunque con un porcentaje más reducido) será neutra, pues se insiste en que la Administración tendrá frente a sí a todos los miembros de la UTE que responden solidariamente con independencia de su porcentaje de participación en la UTE.

- Transmisión de todo el porcentaje de participación de uno de los miembros a favor de otros partícipes de la UTE, sin cambio de control. En este caso, hará falta la previa autorización de la Administración, pero no porque el supuesto deba ser considerado como una cesión de contrato, sino por el hecho de que, como ya se ha destacado, el abandono de uno de los miembros de la UTE perjudicará la posición de la Administración bajo el prisma del principio de responsabilidad solidaria; la Administración perderá la oportunidad de poder dirigirse contra el miembro que abandona la UTE.
- Transmisión de todo o parte del porcentaje de participación de uno de los miembros a favor del resto de los partícipes en la UTE con cambio de control. A mi juicio, haría falta la previa autorización de la Administración, pues este cambio de circunstancias impacta sobre las decisiones que puedan y deban adoptarse en el seno de la UTE.

Además, podría considerarse por la Administración como un supuesto de cesión de contrato, riesgo que no se disipa por la circunstancia de que la transmisión de la participación pueda producirse a favor de otras empresas que gozan ya de la condición de miembro de la UTE. Es más, en este caso con propiedad ni siquiera debería hablarse ya de cesión indirecta (como ocurriría con la transmisión de la mayoría del capital social de la sociedad concesionaria, en los términos antes señalados), sino de una cesión propiamente dicha, a la que, por tanto, habría que aplicar el régimen previsto para la cesión de contratos. No se olvide que la Administración contrata con los miembros de la UTE, no con ésta, que carece de personalidad jurídica. Esta postura llevaría consigo bajo el ordenamiento jurídico español, por ejemplo, que no pudieran admitirse transmisiones con cambio de control en la UTE hasta que se hubiera ejecutado al menos el 20% del importe del contrato o su explotación efectiva durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.

- Transmisión de un porcentaje de participación en la UTE a favor de un tercero. Aunque nuevamente la ausencia de una regulación específica crea incertidumbre jurídica pues permite sostener, con argumentos más o menos sólidos, posturas distintas, lo cierto es que, en mi opinión, la entrada de un tercero en el seno de la

UTE sin duda requerirá autorización previa de la Administración.

En efecto, como ya se ha destacado, al carecer de personalidad jurídica la UTE, la oferta lo es en realidad de todos los partícipes conjuntamente, de forma que la incorporación de un nuevo empresario equivaldría jurídicamente a la incorporación de un nuevo contratista (conjuntamente con los demás que conforman la UTE) frente a la Administración. Y sin duda ello no podría hacerse sin la conformidad previa de la Administración, es decir, de la otra parte en el contrato administrativo. Esta conclusión opera con independencia de que la entrada del tercero suponga la sustitución completa de uno de los que hasta entonces era miembro de la UTE o signifique simplemente su incorporación manteniendo como miembro de la UTE al transmisor de parte de su porcentaje de participación. Obviamente, en este último caso sería más fácil de obtener la autorización de la Administración, ya que, en definitiva, la incorporación del tercero a la UTE beneficiaría a la Administración, que tendría frente a sí, sometida al régimen de responsabilidad solidaria, a una empresa adicional respecto de las que conformaban en origen la UTE.

Más discutible es que, a su vez, en trance de otorgarse la autorización por parte de la Administración, deba o no aplicarse al supuesto el régimen previsto para las cesiones de contratos. En mi opinión, cuando la transmisión de la participación a favor de tercero implique un cambio de control la UTE, habría que darle al caso el tratamiento de la cesión de contrato.

La solución es mucho más discutible si la transmisión a favor de un tercero no supone un cambio de control en el seno de la UTE, a cuyo efecto podrían sostenerse las siguientes posturas:

a) Que la mera entrada de un tercero en la UTE implica que, aunque sea parcialmente, se ha cedido el contrato, ya que pasará a formar parte del mismo una persona (el tercero) que no había contratado con la Administración. Se insiste nuevamente que la UTE carece de personalidad jurídica, razón por la que el tercero pasará a ser contratista (junto con los demás miembros de la UTE) de la Administración. Ello exigiría el cumplimiento de los requisitos de la cesión del contrato, especialmente si en el ordenamiento jurídico del que se trate no se distingue entre cesiones parciales o totales de contratos. Cuestión distinta es que aún en este caso pueda ser recomendable modificar la regulación de la cesión de contratos con el fin de adaptarla también a esta situación, pues dicha regulación puede no estar concebida para dar respuesta a planteamientos como el ahora suscitado. Así ocurre en España con el artículo 209° de la LCSP.

b) Podría sostenerse la postura contraria, esto es, la de considerar no aplicable el régimen de la cesión de contratos cuando la entrada del tercero no im-

plica cambio de control en el seno de la UTE. Para ello podría argumentarse que, aunque es cierto que el tercero pasa a formar parte directa de la relación jurídica (contrato) que se mantiene con la Administración, lo cierto es que se trata de una situación peculiar, en la que si bien la UTE carece de personalidad jurídica, no deja de constituir un ente con una cierta subjetividad o semipersonalidad, que supone, entre otras consecuencias, que las decisiones se adopten en su seno conforme a las mayorías establecidas en los estatutos que regulan la UTE.

Partiendo de este planteamiento, podría argumentarse que la entrada del tercero, además de beneficiar a la Administración como consecuencia del referido principio de solidaridad, no altera el régimen de decisiones previsto en el seno de la UTE, de manera que la Administración no se vería directamente afectada por la entrada del tercero.

Y se insiste en que esta disquisición relativa a si se considera o no el supuesto como un caso de cesión de contrato es, especialmente, relevante en situaciones en las que, como acontece en el ordenamiento jurídico español, la cesión del contrato se somete a requisitos rígidos, como es el aludido cumplimiento previo de la ejecución del 20% del precio del contrato o la explotación de al menos una quinta parte del plazo de duración del mismo.

II.4. Cesión y subcontratación

La figura del subcontrato se distingue nítidamente de la cesión del contrato. En el subcontrato –frente a lo que acontece en la cesión– no se produce la sustitución jurídica del contratista, sino únicamente una sustitución material. Además, en el ordenamiento jurídico español se exige que dicha sustitución material sea sólo parcial, pues no se permite que el contratista subcontrate toda la ejecución del contrato. Así se desprende del artículo 210° de la LCSP cuando se refiere a que el contratista “podrá concertar con terceros la realización parcial de la prestación”.

Pero dejando a un lado el porcentaje de ejecución del contrato que puede subcontratarse, interesa destacar ahora que en la subcontratación no existe sustitución jurídica del contratista, porque éste sigue siendo el mismo sin solución de continuidad. La circunstancia de que el contratista subcontrate con terceros ni altera su posición frente a la Administración, pues sigue siendo el titular de los derechos y obligaciones del contrato administrativo adjudicado ni supone que como consecuencia de dicha subcontratación la Administración entable a partir de entonces una relación jurídica nueva con los subcontratistas.

Por tanto, el contratista, al subcontratar, no cede su posición en el contrato administrativo, a la vez que no se ve alterado ninguno de los elementos de dicho contrato administrativo, sino que lo único que

se produce, como se dice, es una mera sustitución material en la ejecución del contrato (en parte de la ejecución del contrato, según el ordenamiento jurídico español), en el sentido de que determinadas unidades serán materialmente ejecutadas por el subcontratista, sin perjuicio –se insiste– de la responsabilidad directa del contratista frente a la Administración, también por la forma y términos en los que se habrán ejecutado tales unidades por el subcontratista.

En todo caso, es obvio que con respecto a la subcontratación se disipan las dudas que en el ámbito de la cesión del contrato podrían producirse desde el prisma del respeto al principio de licitación pública, pues el subcontratista no suscribe negocio jurídico alguno con la Administración, de manera que no existe contrato alguno que adjudicar por la Administración.

III. LA CESIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

III.1. La cesión del contrato administrativo no constituye un supuesto de novación extintiva

Una relativamente reciente evolución ha permitido superar posiciones negadoras de la admisibilidad de la figura de la cesión del contrato, posiciones ancladas en la tradición romanista consistente en admitir únicamente la novación de los contratos en sentido más tradicional, es decir, con carácter extintivo. El recelo inicial en España en admitir esta figura (la cesión del contrato) se encontraba sustancialmente, entre otras razones, en la propia dicción del Código Civil, en el que, al menos como categoría general, no se recoge dicha figura. La interpretación flexible posterior de los artículos 1203^o y ss. del Código Civil y fundamentalmente el principio de la libertad de pactos recogido en su artículo 1255^o, ha permitido finalmente una aceptación generalizada en la doctrina científica (no sólo en la civilista) de esta figura.

Dejando a un lado regulaciones sectoriales (como la prevista en el propio ámbito de la contratación administrativa), el Tribunal Supremo español admite ya, sin recelos, la figura de la cesión de contratos como figura, y así lo demuestra, entre otras, las sentencias de 6 de abril de 1973, 25 de abril de 1975, 26 de noviembre de 1980, 23 de octubre de 1984, 20 de marzo de 1985, 26 de noviembre de 1986, 21 de

noviembre de 1991, 4 de febrero de 1993 y 4 de marzo de 1994. Y más recientemente, por ejemplo en su sentencia de 3 de noviembre de 2008, el Tribunal Supremo afirma –recordando, entre otras, su sentencia de 6 noviembre 2006– que “la cesión de contrato consiste en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido, de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del Código Civil, [...] 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 Derecho Administrativo, la admisibilidad de la cesión del contrato deriva, además, de la propia regulación legal existente, que la admite expresamente y establece al efecto determinadas previsiones de obligado cumplimiento. Actualmente en España, esta regulación se contiene en el artículo 209^o de la LCSP¹.

Debe observarse que en relación con los contratos administrativos, sostener que constituye un supuesto de novación extintiva la cesión a un tercero en la posición de contratista, supondría lisa y llanamente una quiebra del principio de licitación pública que impera en este ámbito.

En efecto, si se admitiera que cuando el contratista es sustituido en su posición contractual por un tercero, lo que se está produciendo es una extinción del contrato originario suscrito con la Administración para sustituirlo por otro (aunque sea de contenido coincidente) del que pasará a formar parte el tercero (en lugar del contratista originario), ¿acaso no habría que adjudicar este nuevo contrato a través de las vías legalmente procedentes, con respeto a la pública licitación? Obsérvese que no se trata ya -como acontece con la cesión de contratos en sentido estricto- de mantener el mismo contrato sin solución de continuidad, introduciendo únicamente la modificación consistente en sustituir a un contratista por otro, sino que la novación extintiva lleva consigo por esencia la extinción del contrato originario y el surgimiento de uno nuevo que

1 Señala el artículo 209^o de la LCSP lo siguiente:

“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 100 del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.
 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 correspondieran al cedente”.

sustituye al anterior. Si surgiera un nuevo contrato (consecuencia de la novación extintiva), la Administración habrá de adjudicarlo respetando principios como los de igualdad, transparencia y publicidad. No sería congruente con estos principios –en el caso de que se mantuviera que se trata de una novación extintiva- que el nuevo contrato sea adjudicado al cesionario directamente y por la sola voluntad del cedente (contratista originario) y la Administración, sin seguir éste procedimiento de licitación alguno.

Este problema se disipa si se admite, como a mi juicio es procedente, la figura de la cesión del contrato distinta de la novación extintiva, ya que se insiste en que en este caso 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.

III.2. ¿La cesión del contrato constituye un negocio jurídico bilateral o trilateral? Alcance de la autorización de la Administración

En toda cesión de contrato existen tres partes afectadas (que no quiere decir que tengan que ser consideradas necesariamente partes en el contrato de cesión): el cedido, el cedente y el cesionario. El cedido es la persona que forma parte del contrato desde su origen y que se mantiene con posterioridad a la cesión; el cedente es la parte contratante que va a verse sustituida en el contrato; y, finalmente, el cesionario es el tercero que, a partir de la cesión, pasa a formar parte del contrato en lugar del cedente. En el contrato administrativo, la posición de cedido la adoptará normalmente la Administración, lo cual no obsta para que, como se verá, pueda ser ella misma la cedente del contrato.

Pues bien, si es indudable –y nadie lo discute- que van a existir tres partes implicadas o afectadas, lo que no está tan claro –y se plasma en la discusión doctrinal existente al respecto- es el alcance de la posición jurídica que adoptan las tres partes afectadas por el contrato mismo de cesión. Concretamente, la discusión estriba en determinar si el contrato de cesión (cuyo objeto –se insiste- es el contrato base, esto es, el contrato administrativo) es bilateral o trilateral.

Se cuestiona de esta manera si para que el contrato de cesión se perfeccione (nazca al mundo jurídico) basta con que preste el consentimiento el cedente (contratista originario) y el cesionario (el tercero que va a pasar a ocupar la posición del contratista) o si también es imprescindible, para alcanzar dicha perfección del contrato de cesión, que preste su consentimiento el cedido (la Administración contratante).

Podría intentar darse una rápida respuesta a esta cuestión afirmando que es indudable que la Administración contratante, en su condición de cedido,

«Es jurídicamente admisible que la sucesión se produzca del lado de la Administración»

debe prestar su consentimiento, toda vez que no es viable jurídicamente sustituir sin su aquiescencia a la persona que con ella ha contratado (contratista originario). Sin embargo, aun siendo esto cierto –y a ello responde que esté legalmente previsto que la Administración deba autorizar expresa y previamente la cesión del contrato-, la cuestión no queda resuelta, ya que el problema se traslada a dilucidar cuál es el alcance y naturaleza de dicha autorización a otorgar por la Administración; ¿opera ésta como una *conditio iuris* para que despliegue sus efectos el contrato de cesión suscrito (y perfeccionado) entre el cedente y el cesionario?; ¿o más bien dicha autorización, como manifestación del consentimiento de la Administración, es un requisito de perfección (no simplemente de eficacia) del referido contrato de cesión?

Que es imprescindible el consentimiento de la Administración (que se manifiesta a través de la autorización) es –se insiste- incuestionable, si bien, como ha quedado expuesto, se plantea si dicho consentimiento se coloca en una posición jurídica equiparable al consentimiento que deben prestar en el contrato de cesión tanto cedente como el cesionario o si, por el contrario, constituye un elemento externo a dicho contrato de cesión; y aun en este último caso, se plantea si debe configurarse como un requisito de perfección (aunque no colocado en el mismo plano que el consentimiento que prestan el cedente y el cesionario en el contrato de cesión) o de eficacia de un contrato ya perfeccionado.

Examinado el problema por referencia a la cesión en general (no sólo en el ámbito de los contratos administrativos), sería posible esgrimir argumentos convincentes en favor de una y otra tesis (consentimiento del cedido como requisito de eficacia o de perfección del contrato de cesión). Es más, la solución no tiene por qué ser en todos los casos de cesión la misma, pues es posible admitir que teniendo presentes, por ejemplo, las modulaciones introducidas por la legislación sectorial de que se trate o de las propias peculiaridades del ámbito material que pueda verse afectado por la cesión, pueda concebirse de distinta manera el contrato de cesión.

Circunscribiendo la cuestión al contrato administrativo, a mi juicio hay que partir de la siguiente premisa: las propias peculiaridades del contrato administrativo, como instrumento convencional dirigido a satisfacer el interés público, exige el mayor rigor en la forma de entender la intervención de la Administración en los casos de cesión. Y es obvio que dicho mayor rigor se alcanza, por lo que ahora interesa, concibiendo la autorización previa a la

cesión que debe prestar la Administración como un requisito de perfección del contrato de cesión mismo, y no simplemente como un requisito de eficacia de un contrato (el de cesión) ya perfeccionado.

Apoya esta conclusión, además, el hecho de que difícilmente podría sostenerse que el contrato de cesión se ha perfeccionado si no media la previa autorización de la Administración. En tal caso (ausencia de la preceptiva autorización), no existirá con rigor contrato de cesión alguno, pues el contrato base (el contrato administrativo), en su configuración originaria (por tanto, incluyendo como parte contratante al pretendido cedente) subsistirá inalterado, de manera que la Administración no reconocerá la existencia del contrato de cesión mismo. Para ella, el contrato administrativo permanecerá inalterado.

Esta argumentación, que no oculto que fácilmente podría extenderse a otros ámbitos, pretende salir al paso de lo que constituye una visión errática relativamente extendida. En efecto, afirmar que el contrato de cesión no se ha perfeccionado (y, por tanto, no ha llegado a formarse) si falta la autorización de la Administración, no es incompatible con el hecho de que los pactos efectivamente suscritos -sin mediar la autorización- entre los supuestos cedente y cesionario (que en realidad materialmente no son tales) puedan desplegar determinados efectos (por ejemplo, indemnizatorios); pero lo que no cabe es concebir tales pactos como constitutivos de un verdadero contrato de cesión. Gráficamente podría decirse que, si falta la autorización de la Administración, tales pactos serán otra cosa, pero no un contrato de cesión.

Excluida la configuración de la autorización de la Administración como un mero requisito de eficacia, aún queda por examinar si realmente el contrato de cesión tiene carácter trilateral, es decir, si constituye un negocio jurídico celebrado entre las tres partes implicadas (cedente, cesionario y cedido). Tal calificación (negocio jurídico trilateral) se contiene en algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo español, sirviendo de ejemplo la sentencia de 3 de noviembre de 2008 (de la Sala de lo Civil).

Sin perjuicio de la crítica que con carácter general pueda merecer dicha calificación como negocio jurídico trilateral (y el alcance con el que se utiliza) incluso en el ámbito de civil, lo cierto es que a mi juicio, al menos en el ámbito de la contratación administrativa, no estamos con rigor ante un negocio trilateral. Es cierto que es imprescindible el consentimiento del cedente y del cesionario, así como el consentimiento de la Administración (cedido). Pero el consentimiento de ésta -que se manifiesta a través de la autorización- no cabe colocarlo en el mismo plano que el prestado por cedente y cesionario. El contrato de cesión se negocia y suscribe exclusivamente entre éstos, que pactarán lo que crean

conveniente (precio, compensaciones, etc.), pactos en los que no tiene una participación activa la Administración, a la que únicamente le compete aceptar o no la cesión que se le propone (en definitiva, la sustitución sin más del contratista).

De hecho, el contrato de cesión es suscrito sólo entre el cedente y el cesionario, como expresamente se dispone en el apartado d) del artículo 209.2. de la LCSP, en cuanto señala que la cesión se formalizará entre el adjudicatario y el cesionario en escritura pública.

En definitiva, la autorización se configura así como un requisito de perfección del contrato de cesión, contrato que, sin embargo, tiene naturaleza bilateral, pues se celebra -con la concurrencia del referido requisito (la autorización)- exclusivamente entre el cedente y el cesionario. Nada impide jurídicamente que un elemento externo al contrato (en este caso, la autorización de la Administración) se erija en requisito constitutivo de éste (y no simplemente de eficacia).

III.3. La Administración contratante puede ceder el contrato administrativo

Como ya se ha destacado, en el ordenamiento jurídico español es el artículo 209º de la LCSP el que establece los requisitos necesarios para que pueda producirse la cesión de un contrato administrativo. Lo primero que llama la atención es el hecho de que este precepto legal está redactado sobre la idea de que va a ser el contratista quien pretenda ceder el contrato administrativo, y no la Administración.

Esta conclusión se obtiene de una simple lectura del precepto (antes transcrito a pie de página), en el que expresamente se establecen los requisitos precisos para que "los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros". La pregunta que cabría formularse ahora es si, a pesar de dicha regulación legal, es viable que la Administración contratante ceda el contrato administrativo del que es parte a favor de otra persona; de esta manera, la Administración adoptaría en tal caso la posición de cedente, el tercero que pasa a formar parte del contrato sería el cesionario y el contratista originario -que se mantiene inalterado- adoptaría la posición de cedido.

Pues bien, en principio no existiría inconveniente jurídico en admitirlo. Es cierto que no es usual que esto ocurra, tal y como lo demuestra la propia regulación legal sobre la materia, que, como se ha destacado, ni siquiera se plantea la cuestión. Además, podría aducirse también a favor del carácter extraño del supuesto planteado el hecho de que la Administración contratante será la que represente el interés público que permite finalmente la calificación del contrato como de naturaleza administrativa.

Sin embargo, tras resaltar suficientemente lo excepcional del caso, no puede por menos que afirmarse

que en la práctica podría efectivamente plantearse la cuestión. Piénsese, por ejemplo, en un contrato de obras adjudicado por una Administración municipal a favor de una empresa contratista para la construcción de un edificio que va a albergar oficinas administrativas municipales; posteriormente, se observa que son innecesarias tales dependencias, si bien la Administración regional correspondiente muestra su interés por dicha edificación en construcción también para destinarlo a oficinas administrativas. En esos términos cabría preguntarse si la Administración municipal a la que ya no interesa el edificio tiene necesariamente que desistir y, con ello, extinguir el contrato, indemnizando al contratista o si, por el contrario, es admisible que ceda el contrato a favor de la Administración regional (en ambos casos se mantendrá el interés público –aunque pase del ámbito municipal al regional–, lo que permitirá el mantenimiento de su calificación como administrativo), siempre, obviamente, con la aquiescencia del contratista.

A mi juicio, no sería razonable negar esta posibilidad, que incluso podría encontrar apoyo –siempre que el interés público objetivamente así lo justificara– en el propio principio de libertad de pactos, que en el ordenamiento jurídico español se recoge en el artículo 25º de la LCSP.

Es más, en la práctica en España nos estamos encontrando con situaciones aún más complejas. En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 19º de la LCSP, para que exista un “contrato administrativo” como tal, será preciso que la parte contratante sea una “Administración Pública”, tal cual se define en el artículo 3.2º del mismo texto legal, expresión en la que no tienen cabida las sociedades mercantiles participadas mayoritariamente por una Administración Pública. O dicho de otra manera, tales sociedades mercantiles no son “Administración Pública” a efectos de contratación. Pues bien, en ocasiones las Administraciones Públicas que han suscrito un contrato administrativo lo ceden a sociedades mercantiles de ellas dependientes respecto de las que tienen el 100% de su capital social, lo que genera el problema añadido del modo en el que habrá que calificar el contrato a partir de la cesión; ¿seguirá siendo un contrato administrativo?; ¿sería ello admisible cuando la LCSP establece taxativamente que el “contrato administrativo” se celebra por una “Administración Pública” en el sentido de la LCSP, siendo así que no goza de tal condición la sociedad mercantil aun cuando esté participada en el 100% de su capital social por una Administración Pública? En este contexto, la cesión del contrato por parte de la Administración llevará consigo la transformación o mutación de su naturaleza jurídica, que pasará a concebirse a partir de entonces como un contrato privado. Y esto no se queda en una mera cuestión semántica, pues sin duda sería difícilmente defendible que, mutado en contrato privado el que hasta la cesión era un contrato administrativo,

puedan mantenerse prerrogativas clásicas de los contratos administrativos, tales como las prerrogativas de interpretación, modificación o resolución previstas en el artículo 194º de la LCSP.

III.4. Requisitos para que sea operativa la cesión del contrato administrativo

Me refiero a continuación específicamente a los requisitos exigidos en España en el artículo 209º de la LCSP.

A. Debe mediar autorización de la Administración contratante

En el apartado a) del artículo 209.2 de la LCSP se dispone que el órgano de contratación debe autorizar de forma previa y expresa la cesión. Me remito a lo ya expuesto en cuanto a la consideración de este requisito como un elemento de perfección del contrato de cesión mismo. En todo caso, conviene añadir los siguientes aspectos:

- La autorización debe ser expresa. Con ello, el legislador ha querido adoptar las mayores cautelas para disipar cualquier duda acerca de la efectiva existencia del consentimiento por parte de la Administración. A pesar de ello, a mi juicio no es impensable la posibilidad de que se module tal exigencia a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. De esta manera, por ejemplo, cabría admitir autorizaciones implícitas o tácitas, por ejemplo, si la Administración emplaza al cesionario para que continúe las obras o expide las certificaciones a su favor tras haberse formalizado la cesión, a pesar de no haber mediado autorización expresa de la cesión.
- La autorización debe otorgarse con carácter previo a la cesión. Cabría suscitar en este aspecto qué ocurre cuando, sin otorgarse dicha autorización, el contratista y el tercero suscriben un contrato que denominan de cesión o, incluso, cuáles son las consecuencias jurídicas de la autorización otorgada con posterioridad (es decir, no con carácter previo a la cesión). Dos son, pues, las cuestiones planteadas:
 1. En cuanto la primera de ellas (ausencia de la perceptiva autorización de la Administración contratante), como he destacado –y a ello me remito– el contrato denominado de cesión suscrito entre el contratista y el tercero no será en realidad tal, sin perjuicio de los efectos que “inter privatos” puedan producir los pactos por ellos suscritos, pero sin que en modo alguno puedan incidir sobre el contrato administrativo ajeno a tales pactos.
 2. Si la Administración otorga la autorización con posterioridad al contrato de cesión suscrito entre el contratista y el tercero, a mi juicio obedecería a una visión extremada-

mente formalista la que pretendiera rechazar la posibilidad de que la autorización así prestada pueda desplegar sus efectos, simplemente con apoyo en la dicción literal del apartado a) del artículo 209.2 de la LCSP, en cuanto exige que la autorización se otorgue con carácter previo. En realidad, el contrato de cesión suscrito entre el contratista y el tercero (sin que se haya otorgado previamente la autorización administrativa) no habrá llegado a perfeccionarse como tal contrato de cesión. Si posteriormente en el tiempo la Administración autoriza la cesión, no existen razones jurídicas sólidas para negar que a partir de dicho instante el supuesto contrato de cesión se habrá efectivamente perfeccionado. Sólo a partir de dicho instante existirá ya un contrato de cesión, de manera que la autorización así otorgada propiamente no habrá sanado un defecto anterior, sino que simplemente se cumplirá uno de los requisitos imprescindibles para que el contrato de cesión nazca al mundo jurídico.

- ¿Constituye una actividad reglada o discrecional de la Administración? Como fácilmente se comprenderá, se trata de una cuestión fundamental que incide en la propia esencia de la figura de la cesión. A mi juicio, en estos casos (o al menos en algunos de ellos) la Administración realizará una labor que va más allá de lo que es pura y simplemente una mera labor de comprobación. No se trata de que simplemente se compruebe (sin margen de valoración alguno, por tanto) si el cesionario tiene capacidad, si ostenta la solvencia requerida y, finalmente, si no está incurso en prohibición alguna para contratar. No cabe perder de vista -especialmente en los contratos de larga duración- la confianza que debe infundir en la Administración quien pretenda convertirse en contratista *por mor* de la cesión, confianza que no deriva simplemente del cumplimiento nominal de los citados requisitos de capacidad, clasificación e inexistencia de supuestos de prohibición para contratar.

Sería dar la espalda a la realidad, especialmente cuando la forma de adjudicación hubiera sido el concurso (es decir, hubiera tomado en consideración varios criterios de adjudicación) o incluso el procedimiento negociado, negar que la Administración, al valorar las ofertas, tomó también en consideración la referida confianza en que el adjudicatario, por su solvencia moral y seriedad en el cumplimiento de sus compromisos, iba a hacer frente, en los términos acordados, al contrato finalmente suscrito. Por tanto, a mi juicio, la Administración, en trace de otorgar o no la autorización que se le solicita para ceder el contrato, no se limita a realizar una mera actuación de comprobación (potestad reglada), sino que tiene un margen de valoración para acceder o no a lo que se le solicita.

B. Es preciso haber ejecutado un determinado porcentaje del contrato

El apartado b) del artículo 209.2 de la LCSP exige que el cedente haya ejecutado al menos un 20% del importe del contrato, o cuando se trate de gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del tiempo de duración del contrato. Con ello se pretende que esta figura jurídica (la cesión del contrato), a la vez que permita la necesaria movilidad acorde con el tráfico moderno, no se desnaturalice mediante su utilización desviada, no ya en casos en los que de manera sobrevenida hayan surgido determinadas circunstancias que aconsejen la cesión del contrato, sino que responda a una estrategia preconcebida. Diversas consideraciones convienen formular acerca del alcance de este requisito:

B.1. Se exige determinado porcentaje

Señala el apartado b) del artículo 209.2. de la LCSP que, para poder ceder el contrato, el cedente deberá tener ejecutado "al menos un 20 por 100 del importe del contrato". Por tal ("importe del contrato") debe entenderse el presupuesto de adjudicación (aplicada, por tanto, la baja correspondiente ofertada en su día por el licitador). Si hubieran existido modificados, el "importe del contrato" (que es único) estaría conformado por la suma del presupuesto de adjudicación más los presupuestos de los modificados (una vez aplicadas las correspondientes bajas) que en su caso se hubieran producido.

Si se tratara de la gestión de un servicio público, el cedente habrá tenido que realizar la explotación al menos durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato, entendiéndose por tal el que expresamente se hubiera dispuesto al efecto, incluidas las prórrogas si hubieran existido.

B.2. El requisito que se examina es exigible en sucesivas cesiones.

Los anteriores porcentajes de orden cuantitativo y temporal no se agotan en una sola vez, sino que son exigibles para cada cesión del mismo contrato administrativo. Dos razones sustanciales cabe esgrimir en apoyo de esta postura:

- En primer lugar, que es congruente con la propia *ratio* del requisito que se examina. No se trata de que una vez cumplido el referido porcentaje, el contrato administrativo se convierta automáticamente en cedible sin límite, pues ello podría

«La autorización se configura así como un requisito de perfección del contrato de cesión»

provocar cambios reiterados e inconvenientes en la posición subjetiva del contratista.

- En segundo término, atendiendo a la literalidad del apartado b) del artículo 209.2.º de la LCSP, se obtiene la misma conclusión. Este precepto legal se refiere al requisito de orden cuantitativo o temporal, según el tipo de contrato, que debe necesariamente cumplir el “cedente”. Y obsérvese que no se refiere exclusivamente al primer cedente (el contratista originario), sino que el requisito previsto es el referible a cualquier cedente, aunque se trate de la segunda o de posteriores cesiones.

Por lo demás, en la segunda y sucesivas cesiones la base sobre la que opera el 20% (en el caso de que no se trate de la gestión de servicio público) es también “el importe del contrato” (entendido como presupuesto de adjudicación más los presupuestos de los modificados si hubieran, tras aplicar las bajas correspondientes), y no sobre el importe del contrato pendiente de ejecutar. A similar conclusión se llega en el caso de que se trate de un contrato de gestión de servicio público.

Por tanto, el que fue cesionario (actual contratista) que quiere ceder el contrato a un tercero, deberá haber ejecutado el 20% del importe contratado o explotado el servicio público durante una quinta parte del plazo de duración, sin que pueda aprovecharse o sumar lo ejecutado por el anterior contratista. Esta es la solución lógica si se atiende al hecho de que el legislador ha optado, a mi juicio, por una posición intermedia: admite que el contrato administrativo esté en el tráfico jurídico (es susceptible de ser cedido), pero con limitaciones en el número de cesiones posibles.

C. La cesión debe formalizarse en escritura pública

Otro requisito consiste en que el contrato de cesión se formalice, entre el cedente y el cesionario, en escritura pública. Es fácil apreciar que esa exigencia responde a la idea de alcanzar la mayor garantía y certidumbre posibles.

Frente a lo que ocurre en relación a los contratos administrativos en general (artículo 140º de la LCSP), en este caso no existe la alternativa entre formalizar en documento administrativo o en escritura pública, por la razón de que el contrato de cesión no es un contrato administrativo, sino que se trata de un negocio jurídico de carácter privado suscrito entre el cedente y el cesionario. La circunstancia de que la autorización previa que debe otorgar la Administración se haya configurado como un requisito de perfección en los términos ya expuestos, no enerva tal conclusión. De ahí que la Administración no deba suscribir la escritura pública de cesión, en la que sólo participan el cedente y el cesionario.

Por otra parte, cabría preguntarse si la forma exigida en este apartado d) del artículo 209.2 de la LCSP se configura como una forma *ad solemnitatem* (o *ad substantiam*) o *ad probationem*, con los diferentes efectos jurídicos que en uno y otro caso se producen. Es decir, si el otorgamiento en escritura pública es o no un requisito de perfección más del contrato de cesión. En su dictamen 805/1996, de 11 de julio de 1996, mantuvo precisamente el Consejo de Estado que la formalización en escritura pública es un requisito de naturaleza *ad substantiam*, “...que conforme prescribe la legislación reguladora de la contratación pública, constituye una condición esencial para que la cesión autorizada pueda operar válidamente”. Se trataba de un asunto en el que, a pesar de mediar la pendiente autorización administrativa, no se había formalizado en escritura pública la cesión, razón por la que el Consejo de Estado la consideró inexistente, y mantuvo la procedencia de resolver el contrato administrativo como consecuencia de la quiebra del contratista originario.

D. Requisitos referibles a las condiciones personales del cesionario

He señalado ya que para la Administración no es indiferente la persona que con ella contrata, menos aún en el caso de la cesión del contrato, en que la Administración no participa en la elección del cesionario, sino que éste pretende irrumpir en el contrato administrativo como consecuencia de la negociación que haya podido tener con el cedente, adjudicatario del contrato administrativo de cuya cesión se trata.

Así las cosas, es lógico que el legislador se haya preocupado de introducir determinadas cautelas relativas a las condiciones que deberá cumplir el cesionario para poder ocupar la posición del contratista originario. Atendiendo a lo que dispone el artículo 209º de la LCSP, cabe señalar lo siguiente:

- No cabe la cesión si las prestaciones pactadas tienen carácter personalísimo.

El artículo 209.1 sólo permite la cesión a favor de un tercero cuando “las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato”. Las cualidades técnicas o personales del licitador se toman siempre en consideración, con una mayor o menor trascendencia, en la adjudicación de los contratos administrativos. Lo que exige el artículo 209.1 -y es lo que permite calificar las prestaciones objeto del contrato como de carácter personalísimo- es que tales cualidades hayan sido “razón determinante” de la adjudicación, no simplemente que se hayan tomado en consideración.

- El cesionario debe reunir los requisitos relativos a capacidad, solvencia y ausencia de prohibición para contratar.

El apartado c) del artículo 209.2 señala que el cesionario deberá tener “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”. Y no basta simplemente con que el cesionario afirme que reúne estos requisitos, sino que tendrá que acreditar su cumplimiento en los términos previstos en la regulación aplicable. Constituye ésta otra cautela razonable para evitar la paradoja de que el cesionario, que no pudo licitar por no cumplir dichos requisitos, posteriormente, a través de la cesión del contrato, efectivamente consiga un efecto práctico similar.

III.5. Relaciones entre las distintas partes afectadas por la cesión de un contrato administrativo

Como ya se ha destacado, tres son las partes afectadas en toda cesión de contrato: la Administración contratante (cedido), el contratista originario (cedente) y el tercero que pasa a ocupar la posición de éste (cesionario). Como consecuencia de la cesión del contrato, se producen entre ellos relaciones jurídicas diversas y de distinta naturaleza.

Entre el cedente y el cesionario se suscribe un contrato de cesión, cuyo objeto es el contrato base (el contrato administrativo). Ese contrato de cesión suscrito entre cedente y cesionario puede ser observado desde una doble perspectiva:

- En primer lugar, se trata de un contrato de naturaleza privada; el conjunto de pactos que conformen el contrato mismo de cesión tienen un alcance limitado a las partes contratantes, de tal manera que, sin perjuicio de lo que a continuación se expone, los concretos términos en los que se haya negociado y finalmente suscrito dicho contrato son estrictamente ajenos a la Administración y, por tanto, al contrato base, sobre el que no podrá incidir más allá del efecto natural de la cesión misma. La Administración contratante no es parte del contrato de cesión, lo que no es incompatible -en los términos ya expuestos- con la importancia (al calificarlo como requisito de perfección) de su preceptiva autorización de la cesión.
- En segundo término, el contrato de cesión considerado en abstracto (es decir, con independencia de los pactos concretos a los que hubiesen llegado el cedente y el cesionario), unido a la preceptiva autorización de la Administración, repercute sobre el contrato base (el contrato administrativo) exclusivamente en lo que a la sustitución del contratista originario se refiere. La cesión debe ser pura (no cabe condicionarla), comenzando a surtir efectos -concurriendo la preceptiva autorización de la Administración- a partir del instante

en que se suscribe la oportuna escritura pública (y se comunica a la Administración).

En cuanto a las relaciones entre el cedido (la Administración contratante) y el cedente (el contratista originario), tales relaciones cesan en el momento en el que se produce la cesión, instante a partir del cual la Administración no podrá reclamar nada del contratista originario ni viceversa.

La sustitución del cedente por el cesionario se produce en bloque, es decir, en relación con el conjunto de derechos y obligaciones dimanantes del contrato, incluso respecto a hechos producidos antes de la cesión y cuyos efectos nacen o se prolongan tras la cesión del contrato. En realidad es como si nada hubiera ocurrido, de tal manera que el contrato base (el contrato administrativo) mantiene inalterada su existencia jurídica con la sola sustitución de la persona concreta del contratista, cuyos derechos y obligaciones en modo alguno se verán alterados como consecuencia de tal cambio, ni hacia el pasado ni hacia el futuro.

III.6. Repercusiones recíprocas entre el contrato base (el contrato administrativo) y el contrato de cesión

La existencia de dos contratos (el contrato base y el contrato de cesión) puede producir lógicas repercusiones entre ambos cuando, por ejemplo, se declara la invalidez de uno de ellos. Se trata de dos contratos que, a distinto nivel y con diverso objeto, se encuentran de alguna manera entrelazados.

En efecto, la declaración de invalidez del contrato base (del contrato administrativo), por tanto, con efectos *ex tunc*, provocará inmediatamente que el contrato de cesión suscrito carezca en realidad de objeto, aunque aparentemente cuando se suscribió existiera dicho objeto, por la propia apariencia de validez del contrato base entonces todavía no declarado inválido. Y en tal caso, faltaría uno de los requisitos necesarios para entender existente el contrato de cesión, como es que tenga un objeto cierto.

Es posible también plantear la cuestión desde la óptica de la declaración de invalidez del contrato de cesión (no del contrato base), supuesto en el que extinguido el contrato de cesión con efectos retroactivos (consecuencia de su declaración de invalidez), habrá de entenderse vigente la situación anterior y, por tanto, habrá de considerarse contratista a quien lo era antes de la cesión, además sin solución de continuidad dado que el contrato de cesión no habrá llegado a existir, lógica consecuencia del efecto *ex tunc* de la declaración de invalidez del contrato de cesión (ello sin perjuicio de las modulaciones que en cada caso puedan hacerse en función de las circunstancias, pues la retroactividad que acompaña a la declaración de invalidez, no siempre es realizable materialmente hasta sus últimas consecuencias). 