



## Informe 8/2012, de 27 de novembro de 2012, sobre cesión dun contrato de servizos e interpretación do artigo 209.1 da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público (226.1 do TRLCSP)

### ANTECEDENTES

Polo Concello de Malpica de Bergantiños dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

#### CONSULTA DIRIXIDA Á XUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA

Esta consulta vén motivada polas dúbidas que xera a aplicación do artigo 209.1 da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público, en relación ao contrato de servizos para a redacción do Plan Xeral de Ordenación Municipal do Concello.

Así, o artigo 209.1 da lei di que *"os dereitos e obrigacións dimanantes do contrato poderán ser cedidos polo adxudicatario a un terceiro sempre e cando as cualidades técnicas e persoais do cedente non tiveran sido a razón determinante da adxudicación do contrato"*.

Nótese en primeiro lugar que a pesar das modificacións operadas no citado artigo (hoxe artigo 226 do RD Lexislativo 3/2011 de 14 de novembro) as mesmas non resultan aplicables atendendo á data de formalización do contrato obxecto de consulta ( 8 de xuño de 2009).

Sentado o anterior, compre indicar que a cesión de contratos constitúe un negocio xurídico realizado sobre os mesmos que trae como consecuencia unha novación modificativa subxectiva non extintiva do contrato, en cuanto que este continúa despregando os seus efectos si ben con substitución dunha das persoas contratantes.

**Dada a incidencia que este tipo de operación ten sobre as regras de selección de contratistas, a LCSP (artigo 209), como viñan facendo as normas precedentes, articula unha serie de cautelas dirixidas a salvagardar a idoneidade do cesionario. Así, se esixe, en primeiro lugar, que a razón determinante da adxudicación do contrato ao cedente non tiveran sido as súas cualidades técnicas ou persoais.** Cumprida esta premisa, é necesario ademais que se teña executado, alomenos o 20 por cento do importe do contrato e que o cesionario teña capacidade para contratar coa Administración e a solvencia que resulte esixible, debendo estar debidamente clasificado si tal requisito foi esixido ao cedente, e non estar incurso nunha causa de prohibición de contratar.

Pois ben, o control dos requisitos enunciados se leva a cabo a través da preceptiva autorización previa e expresa do órgano de contratación. Como ten sinalado o Consello de Estado (Dictame 36898/1970, de 9 de xullo) *"dicha autorización debe entenderse no como un nuevo otorgamiento discrecional, sino como un mero control de la regularidad de la transmisión"* do cal se infire un certo carácter regrado no outorgamento da autorización, sen perxuízo do matiz discrecional que implica a valoración das cualidades técnicas e persoais do cedente como determinantes ou non da adxudicación do contrato.

A este respecto, no prego de cláusulas administrativas regulador do contrato, fixébanse como criterios de adxudicación os seguintes:

#### **" 10. CRITERIOS DE ADXUDICACIÓN E COMITÉ DE EXPERTOS INDEPENDENTES.**

##### **A) CRITERIOS DE ADXUDICACIÓN.**

*Para a valoración das proposicións e a determinación da oferta economicamente máis vantaxosa atenderase a varios criterios de adxudicación que se puntuarán por orde decrecente. Os criterios de adxudicación do concurso serán os seguintes:*

*1º) MEMORIA METODOLÓXICA DA REALIZACIÓN DOS TRABALLOS.*

*2º) CAPACIDADE DE ADICACIÓN*



### 3º) PREZO DE ADXUDICACIÓN

En caso de empate entre dous ou máis licitadores, terá preferencia o que teña unha maior puntuación no primeiro criterio de adxudicación. De persistir o empate prevalecerá o contratista que obtivera maior puntuación no segundo dos criterios. De continuar o empate será o terceiro dos criterios o que determine a orde dos contratistas empatados, e se aínda continúa o empate, procederase a determinar a orde dos licitadores empatados mediante sorteo público.

1º) MEMORIA METODOLÓXICA DA REALIZACIÓN DOS TRABALLOS. Será valorada ata un máximo de 50 puntos.

O licitador presentará unha memoria da realización dos traballos na que desenvolverá pormenorizadamente o modo e medios nos que prestaría o servizo de resultar adxudicatario. Neste criterio de adxudicación valorarase:

- Especialmente a metodoloxía de traballo proposta en función da adecuación da mesma á idónea realización do Plan Xeral de ordenación municipal de Malpica de Bergantiños, tendo en conta o axeitamento dos métodos de información e diagnose territorial e da situación urbanística do Concello.
- A proposta metodolóxica con respecto á información ao público e á asistencia técnica ao Concello de cara ás súas relación cos cidadáns, para ter unha comunicación permanente co Concello e a innovación da proposta do equipo redactor respecto de medios e técnicas a utilizar na exposición pública e a participación cidadá durante o proceso de tramitación.
- A claridade do plan de traballo e o seu cronograma.
- Estudio de alternativas de ordenación e a achega innovadora na elaboración de estratexias.
- Emprego de sistemas interactivos avanzados, ferramentas GIS, bases de datos, etc, que permitan o posterior manexo interactivo do PXOM para a xestión na oficina técnica municipal
- Realización de documentos informáticos interactivos durante a tramitación do PXOM ou logo de aprobar : CD interactivos, integración en páxinas Web en formatos facilmente navegables, etc.
- No caso de que se prevea a colaboración doutros profesionais ou empresas especializadas, acompañarase unha relación indicando nome, título, especialidade e experiencia. Será preciso presentar un compromiso escrito da colaboración dos interesados e unha relación expresa das partes do traballo na que colaborarán.

### 2º) CAPACIDADE DE ADICACIÓN.

A puntuación máxima por este apartado será de 30 puntos.

Valorarase a capacidade de dedicación ao traballo obxecto deste concurso, tendo en conta a dispoñibilidade para o traballo dos membros do equipo proposto, tendo presente a posible existencia doutros traballos simultáneos. Presentarase por parte das empresa licitadora unha relación de proxectos análogos nos que estea a participar cada un dos membros no prazo previsto de duración deste contrato.

### 3º - PREZO DE ADXUDICACIÓN.

A puntuación máxima por este apartado será de 30 puntos.

Para a determinación da puntuación de cada unha das ofertas presentadas aplicarase un criterio de proporcionalidade respecto da oferta máis reducida á que se lle atribuirá a puntuación máxima, calculando o valor das demais de acordo coa seguinte fórmula: Puntuación:  $(20 * \text{Oferta mínima} / \text{oferta de licitador})$ .

## B) COMITÉ DE EXPERTOS INDEPENDENTES.

Segundo o previsto no artigo 134 da Lei 30/2007 de 30 de outubro, o órgano de contratación designará un comité que conste dun mínimo de tres membros, formado por expertos non integrados no órgano propoñente do contrato e con cualificación apropiada o que lle corresponderá a avaliación dos criterios de adxudicación seguintes:

1º) MEMORIA METODOLÓXICA DA REALIZACIÓN DOS TRABALLOS.

2º) CAPACIDADE DE ADICACIÓN"

A este respecto en data de 22/02/2012 ( R.S. n° 559) se solicita polo Concello informe ao servizo de asistencia técnica a municipios da Deputación Provincial da Coruña, onde se indicaba que " A vista dos criterios de adxudicación tidos en conta no seu día no prego de cláusulas administrativas regulador do contrato, e á vista do informe do comité de expertos constituído para a valoración das propostas admitidas na licitación do contrato, e



considerando que D. F.F.C, Arquitecto-Xefe do Servizo de Asistencia Técnica a Municipios da Deputación Provincial da Coruña foi parte integrante do Comité de Expertos constituído no seu día para a valoración das propostas admitidas na licitación do contrato que tiña por obxecto a redacción do Plan Xeral de Ordenación Municipal do Concello de Malpica de Bergantiños (A Coruña), pola presente SE SOLICITA aclaración, á vista do informe emitido polo Comité de Expertos anteriormente referenciado, que permita determinar **si as cualidades técnicas e persoais do cedente tiveron ou non sido a razón determinante da adjudicación do contrato** aos efectos de autorizar a cesión do mesmo, á vista de que por parte do adxudicatario se mantén o compromiso de non mudar a composición do equipo, e polo tanto de manter a solvencia técnica do equipo redactor (todo isto, claro está, sen perxuízo da comprobación por parte do Concello doutros requisitos sinalados no citado artigo 209 que tamén resultarán determinantes da autorización, como sería que se teña executado alomenos o 20% do importe do contrato, a solvencia económica, .... e que serán obxecto da debida comprobación municipal)."

En data de 12 de marzo de 2012 ( R.E. nº 941) recíbese no Concello resposta á solicitude efectuada á Deputación da Coruña, consistente en dilixencia do Xefe do Servizo de Asistencia Técnica onde indica que " examinada a súa solicitude de aclaración sobre a cesión do contrato de referencia se estima que, dado que no informe técnico emitido polo Comité de Expertos ao respecto se valoraron ( segundo os criterios estipulados pola cláusula 10. A do PCAP) determinados factores (presenza de profesionais e empresas especializadas, medios informáticos e capacidade de adicación) que ao constituiren " (...) cualidades técnicas e persoais do cedente ( . . . ) , poderían haber sido " (...) razón determinante da adjudicación do contrato( ...)", consonte o determinado polo vixente art. 226.1 do RDL 3/2011, debería garantirse, entre outras condicións, que na devandita cesión se mantén a composición dos citados factores no terceiro adxudicatario, co fin de non incorrer nunha ,-" ( . . . ) alteración substancial de las características del contratista(...)" como " (...) elemento esencial del contrato(...)" .

Neste senso en data de 12 de xuño de 2012 emítase informe conxunto da secretaría e intervención do Concello onde se sinala que :

(...) Neste senso, se ben no que se refire ás cualidades persoais, trátase dun equipo multidisciplinar que se aporta por parte da adxudicataria composto por profesionais que nalgúns casos non formaban parte da empresa, trátase de condicións que non se pode dicir que non se refrán ao cedente, EMPRESA C, polo que na medida tales condicións foran determinantes da adjudicación, isto impediría de plano a autorización de dita cesión, no podendo entenderse que de manterse tales condicións a cesión sería autorizable posto que o propio artigo 209 impide no sen parágrafo primeiro autorizar esa cesión si xa se cumpre esa premisa.

No obstante o anterior, resulta que ademais o cedente introduce unha modificación respecto ao equipo multidisciplinar aportado no procedemento de licitación no Sobre B, de forma que non formará parte do equipo multidisciplinar D. P.T.Z, arquitecto redactor -colaborador, e que substitúe por D. E.A.V., aportando a este respecto compromiso de colaboración do interesado coa nova empresa así como curriculum do mesmo en data de 1 de xuño de 2012(R.E. nº2132). (...)

Así mesmo, e á vista do informe-valoración emitido no seu día polo Comité de Expertos debemos indicar que sumando os criterios de adjudicación relativos ás cualidades persoais e técnicas dos licitadores indicados no informe de Deputación, a puntuación foi a que segue:

Criterios (10.A.1 e 2)	EMPRESA A	EMPRESA B	EMPRESA C	EMPRESA D
Profesionais e empresas especializadas	8	0	7	4
Medios Informáticos	5	7	5	5
Capacidade de adicación	22	5	25	5
Totais	<b>35</b>	<b>12</b>	<b>37</b>	<b>14</b>



Criterios( 10.A.1 )	EMPRESA A	EMPRESA B	EMPRESA C	EMPRESA D
Metodoloxía elaboración PXOM	25	14	21	5
Relación cos cidadáns	6	9	10	4
<b>Totais</b>	<b>31</b>	<b>23</b>	<b>31</b>	<b>9</b>

*Polo que nun principio e sen ter en conta a oferta económica, os criterios da cláusula 10.1. A e 2, relativos ás condicións persoais e técnicas, parecería que sí foron determinantes da adxudicación. "*

*Por outra parte e no que aos medios materiais se refire, a adxudicataria EMPRESA C aportou no seu día no sobre B como medios materiais :*

- a) un local en propiedade sito en XXXX ( A Coruña) xunto cunha serie de ordenadores e impresoras e medios de consulta e telecomunicacións indicados no citado documento asinado con data de 21 de marzo de 2012,*
- b) así como outro local en propiedade sito en YYY en A Coruña xunto cunha serie de ordenadores e impresoras, así como uns medios de consulta e telecomunicacións indicados no citado documento asinado con data de 27 de marzo de 2012.*

*Sen embargo en documentación aportada en data de 30 de marzo de 2012 (documentación aportada para a cesión contractual) se fai mención de que a empresa cesionaria, comprométese ao mantemento dos medios informáticos ofertados para a licitación do contrato de redacción do PXOM que se indica, e respecto ao cal se omite a referencia aos medios materiais mencionados anteriormente e identificados como apartado a), así como se omiten tamén os vehículos ofertados no seu día. Polo que parece que se está a alterar outra das condicións de adxudicación do contrato.*

*En consecuencia as cualidades técnicas e persoais do cedente, si se entenden consideradas como razón determinante da adxudicación do contrato, non permiten a cesión do mesmo en aplicación do previsto no artigo 209.1 da LCSP, e por outra parte, tampouco se estaría a cumprir o establecido no informe emitido pola Deputación da Coruña onde se fala de garantir o mantemento destas condicións, que se están alterando polo licitador...)*

Por iso, e á vista das escasas modificacións que introduce o adxudicatario do contrato e petionario da cesión (substitución de un dos arquitectos colaboradores e redución de medios materiais) solicítase desa Xunta Consultiva emita ditame respecto da correcta interpretación deste artigo e, en particular, respecto a:

- a) ¿O mantemento polo cesionario do equipo multidisciplinar e medios materiais ofertados no seu día polo cedente permitiría unha cesión contractual aínda que fosen unha das condicións determinantes no seu día para a adxudicación do contrato (tal e como sinala o informe de Deputación da Coruña) e polo tanto impeditiva de dita cesión nunha aplicación literal do artigo 209 da LCSP.?
- b) De ser afirmativa a resposta anterior (é dicir, de ser posible a cesión), si a alteración mínima de ditas condicións (nos termos que constata o informe de Secretaría e Intervención) permitiría igualmente a cesión, ou pola contra calquera modificación está vetada.

## CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, do 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle a este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestión que, en materia de contratación administrativa, sometan as súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais de Galicia.

2.- Examinada a consulta cabe sinalar, en primeiro lugar, que non lle corresponde informar a este órgano consultivo expedientes concretos de contratación, nin suplir as funcións que, en virtude da lexislación vixente na materia, competen a outros órganos en virtude da prerrogativa de interpretación dos contratos establecida no artigo 210 do Texto Refundido da lei de contratos do sector público (en adiante TRLCSP). Tampouco debe resolver a Xunta Consultiva, tal e como dispón o punto 8 da Disposición Adicional 2ª da citada norma legal, sobre cuestións que deben ser atendidas polo órgano que teña atribuída a función de asesoramento xurídico da Corporación nin actuar como órgano fiscalizador dos actos por ela acordados.

Non obstante o anterior, o asunto abordado permite emitir un informe cun pronunciamento xenérico que este órgano entende de interese habida conta das dúbidas interpretativas que as cesións contractuais e os artigos de referencia suscitan.

3.- Como ben indica o texto da consulta a cesión dun contrato é unha novación modificativa subxectiva non extintiva do contrato -isto é, que non da lugar a un contrato novo-, e que particulariza, no ámbito administrativo, a novación subxectiva regulada nos artigos 1203 e seguintes do Código Civil (CC).

Dicimos que a particulariza porque se ben o artigo 1112 do CC establece que “todos os dereitos adquiridos en virtude dunha obriga son transmisibles con suxeición ás leis, se non se houbese pactado o contrario” a normativa en materia de contratos, xa dende o artigo 114 da Lei de Contratos do Estado, regula certas condicións e cautelas que limitan este dereito co fin de resolver a tensión que produce a mecánica da cesión no ámbito civil coa excepción a convocar un novo procedemento de adxudicación vía concorrencia competitiva que dela se deriva.

4.- Relacionada con estas cautelas, dúas son as controversias que presenta a consulta. Por un lado a necesidade de interpretar a limitación que a norma impón á cesión nos artigos 209.1 da LCSP (actual 226.1 do TRLCSP) no senso de que só se poderán autorizar cando as “cualidades técnicas ou persoais do cedente non teñan sido razón determinante da adxudicación do contrato”, e por outro, cáles son os límites desa cesión atendendo ás solvencias acreditadas pola empresa cesionaria.

5.- Respecto á primeira cuestión pódese afirmar que, no dereito contractual administrativo, as calidades técnicas ou persoais do adxudicatario -eventual cedente- sempre son tomadas en consideración na adxudicación do contrato, e, en consecuencia, a expresión “razón determinante” debe interpretarse, a estes efectos, no seu sentido máis restritivo. Entendemos que só a esixencia e acreditación de condicións exclusivas, e non reunidas por ningún outro adxudicatario, permite cualificar unha obriga como persoalísima ao tratarse dunha translación dos contratos por razón da persoa recollidos na doutrina civil segundo a que *as calidades técnicas ou persoais son as que determinan a posibilidade de contratar* de tal forma que, se o adxudicatario carece desas calidades, o contrato non podería asinarse por non poder cumprir o seu obxecto. En resumo, que as calidades técnicas ou persoais deben ter tal relevancia para o cumprimento do contrato que ningún terceiro estaría en condicións de realizar a prestación debida e, polo tanto, no podería ser cesionario do mesmo xeito que no podería ser adxudicatario.

Un exemplo claro desta interpretación recóllese no propio TRLCSP, na que o seu artigo 304, en referencia aos contratos que teñen por obxecto a prestación de actividades docentes por persoas físicas en centros do sector público (cursos de formación

de persoal da Administración, seminarios, coloquios ou actividades similares) prohibe autorizar a súa cesión en atención a ese carácter persoalísimo ou intuitu personae ao que se fai referencia.

Polo tanto, respecto a esta primeira cuestión, considerando que a novación contractual que supón a cesión contractual non ten efectos extintivos, -e polo conseguinte, non da lugar a un novo contrato-, non cabe entender, como norma xeral, que deba iniciarse necesariamente un novo procedemento de selección do contratista agás que no prego de cláusulas se prohibise expresamente tal opción ou se considere que estamos ante un contrato por razón da persoa que non se podería celebrar con ningunha outra.

6.- Non obstante o anterior, que podería interpretarse como unha ampla licenza para autorizar a maior parte das cesións dos contratos administrativos típicos, o alcance da norma debe matizarse á luz da modificación sufrida polo apartado 1 do artigo 209 da LCSP na actual redacción do 226.1 do Texto Refundido na que se establecen novas limitacións ás cesións:

1º.- que da cesión non resulte unha restrición efectiva da competencia no mercado; e

2º.- que a cesión non supoña unha alteración substancial das características do contratista si estas constitúen un elemento esencial do contrato

Indica a solicitude de informe do Concello petionario que estas limitacións non son de aplicación atendendo á data de formalización do contrato obxecto da consulta. Non podemos estar mais en desacordo con esa afirmación. A LCSP debe ser interpretada conforme ao Dereito da Unión Europea e é preciso interpretar a versión orixinal do seu artigo 209 a luz da xurisprudencia comunitaria emitida, que, por outra parte, non contradí senón complementa á normativa estatal nesa redacción primitiva. De feito, as dúas novas limitacións, -proposta a primeira pola Xunta Consultiva de contratación do Estado e a segunda polo Consello de Estado no seu ditame 1748/2011-, aclaran e harmonizan esta tema no sentido en que foron interpretadas por la xurisprudencia comunitaria en sentenzas como a do Tribunal de Xustiza da Comunidade Europea de 19 de xuño de 2008, no asunto C-454/06 [presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund)], delimitando o que podería constituír unha nova adxudicación do contrato no sentido da Directiva 92/50.<sup>(1)</sup>

7.- En relación coa primeira destas limitacións cabe sinalar que, a referencia á restrición efectiva da competencia no mercado, como indica o Ditame 1748/2011 do Consello de Estado, concreta de xeito expreso un obxectivo xeral das normas sobre contratación pública xa recollido no artigo 1.1 do TRLCSP (a contratación pública debe garantir a “*salvagarda da libre competencia*”) e apunta aos efectos sinalados na Disposición adicional vixésimo terceira que esixe ao órgano de contratación notificar á Comisión Nacional da Competencia calquera indicio de que de tal cesión pode derivarse unha práctica contraria á libre competencia. Tratase por tanto, non tanto de limitar as cesións promovendo novas convocatorias en atención a salvagardar deste principio, canto de evitar que, baixo a cesión, se escondan actuacións das partes que impliquen restricións inxustificadas á competencia ou condutas colusorias que supoñan unha infracción no dereito que a regula.

8.- A segunda das limitacións engadidas vai directamente vinculada coa segunda cuestión presentada na consulta obxecto do presente informe: que a cesión non supoña unha “*alteración substancial das características do contratista si estas constitúen un elemento esencial do contrato*” (art. 226.1 in fine TRLCSP).

Interesa constatar neste punto do informe que as cesións, aínda que con regulación específica, son consideradas polo TRLCSP como un suposto de modificación contractual <sup>(2)</sup>, e como tales non poden alterar as condicións esenciais da licitación e adxudicación do contrato (art. 107.2 TRLCSP).

Con carácter xeral, acudindo á xurisprudencia do TJUE atopamos pautas vinculantes para determinar cando estamos ante un “elemento esencial do contrato” e así, das sentenzas de 19 de xuño de 2008 (xa citada) e de 5 de outubro de 2000, Comisión/Francia, C-337/1998, ap. 44 e 46, entre outras, pódense colixir as seguintes conclusións:

- a modificación dun contrato en vigor pode considerarse unha modificación substancial cando introduce condicións que, de figurar no procedemento de adxudicación inicial, permitirían a *participación doutros licitadores aparte dos inicialmente admitidos ou seleccionar unha oferta distinta da inicialmente seleccionada* (en similares termos se pronuncia o TRLCSP no apartado e) do artigo 107.3) ;
- tamén que, co obxecto de garantir o principio de transparencia dos procedementos e a igualdade de trato dos licitadores, as modificacións introducidas nas disposicións esenciais dun contrato esixen a adxudicación dun novo contrato cando presentan características substancialmente diferentes das do contrato inicial e, por conseguinte, poñen de manifesto a *vontade das partes de volver a negociar aspectos esenciais do mesmo*.

Xa concretando na materia de cesión de contratos administrativos, respecto aos límites das modificacións obxectivas dos contratos cedidos atopamos na xurisprudencia española outros aspectos delimitadores de interese, e así:

a) A cesión provoca unha novación subxectiva nunha das partes primitivas do contrato, sen que a mesma teña consecuencias nos elementos obxectivos do mesmo. Nese senso, a Sentenza de 21 de xaneiro de 2004 da Audiencia Nacional (rec. 1056/2001) e a de 17 de outubro de 2006 do Tribunal Supremo (rec. 3907/2004) que a confirma, e que declaran que, realizada a cesión, o cesionario non pode, con posterioridade, alegar que o prazo de execución e o prezo do contrato son insuficientes <sup>(3)</sup>.

b) Así mesmo, a cesión efectuada a favor de outro concursante non implica que a Administración acepte a oferta presentada polo cesionario ao concorrer ao concurso (ver Sentenza do Tribunal Supremo de 16 de febreiro de 2001 (rec 4027/1995).

Do anterior conclúese que a oferta do cedente é vinculante para o cesionario -que asume no proceso de cesión a súa vontade de levar a cabo o contrato asinado nas exactas condicións concertadas inicialmente-, sen que a cesión poida dar lugar a renegociación algunha sobre elas nin a modificación dos seus elementos obxectivos.

Dado que, pola súa propia natureza, a modificación que na cesión se produce é exclusivamente de índole subxectivo, e unha vez descartado o carácter persoalísimo do contrato, a limitación do artigo 226.1 in fine, deba relacionase directamente cos criterios de solvencia e capacidade respecto aos que se atenderá ao previsto no artigo 226.2.c) do TRLCSP en tanto que, para autorizar a cesión, se acreditará que o cesionario teña capacidade para contratar coa Administración e idéntica solvencia ca que se esixiu no seu día ao cedente, é dicir, que no proceso de autorización da cesión o órgano de contratación debe asegurarse de que o cesionario reúne as condicións económico-financieiras adecuadas e que acredita unha experiencia técnica e profesional que presuman un correcto desenvolvemento da prestación en idénticas condicións das esixidas, no seu día, ao cedente. Neste punto non deben de ser confundidos os criterios de solvencia cos criterios de adxudicación que no seu día foron determinantes da adxudicación pois non debemos esquecer que a empresa cesionaria asume integramente os dereitos e

obrigas dimanantes do contrato asinado pola cedente, e, en tal sentido, asume a oferta por ela presentada en todos aqueles aspectos que efectivamente determinaron a súa adxudicación.

## CONCLUSIÓN

1.- Esta Xunta Consultiva entende que a normativa considera sempre viable a cesión dun contrato administrativo excepto cando teña o carácter de persoalísimo e que sexa o adxudicatario elixido no proceso competitivo o que necesariamente deba executar o obxecto contractual.

2.- Unha vez descartado o carácter persoalísimo do contrato debe afirmarse que pódese autorizar a cesión do contrato sempre que non se evidencie no proceso un intento de renegociación dalgún elemento esencial do mesmo e que se cumpren os requisitos de solvencia que garanten a súa execución para o que deberá quedar acreditado que os medios que o novo contratista afirma dispoñer son equivalentes a os do cesionario e que non minoran, en termos de calidade, os inicialmente ofertados.

### NOTAS:

<sup>(1)</sup> Ditame 1748/2011 do Consello de Estado relativo ao proxecto do Real Decreto Lexislativo polo que se aproba o Texto Refundido da Lei de contratos do sector público;

*"La Junta de Contratación en el Ministerio proponente ha observado la conveniencia de añadir en el apartado 1 de este precepto ("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") un inciso "tendente a asegurar que no se incurre en restricción a la concurrencia".*

*Se basa en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 19 de junio de 2008, asunto C-454/06 [presstext Nachrichtenagentur GmbH contra Republik Österreich (Bund)], que resolvió una cuestión prejudicial planteada por un tribunal austríaco. Si bien, en respuesta a la cuestión primera, el Tribunal resolvió que en el caso no podía considerarse equivalente a una nueva adjudicación la cesión a la que procedió el adjudicatario -toda vez que transfirió a otra empresa, de la que era accionista único, sus participaciones sociales manteniendo la responsabilidad de la observancia de las obligaciones contractuales-, se destaca especialmente el razonamiento del apartado 47, según el cual una cesión de participaciones sociales "a un tercero durante el período de vigencia del contrato examinado en el asunto principal, ya no se trataría de una reorganización interna de la otra parte inicial del contrato, sino de un cambio efectivo de parte contratante, lo que constituiría en principio el cambio de un término esencial del contrato. Esta circunstancia podría constituir una nueva adjudicación del contrato en el sentido de la Directiva 92/50".*

*Ciertamente, la ratio decidendi del caso no necesariamente debe llevarse al artículo 226 del texto refundido de la LCSP, relativo a la cesión de los contratos, cuyo único límite a la cesión se sitúa -como se ha visto- en el dato de que las circunstancias personales del cedente hubiesen sido determinantes para la adjudicación del contrato.*

*Pero también es cierto que la facultad de aclarar y armonizar puede incluir la de precisar ciertas normas en el sentido en que han sido interpretadas por la jurisprudencia. En el caso del artículo 226, podría en efecto introducirse alguna precisión relativa, no solo a que la cesión no debe restringir la competencia (objetivo por lo demás general de las normas sobre contratación pública, conforme al artículo 1.1 y la disposición adicional vigésimo tercera del texto refundido), sino también a que la cesión de derechos y obligaciones no podrá válidamente realizarse cuando suponga una alteración total de la parte contratante, si la consideración de esta es la de un elemento esencial del contrato."*

<sup>(2)</sup> Tal afirmación deriva da redacción do artigo 105 que, no seu parágrafo 1 sinala que "sen perxuízo dos supostos previstos nesta lei de sucesión na persoa do contratista, cesión do contrato, revisión de prezos e prórroga do prazo de execución, os contratos do sector público só poderán modificarse cando así se teña previsto nos pregos ou no anuncio de contratación ou nos casos e cos límites establecidos no artigo 107."

<sup>(3)</sup> *"La parte recurrente considera que no procede la resolución del contrato debido a la imposibilidad de ejecución en los términos previstos en el contrato de celebrado el 24 de septiembre de 1990, en relación con los precios, acordados en 1989, y el plazo de ejecución. Alegato que pretende alterar, al margen de lo dispuesto específicamente en la Ley de Contratos, las condiciones del contrato que aceptó expresamente en la escritura de cesión (folio 138 y siguientes del expediente administrativo). Concretamente, la recurrente en la citada escritura "acepta dicha cesión en los expresados términos, subrogándose en todos y cada uno de aquellos derechos y obligaciones, comprometiéndose a la continuación de las obras en las condiciones originariamente pactadas con la Administración,*



*haciéndose cargo de cuantas obligaciones dimanen de su ejecución" (folio 146 del expediente administrativo). Por tanto, si la ejecución de la obra en el plazo pactado y con los precios acordados era imposible, la recurrente no debió asumir la cesión del contrato en dichos términos (...)"*

**En Santiago de Compostela, a 27 de novembro de 2012**