

# LA CESION DEL CONTRATO DE OBRAS

Por P. de M.

351.712(46)

*Sumario:* I. GENERALIDADES SOBRE LA CESIÓN DEL CONTRATO: 1. Antecedentes. 2. Concepto y figuras afines. 3. Naturaleza jurídica—II. LA LLAMADA «CESIÓN DE CONTRATO» EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL: 1. Evolución legislativa. 2. La ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965. 3. Análisis del contrato de cesión regulado por la ley de Contratos.

## I. Generalidades sobre la cesión del contrato

### 1. ANTECEDENTES

A la transmisión inter vivos de los derechos y obligaciones dimanantes de un contrato—la llamada cesión de contratos—se ha llegado tras una evolución lenta, caracterizada por la lucha entre el conservadurismo tradicional y la necesidad cada vez mayor de una flexibilidad y agilidad exigidas por el dinamismo, cada vez mayor, del ritmo de la vida.

De la concepción clásica romana, en la que la obligación implicaba un vínculo de carácter personal que impedía su transmisión de una persona a otra, ni activa ni pasivamente, pasando por el Código de Napoleón, en el que se consagra la cesión de créditos, y

el alemán, regulador de la asunción de deuda, se llega a nuestros días, en los que la obligación empieza, aunque tímidamente, a considerarse un valor transmisible como cualquier otro.

Podrían sintetizarse las etapas de este proceso, aún sin consumar, hacia la «circulación de la obligación» inter vivos en las siguientes: 1) Intransmisibilidad de las obligaciones. 2) Transmisibilidad de créditos. 3) Transmisibilidad de deudas. 4) Transmisibilidad de la obligación como un todo.

El logro de este último jalón por la totalidad de los ordenamientos jurídicos está muy lejos de la realidad; incluso ni siquiera la doctrina se muestra uniforme, pero ello no impide que pueda señalarse la dirección indicada como una tendencia constante,

Nuestro Código civil no ha alcanzado aún plenamente la tercera de las etapas indicadas. Admite abiertamente la transmisión activa de las obligaciones a través de la subrogación (arts. 1.209 y sig.) y de la cesión de créditos (arts. 1.526 a 1.537), pero no prevé con claridad—a pesar de que últimamente la doctrina y jurisprudencia (1) parecen irse abriendo camino hacia el reconocimiento de la asunción de deudas—la transmisión pasiva de las mismas. Para obtener sus efectos, el Código civil exige el instrumento de la novación o sustitución de la obligación por otra nueva.

La persecución en el presente trabajo del estudio de la transmisión de la obligación como un todo y no la de sus elementos activo y pasivo separadamente lleva a prescindir del concepto de esta «figuras contenidas» para adentrarnos en el de la «figura continente».

## 2. CONCEPTO Y FIGURAS AFINES

Por «cesión de un contrato» se entiende la transmisión total que de su situación jurídica, una de las partes (cedente), con el consentimiento de la otra (cedido) (2) y antes de haber llevado a cabo íntegramente su prestación, hace en favor de una tercera persona (cesionario).

Un elemental análisis del concepto expresado nos lleva a destacar la imprecisión del término «cesión del contrato», toda vez que el objeto de la cesión no es el contrato en sí, sino la situación jurídica sur-

---

(1) DE DIEGO, VALVERDE, PUIG PEÑA, COSSIO, etc., y sentencia de 22 de febrero de 1946.

(2) Se mantiene este término a pesar de su quizá no exacta expresividad por ser el tradicionalmente empleado y conservar la raíz del vocablo de que procede.

gida del mismo para una de las partes y que incluye el conjunto de derechos y obligaciones que tiene respecto a la otra. Mucho más correcto, no obstante, sería hablar de «cesión de la situación jurídica dimanante del contrato».

Se trata, ante todo, de una transmisión; pero, a diferencia de la *compra-venta* ordinaria, el objeto de la cesión no son las cosas corporales, sino una situación jurídica; por otra parte los sujetos intervinientes no son dos (comprador y vendedor), sino tres (cedente, cesionario y cedido), lo que no implica que los tres tengan la condición de parte. «Mutatis mutandis» lo mismo podría decirse respecto a la *permuta*.

La relación jurídica entre los primitivos contratantes, a diferencia de lo que sucede en la *novación*, no es sustituida por la existente entre cedente y cesionario, sino que sigue siendo la misma. Lo único que varía es uno de los sujetos de la relación. «El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que correspondían al cedente», (3). La *subrogación* es, pues, el efecto producido por el contrato de cesión.

Por otra parte, el contenido de la situación jurídica que se cede abarca como un todo, no sólo sus elementos activos, sino también los pasivos, circunstancia ésta que la distingue de la *cesión de créditos* y de la *asunción de deudas*. Es precisamente por la transmisión del aspecto pasivo por lo que se exige el consentimiento del «cedido», toda vez que a éste no le puede ser indiferente la solvencia del cesionario. Si solamente se cediera el aspecto activo, como sucede en la cesión de créditos, no sería necesario dicho consentimiento.

Finalmente del *subcontrato* se distingue esencialmente por el carácter total (sustitución) de la operación y por la existencia entre el cedido y el cesionario de una relación jurídica (la misma que existía en el contrato primitivo entre sus partes).

### 3. NATURALEZA JURÍDICA

Definida y delimitada la figura que estamos estudiando, su naturaleza jurídica ha sido objeto de discutidas teorías por parte de la doctrina (4).

Algunos autores (5), al descomponer el acto jurídico en efectos

---

(3) Art. 182 del Reglamento de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1967.

(4) La clasificación que de las teorías se hace a continuación sigue en líneas generales la establecida por MOSSET ITURRASPE en su obra «La cesión del contrato» (*Boletín del Instituto de Derecho Civil* núm. 31961, Santa Fe, Argentina).

(5) BECQUE, FERRARA, REDENTI, etc.

pasivos y sostener que los últimos son cedidos, mientras que los primeros necesitan de una novación, estiman inadmisibles la cesión de la obligación contractual como un todo. Ante las dificultades de la novación, otra teoría (6), también negativa, la denominada de la «renovatio contractus», sostiene la posibilidad de celebrar un nuevo convenio, reproducción del primitivo, económicamente igual pero jurídicamente diferente. Se trata, como puede verse, de un intento forzado que no consigue sino aumentar los inconvenientes de la solución precedente. El hecho de que el primitivo contrato desaparezca y que una de las personas haya cambiado, nos sitúa más bien ante la «novatio contractus». Pero una cosa es la novación y otra muy distinta es la cesión. Aquella implica la sustitución de la obligación existente por otra nueva; ésta, su circulación.

La mayor parte de los autores, sin embargo, adopta una postura positiva, lo que no quiere decir uniformidad de puntos de vista.

Un primer grupo de autores (7) sostiene que la transmisión global de los elementos activos y pasivos como operación autónoma debe hacerse mediante la oportuna descomposición de la relación negociada por los cauces jurídicos clásicos de la cesión de créditos y de la asunción de deudas.

Otra postura (8) más en consonancia con una ciencia jurídica desarrollada afirma la existencia de un negocio jurídico único, como contrato innominado. No es la suma de dos contratos, sino un acto único de disposición que incluye derechos y obligaciones.

Finalmente existe una teoría intermedia (9) que reconoce un negocio único, pero de efectos complejos.

La aceptación del concepto dado anteriormente nos sitúa en la segunda de las teorías positivas expuestas—la del negocio jurídico único—, toda vez que la causa, el objeto y el consentimiento de nuestro contrato pueden concebirse de forma única. En efecto, la causa—lucro o liberalidad, según la cesión lo sea a título oneroso o gratuito—será una; el objeto, aunque complejo por incluir los aspectos activo y pasivo de la situación jurídica, también será único: la totalidad de dicha situación; finalmente la declaración de voluntad por la que el cedente, con la adhesión del cedido, transmite al cesionario su posición en el primitivo contrato, también es única.

---

(6) NICOLO.

(7) ENNECCERUS, STAMMELER, LEHMANN, GIERRE, DEMELIUS, PLANIOL RIPERT, REZZANICO, ANDREOLI, etc.

(8) PULEO, MOSSA, SIBER.

(9) FINZI, FONTANA, GALVAO, TELES, TABERNES, etc.

## II. La llamada «cesión de contrato» en el Derecho administrativo español

### 1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

La real orden de 9 de abril de 1947 supone un paso importante en la ordenación de las cesiones al disponer que en lo sucesivo no se admitirían éstas ni traspasos sino mediante real aprobación.

Posteriormente, el 3 de octubre de 1865 se promulga una real orden del Ministerio de Fomento regulando de una forma más completa dicho negocio jurídico. Al objeto de «quedar suficientemente garantizados los derechos del Estado en los casos de subrogación y cesión de los contratos de obras públicas» se estableció la necesidad de observar «las mismas formalidades que para la contratación, siendo por consecuencia requisito indispensable que los interesados otorgasen escritura pública del compromiso de subrogación de los derechos y obligaciones del contrato, así como que para la resolución de sus solicitudes sobre el particular acompañasen los mismos testimonios en debida forma del citado documento».

La ley general de Obras públicas de 13 de abril de 1877, en su artículo 66 establecía con la terminología propia del momento que el «concesionario podrá, previa autorización del Ministerio de Fomento o corporación que hubiese otorgado la concesión, enajenar las obras con tal de que el que las adquiera se obligue en los mismos términos y con las mismas garantías que lo estaba el primero al cumplimiento de las condiciones estipuladas».

Por último, la real orden del Ministerio de Fomento de 2 de diciembre de 1907 dispuso que en lo sucesivo sólo podrían «hacerse las cesiones de los contratos o bien con el acto de la subasta antes de la apertura de pliegos, siempre que la persona que ceda presente la debida autorización y la conformidad de aquel a quien se cede, de lo cual dará fe el Notario presente en dicho acto o con escritura de cesión cuando ya se haya adjudicado definitivamente la obra y otorgado por el contratista con la administración la correspondiente escritura».

Ante el sorprendente silencio que en este sentido guardó el pliego general de condiciones de 13 de marzo de 1903 ésta ha sido la normativa hasta la aparición de las leyes de Régimen local y Contratos. En resumen: 1.º Un acuerdo entre cedente y cesionario por el que este último se obligaba en los mismos términos y con las mismas garantías que lo estaba aquél al cumplimiento de las condiciones estipuladas. 2.º Formalización de dicho acuerdo en escritura pública. 3.º Autorización discrecional por parte de la administración.

Actualmente y por lo que se refiere a la administración local, que ya había previsto en los artículos 22 y 23 del reglamento de 1924 el traspaso de los derechos nacidos del remate, el reglamento vigente de contratación de las corporaciones locales de 9 de enero de 1953, en su artículo 52 establece que «en las subastas será admisible la novación por cesión de los derechos del adjudicatario a otra persona si no estuviere prohibida por las normas que regulen el contrato o por las condiciones consignadas en el pliego».

Como observa Abella, «la novación posible queda encerrada en estos términos: libre petición del contratista y discrecional aprobación corporativa, cuyo potestativo acuerdo viene limitado por la concurrencia de las circunstancias exigidas en el párrafo 2 de dicho artículo, y que son las siguientes:

a) Que se haya realizado una porción de la obra, servicio o suministro no inferior al 10 por 100 del presupuesto.

b) Que el nuevo contratista reúna las condiciones y preste las garantías exigidas al adjudicatario.

c) Que la corporación autorice la transferencia que deberá ser formalizada por escritura pública si ésta se hubiese otorgado en el primitivo contrato, y en los demás casos por comparecencia ante el presidente de la corporación interesada, de la que dará fe el secretario».

Interesa destacar claramente cómo el reglamento de 1953, respetando los principios contenidos en el Código civil (10) califica jurídicamente de «novación» a la figura que estamos contemplando.

## 2. LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO DE 8 DE ABRIL DE 1965

Una solución totalmente distinta, más moderna y más elogiada es la dada por la ley de Contrato del Estado, si bien la expresión de estos elogios no debe emitirse sino con ciertas limitaciones.

En efecto, en el capítulo VI del título primero del libro primero y bajo el epígrafe «De la cesión del contrato y subcontrato de obras», el artículo 58 dice textualmente: «Los derechos dimanantes de un contrato de obras podrán ser cedidos a tercero siempre que las cualidades personales o técnicas del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos a tercero deberán cumplirse los siguientes requisitos: 1) Que la administración autorice expresamente y con

---

(10) Véanse los artículos 1.203 y 1.213 del Código civil.

carácter previo la cesión. 2) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del presupuesto total del contrato. 3) Que se formalice la cesión en escritura pública.»

Es a todas luces loable la novedad que supone respecto al derecho anterior el reconocimiento legal de una figura que había nacido ya en la práctica y que necesitaba de una regulación que garantizara el cumplimiento del contrato y los intereses de la administración (11); la llamada «cesión de contrato».

Sin embargo, no puede calificarse de afortunada ni la denominación «cesión de contrato» que se da a dicha figura por las razones expuestas anteriormente ni la expresión «derechos dimanantes de un contrato de obras» al referirse dicho precepto al objeto del contrato de cesión que nos ocupa. Dicho objeto no puede ser otro que los derechos y obligaciones que integran la situación jurídica dimanante del contrato para una de las partes—el contratista—y no solamente su aspecto positivo, lo cual no tendría sentido y mucho menos dentro del ya citado capítulo VI de la ley de 8 de abril de 1965. Sin duda lo que el legislador ha pretendido decir—como afirma Villar Palasí (12)—es que el adjudicatario puede ceder no inapropiamente llamados «derechos de adjudicación», esto es, su derecho a ejecutar la obra. Mucho más correcto hubiera sido hablar de cesión de la «situación jurídica dimanante de un contrato de obras».

Por otra parte, y esto tiene más importancia, debe aclararse la calificación jurídica del negocio que estudiamos. ¿Se trata efectivamente de una cesión o es una novación? Dadas las diferencias existentes entre dichas figuras y teniendo en cuenta la diferencia de sus efectos, resulta evidente que la pregunta formulada persigue alcances más importantes que los puramente terminológicos.

Ya se ha visto cómo la solución dada por la legislación local ha sido la consecuente con nuestro ordenamiento civil: la novación. Sin embargo, la ley de Contratos, de 8 de abril de 1965, y su reglamento, de 28 de diciembre de 1967, no hablan para nada de novación y sí en cambio de «cesión del contrato» y de «subrogación en todos los derechos y obligaciones». ¿Quiere ello decir que nuestro derecho administrativo ha alcanzado la última de las etapas a que nos referíamos al comienzo del presente trabajo?

La novación implica sustancialmente—ya se ha dicho—la extin-

---

(11) Exposición de motivos de la ley de Bases de Contratos del Estado de 28 de diciembre de 1963.

(12) *Apuntes de Derecho administrativo*, Madrid, 1966.

ción de una relación jurídica por otra nueva que la reemplaza, mientras que la cesión no es un negocio plurilateral, como algún autor (13) ha sostenido, sino un contrato sinalagmático supeditado a un requisito: el consentimiento del cedido. Resulta claro que el papel que a la administración atribuye el artículo 58 —la autorización expresa y previa—, no es otro que el repetido «consentimiento del cedido».

Por otra parte resulta lógico que en la novación se exijan las mismas solemnidades que para el contrato primitivo, sin embargo ¿cómo explicar entonces la necesidad de escritura pública exigida por el artículo 58 de la ley de Contratos, incluso en aquellas cesiones relativas a contratos para los que no se exigió dicho requisito formal por ser inferiores a 500.000 pesetas, por ejemplo?

Merece destacarse, además, el hecho de que las obligaciones accesorias como la fianza, por ejemplo, la cual debe seguir subsistiendo, pues los intereses de la Administración no pueden sufrir menoscabo por causa de la cesión, no se extinguen necesariamente. Sin embargo, como el interés público debe armonizarse con el de los particulares, y dado que la sujeción de la misma fianza a la correcta ejecución del contrato por parte de un nuevo sujeto (el cesionario) implicarán para el fiador —en el supuesto muy frecuente de ser un tercero— la anomalía de verse obligado a responder por una persona distinta a la que él había garantizado en un principio, la práctica administrativa admite la sustitución de dicha fianza, por otra de igual importe constituida por un fiador distinto.

Finalmente la barrera clásica que en nuestro Derecho ha encontrado siempre la cesión de la situación jurídica dimanante de un contrato debe considerarse superada al admitirse la subrogación del cesionario en todos los derechos y obligaciones del cedente, palpitante en el ánimo de la Exposición de Motivos de la ley de Bases de contratos del Estado —base VIII—, deducida del sentido del artículo 58 de la ley de Contratos y consagrada en el artículo 182 del Reglamento.

### 3. ANÁLISIS DEL CONTRATO DE CESIÓN REGULADO POR LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO

Antes de entrar en el estudio de los elementos del contrato a que se refiere el artículo 58 de la ley debe aclararse si dicho contrato en sí mismo es privado o administrativo.

---

(13) MESSINEO (*Doctrina General de Contrato*, t. I, p. 77).

Un análisis somero del precepto citado nos muestra que sólo se prevé el supuesto de que el sujeto activo sea el contratista, prescindiendo por completo de la idea de una Administración cedente. La razón de ello es el hecho de que la situación exorbitante de la Administración cuando es parte en un contrato administrativo pierde su razón de ser cuando aquélla abandona su condición de parte. Las potestades no son enajenables. El concesionario de una obra frente al posible ejecutor de la misma con quien contrate nunca adquirirá la situación de privilegio de la Administración.

Por otra parte, en el caso de una descentralización local o institucional—único supuesto en el que el cesionario podría subrogarse en el lugar de la Administración central cedente, precisamente por su carácter de ente público—la norma que regule la transmisión de competencias hará innecesario todo contrato. Pues bien, teniendo en cuenta que para que un contrato pueda ser calificado de administrativo se necesita que una de las partes sea un ente público con competencia acerca del objeto del contrato y que la finalidad de éste sea una obra o un servicio público resulta evidente que el supuesto contemplado por el artículo 58 de la ley de Contratos no puede merecer dicho carácter, toda vez que en el mismo el papel de la Administración no es el de parte en el contrato, sino el de interesado que consiente. La causa de dicho contrato, por otra parte, no sería el interés público, sino el lucro o la liberalidad según fuera oneroso o gratuito.

Lo que la ley de Contratos, en suma, está haciendo al contemplar exclusivamente como cedente al contratista no es regular un contrato administrativo de cesión, sino fijar los requisitos que deberá reunir todo contrato privado de cesión por el que se transmitan derechos y obligaciones dimanantes de un contrato administrativo de obras.

Analícemos, pues, desde esta vertiente legal los distintos elementos que integran la figura.

1.º *Elementos personales.*—Son tres: cedente, cesionario y cedido, ¿Cómo se manifiestan las declaraciones de voluntad de estos tres sujetos intervinientes? Aclaremos que el cedido (la Administración) no actúa en calidad de parte, en cuyo caso estaríamos ante un negocio plurilateral, sino que su asentimiento reviste el carácter de consentimiento a un contrato bilateral entre cedente y cesionario, el cual tendrá validez en tanto en cuanto aquél conste expresa y previamente.

Al exigirse por la ley que la autorización de la Administración sea expresa y previa a la cesión se está delimitando claramente dos tipos de actos: unilateral el primero: la autorización, y bilateral, el segundo: el contrato de cesión.

El consentimiento del cedido o, si se prefiere, la autorización o aprobación de la Administración debe ser exteriorizado por la autoridad competente para celebrar contratos en nombre del Estado; es decir, por los jefes de los departamentos ministeriales dentro del ámbito de su competencia (14) de forma expresa y previamente.

A pesar de no ser parte la Administración en el contrato de cesión establecido entre cedente y cesionario, la falta de su declaración favorable de voluntad—la cual por otra parte es discrecional (15), implicaría que no tendría lugar la subrogación del cesionario en el lugar del cedente, siendo por tanto inexistente dicho contrato (16).

Por lo que se refiere al cedente, la ley exige que sus cualidades personales y técnicas no hayan sido razón determinante de la adjudicación del primitivo contrato. Con esto la ley no hace sino reconocer la incesibilidad de los contratos celebrados *intuitu personae*.

Finalmente el cesionario, aunque la ley no lo diga, deberá estar facultado para contratar con la Administración, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de aquélla:

Deberá tener plena capacidad de obrar y no estar comprendido en ninguna de las circunstancias enumeradas en dicho precepto.

2.º *Objeto*.—De todo lo dicho hasta ahora queda perfectamente claro, lógica y legalmente, que lo que el cedente transmite al cesionario en virtud del contrato de cesión es la situación jurídica que derivada del mismo, tiene frente al cedido, abarcando dicha situación la totalidad de los derechos y obligaciones nacidos de la relación contractual.

Dicho objeto cumple los requisitos (17) de posibilidad, licitud y determinación. En efecto, se trata de una situación jurídica que existe en el momento de la celebración del contrato, no está fuera del comercio de los hombres y puede ser determinada con toda exactitud.

La ley exige que el contrato haya sido ejecutado al menos en un 20 por 100. Esta medida que, supone una innovación por lo que

---

(14) Art. 2 de dicha disposición.

(15) El auto de 9 de octubre de 1895 dice que el fundamento legal de esta facultad se encuentra en los arts. 1.203 y 1.205 del Código civil.

(16) Sentencia de 19 de junio de 1907. La cesión no autorizada no confiere derechos frente a la Administración. Sentencia de 20 de octubre de 1942. Para que la cesión tenga efectos se exige la autorización administrativa.

(17) Arts. 1.271 a 1.273 del Código civil.

a la Administración central se refiere (18) puede parecer a primera vista un obstáculo al interés público que en ocasiones podría verse privado de los beneficios de la cesión por el no cumplimiento precisamente de ese requisito, pero estos inconvenientes, por supuesto, siempre serán inferiores a los ocasionados por las «reventas de contratos», contra cuya aparición va dirigida directamente la medida.

3.º *La causa.*—Será la razón o fin de la transferencia de la posición que el cedente tiene en el contrato primitivo: el lucro si la cesión es onerosa o la liberalidad si lo es a título gratuito. Deberá reunir los requisitos establecidos en los artículos 1.274 a 1.277 del Código civil, que exista, que sea verdadera y que sea lícita.

4.º *La forma.*—La cesión deberá formalizarse en escritura pública. Pero esta ¿es condición esencial para la validez del contrato? Las consecuencias de la inobservancia de este requisito formal ha sido una cuestión tradicionalmente muy discutida (19).

Es evidente que la perfección del contrato vendrá dada por el consentimiento de las partes y no por su formalización en escritura pública (20), aunque puedan encontrarse sentencias en contra (21), pero el hecho de que la ley de Contratos exija dicho documento como uno de los requisitos para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a tercero implica que sin el cumplimiento del mismo no tendrá eficacia alguna el contrato de cesión.

---

(18) Ya se ha visto anteriormente cómo el reglamento de Contratación de corporaciones locales en su art. 52 exige que se haya realizado una porción de obra no inferior al 10 por 100 del presupuesto.

(19) Ver CASTÁN: *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. III, «Derecho de Obligaciones», p. 434 y ss., edición 1967.

(20) Sentencias: 28 de diciembre de 1894, 18 de abril de 1916 y 30 de enero de 1924.

(21) Sentencias: 28 de febrero de 1859 niega que existe enlace jurídico entre Administración y cesionario mientras éste no acepte lisa y llanamente las condiciones de aquélla, y como no se entiende hecha la aceptación en la subasta, habrá que referirla a la escritura.

