

Informe 4/2017, de 14 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

Asunto: Cesión de los contratos basados en un acuerdo marco a un operador económico que no forma parte del mismo.

I. ANTECEDENTES

El Director del Ente Público Extremeño de Servicios Educativos Complementarios de la Consejería de Educación y Empleo, con fecha de 3 de mayo de 2017, solicita informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura, en relación a la cesión de contratos administrativos basados en un acuerdo marco, siendo el cedente un operador económico adjudicatario del acuerdo marco y el cesionario un operador económico que no forma parte del mismo; planteándose la cuestión de si puede existir una posible contradicción entre el artículo 226 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (*en adelante TRLCSP*), que regula la cesión de los contratos públicos y, el artículo 198.1 del mismo texto legal, que establece que *“solo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente parte en aquél”*.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 14 de julio de 2017, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1º.- Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura y legitimación para solicitarle informe.

De conformidad con el artículo 3.2 del Decreto 16/2016, de 1 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, así como del Registro Oficial de Licitadores y del Registro de Contratos de la Comunidad Autónoma de Extremadura, a esta Junta Consultiva de Contratación le corresponde informar sobre las cuestiones que se sometan a su consideración en materia de contratación administrativa. No obstante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 3.1 del Decreto 16/2016, de 1 de marzo, no es competencia de este órgano informar expedientes concretos de contratación, ni suplir las funciones que a los órganos de contratación u otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público.

No existe sin embargo impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Director del Ente Público Extremeño de Servicios Educativos Complementarios de la Consejería de Educación y Empleo, para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca de las consecuencias jurídicas que se derivan de la cuestión planteada.

El Director del Ente Público Extremeño de Servicios Educativos Complementarios de la Consejería de Educación y Empleo es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17.1.f) del mencionado Decreto 16/2016.

2º.- Consideraciones generales en relación a los acuerdos marco y los contratos basados en el mismo.

El artículo 22.2 del TRLCSP señala que *“Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites [...]”*. La eficiencia en la contratación pública es uno de los principios

más importantes que debe regir en todo proceso de contratación y en la propia gestión de los contratos públicos.

En la línea de lo expuesto, debemos destacar que un acuerdo marco no es en sí mismo un tipo contractual, sino una forma de racionalización técnica de la contratación de las Administraciones Públicas, consistente en preestablecer una serie de condiciones, durante un tiempo determinado, para satisfacer las necesidades previstas en él mediante la adquisición de obras, suministros y servicios a través de la formalización de contratos basados en el mismo; condiciones o términos que serán comunes a todos los contratos derivados de ese acuerdo marco, permitiendo a los poderes adjudicadores una simplificación en el procedimiento de contratación y una reducción del gasto. Sin embargo, la utilización abusiva de esta técnica también puede generar restricciones a la competencia, en la medida que las empresas que no puedan entrar a formar parte de ese acuerdo marco, no podrán tampoco optar a la contratación que se derive del mismo.

Esta figura se encuentra regulada en los artículos 196 a 198 del TRLCSP (*Capítulo II del Título II del Libro III*), estableciendo una serie de límites para evitar que su empleo pueda obstaculizar o restringir la competencia:

- “Los órganos de contratación del sector público podrán concluir acuerdos marco con uno o varios empresarios con el fin de fijar las condiciones a que habrán de ajustarse los contratos que pretendan adjudicar durante un período determinado, siempre que el recurso a estos instrumentos no se efectúe de forma abusiva o de modo que la competencia se vea obstaculizada, restringida o falseada” (artículo 196.1 TRLCSP). En el caso de que se concluya con varios empresarios, siempre deberán de ser como mínimo tres (art.196.2 TRLCSP).
- “La duración de un acuerdo marco no podrá exceder de cuatro años, salvo en casos excepcionales, debidamente justificados” (artículo 196.3 TRLCSP).
- “Para la celebración de un acuerdo marco se seguirán las normas de procedimiento establecidas en el Libro II, y en el Capítulo I del Título I de este Libro” (artículo 197.1 TRLCSP).

- El artículo 198 del TRLCSP regula la contratación derivada, destacando respecto al asunto objeto de este informe, que *“sólo se podrán celebrar contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y los empresarios que hayan sido originariamente partes de aquél”*. Con esta premisa, solo se podrán realizar este tipo de contratos con las empresas seleccionadas en el acuerdo marco, imposibilitando la incorporación de nuevas empresas durante su vigencia.

Por último la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, en su artículo 33.1 define los acuerdos marco como *“un acuerdo entre uno o varios poderes adjudicadores y uno o varios operadores económicos, cuya finalidad es establecer los términos que han de regir los contratos que se vayan a adjudicar durante un período determinado, en particular por lo que respecta a los precios y, en su caso, a las cantidades previstas”*.

3º.- Consideraciones generales respecto de la cesión de contrato público.

Como regla general, un contrato nace para ser cumplido por quienes son partes en el mismo, de acuerdo con las obligaciones y derechos que a cada una le impone el contenido del contrato y las leyes. Sin embargo, en el curso o desarrollo de cualquier contrato público cabe la posibilidad de variar alguno de los elementos objetivos o subjetivos que lo integran, debiendo llevarse a cabo dichas variaciones en el marco establecido por la legislación sobre contratación pública.

Las modificaciones respecto al objeto del contrato se regulan en el Libro I, Título V, artículos 105 a 108 del TRLCSP.

Por su parte, la modificación subjetiva del contrato abarca los supuestos de sucesión en la persona del contratista, la subrogación y la cesión del contrato, siendo esta última la cuestión que se trata de abordar en este punto.

La cesión de contrato público se puede definir como un negocio bilateral y voluntario, que supone una novación modificativa (*no extintiva*) subjetiva, en la que el contratista, de modo voluntario, traspasa a un tercero su posición (*totalidad de derechos y*

obligaciones), en el contrato objeto de cesión, previa autorización de la Administración contratante.

Esta modificación subjetiva se encuentra regulada en el artículo 226 del TRLCSP, señalando que:

“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, y de la cesión no resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado. No podrá autorizarse la cesión a un tercero cuando esta suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas constituyen un elemento esencial 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. No será de aplicación este requisito si la cesión se produce encontrándose el adjudicatario en concurso aunque se haya abierto la fase de liquidación.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia que resulte exigible, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente, y no estar incurso en una causa de prohibición de contratar.

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

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

La cesión de los contratos puede considerarse como un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de flexibilidad, con el objetivo de adecuarla a la evolución del mercado y de la situación del contratista.

El contratista adjudicatario de un contrato público, por tanto, puede tener la posibilidad de ceder el contrato a un tercero, teniendo en cuenta el pliego que rige el contrato y las exigencias legales del artículo 226 del TRLCSP, siempre que la razón determinante de la adjudicación del mismo al cedente no hayan sido sus cualidades técnicas o personales, por considerarse un elemento esencial del contrato. En caso contrario, estaremos enmascarando una nueva adjudicación del contrato derivada de la sustitución del adjudicatario por un nuevo contratista, conculcando los principios fundamentales de la contratación pública, ya que en este supuesto estaríamos ante una modificación sustancial de carácter subjetivo que altera la naturaleza del contrato, y por consiguiente la cesión del contrato dejaría de ser una cuestión de ejecución del contrato.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública, regula en su Capítulo IV la ejecución del contrato recogiendo en el artículo 72, bajo el título de *“Modificación de los contratos durante su vigencia”*, lo siguiente:

“1. Los contratos y los acuerdos marco podrán modificarse sin necesidad de iniciar un nuevo procedimiento de contratación de conformidad con la presente Directiva en cualquiera de los casos siguientes:

a) cuando las modificaciones, con independencia de su valor pecuniario, estuvieran ya previstas en los pliegos iniciales de la contratación, en cláusulas de revisión claras, precisas e inequívocas, entre las que puede haber cláusulas de revisión de precios u opciones. Dichas cláusulas determinarán el alcance y la naturaleza de las posibles modificaciones u opciones, así como las condiciones en que pueden utilizarse. No establecerán modificaciones u opciones que puedan alterar la naturaleza global del contrato o del acuerdo marco. [...]

d) cuando un nuevo contratista sustituya al designado en un principio como adjudicatario por el poder adjudicador como consecuencia de:

i) una opción o cláusula de revisión inequívoca de conformidad con la letra a),

ii) la sucesión total o parcial del contratista inicial, a raíz de una reestructuración empresarial, en particular por absorción, fusión, adquisición o insolvencia, por otro operador económico que cumpla los criterios de selección cualitativa establecidos inicialmente, siempre que ello no implique otras modificaciones sustanciales del contrato ni tenga por objeto eludir la aplicación de la presente Directiva, o bien

iii) la asunción por el propio poder adjudicador de las obligaciones del contratista principal para con sus subcontratistas, siempre que esta posibilidad esté prevista en la legislación nacional con arreglo al artículo 71; [...]”.

En consecuencia, una vez que se transponga la Directiva 2014/24/UE, la modificación subjetiva de los contratos solamente será posible por cesión contractual, cuando dicha posibilidad esté prevista de forma inequívoca en los pliegos, dentro de los límites establecidos en la legislación básica de contratos del Estado.

4º.- Análisis de la posible contradicción del artículo 226 y 198.1 del TRLCSP, para autorizar la cesión de contratos basados en un acuerdo marco a un operador económico que no forma parte del mismo.

Llegados a este punto y, teniendo en consideración la cuestión sometida a informe de esta Junta Consultiva y todo lo expuesto en los apartados anteriores, indicar que los órganos de contratación del sector público pueden celebrar un acuerdo marco con uno o varios operadores económicos.

Dado que el acuerdo marco no es un contrato, la satisfacción de las necesidades previstas en él, mediante la adquisición de obras, suministros y servicios requerirá la formalización de contratos basados en el acuerdo marco, con el operador económico o con alguno de los operadores económicos que haya resultado adjudicatario del mismo. Estos contratos deberán ajustarse a una serie de términos y condiciones

recogidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco, que regirán durante todo el periodo de su vigencia. Así el artículo 115 del TRLCSP, establece que *“en los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato y las demás menciones requeridas por esta Ley y sus normas de desarrollo”* y, *“los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos”*.

Partiendo de estas premisas, se debe acudir al pliego de cláusulas administrativas particulares del acuerdo marco de que se trate para determinar si cabe la cesión de los contratos basados en el mismo, en cuyo caso, habrá de estarse a lo dispuesto en el artículo 226 del TRLCSP, regulador del régimen jurídico de la cesión de los contratos. El contenido del apartado primero de este artículo no tiene otra finalidad que la de garantizar los principios que rigen la contratación pública a los que debe someterse la cesión, debiendo tenerse en consideración, por el órgano de contratación, en el momento de autorizar la cesión de los contratos en ejecución, basados en el acuerdo marco. El apartado segundo del artículo 226 del TRLCSP, recoge además de la necesidad de autorización, el cumplimiento de una serie de requisitos con los que se pretende evitar una posible distorsión del mercado, para que después de la adjudicación del contrato basado en el acuerdo marco, el adjudicatario no pueda cederlo a otro, incumpliendo las más elementales normas de selección de contratistas.

La cesión del contrato, por sí, no puede considerarse una modificación sustancial de la licitación, ni un fraude a los principios de la contratación pública ya que es, en definitiva, una cuestión de ejecución del contrato, y no una nueva adjudicación. En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 5/12, de 20 de noviembre, recoge la doctrina ya expuesta en su Informe 39/1978, de 22 de noviembre, donde señala que *“La cesión de los contratos opera en el marco de la legislación administrativa como excepción al principio de ejecución personal por el contratista de la obra que le ha sido adjudicada. (...) Quiere ello decir que la cesión está concebida como un instrumento técnico para dotar a la contratación administrativa de la flexibilidad adecuada que permita, en casos excepcionales y siempre que las características del contratista no hayan sido determinantes de la adjudicación, la sustitución del elemento subjetivo del contrato.*

Ahora bien, es lógico que las posibilidades que el artículo 58 abre no pueden ser utilizadas de forma tal que la autorización de la cesión comporte una defraudación de los principios que regulan la selección del contratista”.

III. CONCLUSIÓN

No existe contradicción entre la previsión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la posible cesión de contratos basados en un acuerdo marco a empresas que no forman parte del mismo y, el artículo 198.1 del TRLCSP, que establece que *“solo podrán celebrarse contratos basados en un acuerdo marco entre los órganos de contratación y las empresas que hayan sido originariamente parte en aquél”*, puesto que dicha cesión no supone la modificación de las condiciones iniciales del acuerdo marco adjudicado, que podría dar lugar a un nuevo proceso de adjudicación, sino que se trata de una cuestión incidental de ejecución de un contrato, en particular, basado en el mismo. Y para que efectivamente sea así, la posible cesión deberá ajustarse al contenido y cumplimiento de los requisitos señalados en el artículo 226 del TRLCSP.

Por ello, la autorización del negocio de cesión desplegará sus efectos estrictamente en el ámbito de la ejecución del contrato basado en el acuerdo marco, implicando únicamente la sustitución o no del adjudicatario del mismo. De tal manera que el cedente no pierde la condición de adjudicatario del acuerdo marco del que forma parte y el cesionario, únicamente se subroga en los derechos y obligaciones dimanantes del contrato o contratos basados en el mismo, adjudicados al cedente.