

Informe 24/96, de 30 de mayo de 1996. "Requisitos de capacidad de las empresas para concurrir a un contrato de concesión de obra pública, de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y posterior explotación del servicio. "

2.1. Contratos de gestión de servicios públicos. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

Firmado por el Presidente de la Diputación Provincial de Burgos, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Pleno de esta Corporación Provincial en sesión celebrada el día 14 de marzo de 1996, acordó solicitar de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa, informe jurídico a deducir de los siguientes:

ANTECEDENTES

I - Con fecha de 11 de enero de 1996, el Pleno de la Corporación acordó aprobar inicialmente los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas que han de regir en la convocatoria de concurso para la adjudicación, mediante el procedimiento abierto, de un contrato de concesión de obra pública para la adaptación de un inmueble propiedad de esta Diputación Provincial a Residencia Universitaria y su posterior explotación.

II - Sometidos dichos pliegos al trámite de información pública mediante su publicación en el Boletín Oficial de la Provincia, se presentan alegaciones por parte de dos empresas especializadas en la explotación de este tipo de residencias.

III - Como consecuencia de dichas alegaciones, se han puesto de manifiesto una serie de cuestiones que versan fundamentalmente sobre los siguientes extremos:

Primero.- Limitación al principio de pública concurrencia.

Esta situación se produce como consecuencia de que al amparo del régimen jurídico que para este tipo de contratos establecen los arts. 6 y 130.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la Cláusula 10ª del pliego exige clasificación empresarial del Grupo C, todos los subgrupos, de conformidad con la Orden de 28 de junio de 1991 por la que se modifica la Orden de 28 de marzo sobre clasificación de Empresas contratistas de obras.

Y correlativamente, asimismo es exigible la necesaria cualificación empresarial para el ejercicio del derecho a la explotación del inmueble, entendiéndola ésta como la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, establecida en el art. 15.1 de la citada Ley.

De esta forma en el supuesto de que ambos requisitos o exigencias fueran concurrentes, se plantea una cuestión de limitación al principio de pública concurrencia a la licitación.

Y esto es así puesto que en el supuesto de que no existan Empresas en los que concurren ambos requisitos de capacidad, resulta por un lado que la cuestión no la resuelve una Unión Temporal de Empresas

dado que el período de explotación del inmueble se concreta a 50 años y a tenor de lo señalado en el art. 8 de la Ley 28 de mayo de 1982 sobre Régimen Fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas, éstas tendrán una duración límite de 10 años, y por otro por cuanto que el art. 32 de la Ley 13/95 de 18 de mayo, en todo caso será requisito básico para la acumulación que todas las empresas concurren en la unión temporal hayan obtenido previamente clasificación como empresa de obras.

Segundo.- Cesión de los contratos.

A la vista de la cuestión planteada, la posible solución podría proporcionarla la concurrencia de una empresa de obras con la correspondiente clasificación empresarial y la posterior cesión de los derechos de explotación a otra de servicios una vez concluida las obras objeto de concesión.

Sin embargo el art. 115 de la Ley 13/1995 de 18 de mayo plantea dos cuestiones limitativas.

Así, por un lado el apartado b) señala "que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o realizada la explotación al menor durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuere de gestión de servicios".

De esta forma y para hacer viable la cesión del contrato.

¿Podría interpretarse que la explotación del servicio durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato, es aplicable tan sólo al contrato de gestión de servicios y no al contrato mixto de concesión de obra pública y explotación del servicio inherente a la misma?.

Y por otra parte si a la vista de lo señalado en el apartado c) del art. 115 de la Ley aludida, que señala "que el concesionario tenga capacidad para contratar con la Administración de conformidad con los arts. 15 a 20 y que esté debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

¿Podría interpretarse esta última exigencia como cualificación para la explotación del servicio?.

En conclusión se interesa de esa Junta Consultiva de Contratación dictamen a la mayor urgencia posible relativo a los requisitos de capacidad de las empresas para concurrir a un contrato de concesión de obra pública, de adaptación de un inmueble para Residencia Universitaria y posterior explotación del servicio, en el sentido de posibilitar la concurrencia, a través de una empresa de obras y posterior cesión del contrato a otra empresa explotadora del servicio."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión suscitada en el presente expediente - la del régimen jurídico del contrato que tiene por objeto la obra pública para la adaptación de un inmueble, propiedad de la Diputación Provincial, a residencia universitaria y su posterior explotación - debe ser resuelta mediante aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, lo que, con carácter previo a determinar los preceptos concretos aplicables, exige la calificación de la naturaleza jurídica del contrato a celebrar.

2. Ninguna dificultad especial suscitaría la celebración de dos contratos distintos cuyo objeto respectivo fueran las obras de adaptación del inmueble, de un lado y la explotación de la residencia universitaria de otro. El primer contrato, típico contrato de obras, se regiría íntegramente por las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en general y, en particular, por las contenidas en el Título I del Libro II que incluye las normas específicas de este contrato, debiendo significarse que si el presupuesto del contrato de obras resultase igual o superior a 20.000.000 de pesetas, debería exigirse al adjudicatario el requisito de la clasificación como contratista de obras.

El contrato para la explotación de la residencia universitaria propiedad de la Diputación de Burgos debería conceptuarse como un contrato de gestión de servicio público, dada la finalidad del contrato -el establecimiento y explotación de una residencia universitaria- y el dato decisivo de que la prestación del servicio que implica la explotación de la residencia, no se prestaría a la Administración contratante -la Diputación Provincial de Burgos- sino a los universitarios que utilizaran la residencia, por cuya explotación la citada Administración no tendría que pagar un precio, sino percibir un canon del adjudicatario del contrato. En este caso, con aplicación de las disposiciones generales de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y las específicas del Título II del Libro II, el régimen jurídico de este contrato no debía suscitar especiales dificultades y únicamente debe señalarse que, conforme a la citada normativa, en los contratos de gestión de servicios públicos, a diferencia de los de obras y los de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, no resulta exigible la clasificación al contratista, sino que éste debe acreditar su capacidad y solvencia conforme a las reglas generales de la Ley contenidas en los artículos 15, 16 y 19, este último en relación con la solvencia técnica o profesional para este tipo de contratos.

3. La solución apuntada - la celebración de dos contratos distintos e independientes - constituye uno de los medios de resolver las dudas y dificultades puestas de relieve en su escrito por el Presidente de la Diputación de Burgos. No obstante como en dicho escrito se alude a la celebración, por procedimiento abierto y concurso, de un solo contrato que se califica expresamente de concesión de obra pública y cuyo objeto es la realización de las obras de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y su posterior explotación, resulta necesario examinar el régimen jurídico aplicable a este contrato único.

Aún desconociendo las concretas condiciones del contrato que se pretende celebrar y del estado concreto de tramitación del expediente de contratación, dado que en el escrito de consulta se alude, por un lado, al trámite de información pública y, de otro lado, a la existencia de un pliego, cuya cláusula 10 exige el requisito de clasificación como contratista de obra, lo cierto es que el contrato que examinamos con doble objeto, la adaptación de un inmueble y la explotación de una residencia, ha de regirse por las normas del contrato de obras o por las normas del contrato de gestión de servicios públicos, según resulta de diversos preceptos contenidos en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

El artículo 130.1 de la Ley caracteriza el contrato de concesión de obras públicas como aquel en el que siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consiste en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado de un precio, estableciendo el apartado 2 del mismo artículo que este contrato queda sujeto a las normas generales de los contratos de obras, con las especialidades previstas en el artículo 139 que, por referirse a plazos de presentación de candidaturas y de recepción de solicitudes de participación en el procedimiento restringido, para nada afectan a la cuestión suscitada en el presente expediente.

La sujeción a las normas generales del contrato de obras que, para las concesiones de obras públicas preceptúa el artículo 130.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, significa a juicio de esta Junta que, inspirada dicha Ley en el principio de régimen jurídico único para los contratos mixtos, todas las normas del contrato de obras, y sólo ellas, resultan aplicables al contrato de concesión de obras públicas, sin que en materia de capacidad y solvencia pueda acudir a las normas establecidas para contratos distintos como serían, en el presente caso, los de gestión de servicio público o los de consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales.

Supuesto distinto es el de que los contratos, por no concurrir las circunstancias previstas en el artículo 130.1 de la Ley, principalmente porque la contraprestación a favor del adjudicatario no consista exclusivamente en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado de un precio, no pueda ser calificado como concesión de obra pública y deba serlo como contrato de gestión de servicio público. En este caso el régimen jurídico del contrato sería el propio del contrato de gestión de servicios públicos contenido en el Título II, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues aunque una interpretación literal del artículo 159.2 de la propia Ley pudiera llevar a la conclusión de que todo contrato de gestión de servicios públicos que incluyera cualquier género de obra, aunque fuera de ínfima cuantía, habría de regirse por las normas del contrato de concesión de obras y, en definitiva, por las del contrato de obras, debe ser descartada por cuanto desnaturalizaría la finalidad de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto establece y regula como tipos contractuales distintos los de obras y los de gestión de servicios públicos, quedando este último sin prácticamente campo de aplicación si prevalece la interpretación que se descarta. Por ello debe entenderse que, calificado el contrato de gestión de servicio público, aunque implique la realización de obras, las condiciones de capacidad y solvencia han de ser las propias del contrato de gestión de servicios públicos y no las establecidas para el contrato de obras.

4. La conclusión anterior no puede quedar desvirtuada, sino, por el contrario, confirmada, si se hace entrar en juego el precepto del artículo 6 de la propia Ley que viene a establecer que cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase se atenderá para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Como ponía de relieve esta Junta en su informe de 22 de marzo de 1995 (Expediente 3/95) abordando la cuestión de la clasificación exigible en un contrato mixto de obras y asistencia, para determinar el régimen jurídico de un contrato mixto, en particular el tema de la citada clasificación, resultaba preciso proceder, con carácter previo, a una calificación del contrato, dado que, de las diversas posturas doctrinales existentes en orden a la regulación de los contratos mixtos - la teoría de la combinación de normas de las distintas prestaciones y la teoría de la aplicación de normas de la prestación principal - la entonces vigente legislación de contratos del Estado se inclinaba por la segunda en el artículo 240 del Reglamento General de Contratación del Estado, hoy confirmado por el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que con carácter general para todos los contratos que comprenden prestaciones de distintos contratos administrativos, y no solo de obras y suministros, viene a reiterar la regla de la aplicación del régimen jurídico correspondiente a la prestación más importante desde el punto de vista económico, sin admitir la posibilidad de aplicación de normas de distintos tipos de contratos.

Lo que se quiere resaltar con la cita y examen del artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es, en definitiva, que en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico determina la aplicación total de las normas que definen su régimen jurídico, sin que quepa acudir a las relativas a otro tipo de contratos.

Por ello, en el caso presente, habrá de ponderarse la prestación económica más importante, la realización de la obra o la explotación de la residencia universitaria para aplicar, en consecuencia, las normas de capacidad y solvencia del contrato de obras o del contrato de gestión de servicios públicos.

5. Con lo hasta aquí expuesto deben quedar solventadas las dudas y dificultades puestas de relieve en el escrito del Presidente de la Diputación Provincial de Burgos. No obstante conviene realizar algunas precisiones en relación con las consideraciones que se realizan en el mencionado escrito.

En primer lugar debe reiterarse que el presupuesto de hecho de que se parte en el escrito de consulta de que "asimismo es exigible la necesaria cualificación empresarial para el ejercicio del derecho a la explotación del inmueble, entendiéndose ésta como la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, establecida en el artículo 15.1 de la citada Ley" no resulta correcta, ya que, conforme se ha razonado los únicos requisitos de capacidad y solvencia exigibles son los correspondientes al contrato de obras o los correspondientes al contrato de gestión de servicios públicos, pero no acumulativamente los dos.

En segundo lugar debe indicarse que los requisitos para la contratación con uniones de empresarios son los que resultan de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y de las normas reglamentarias de desarrollo que deben considerarse vigentes, sin que, en ninguna de ellas figure limitación temporal alguna para su duración y ello por no resultar aplicable la fijada en el artículo 8 de la Ley de 28 de mayo de 1982 sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas, resultando significativo al respecto que el artículo 24.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su párrafo segundo, se refiera expresamente al ejercicio de derechos y cumplimiento de las obligaciones que del contrato se deriven "hasta la extinción del mismo" lo que avala la interpretación señalada de que las uniones de empresarios tienen necesariamente que tener la misma duración que la del contrato al que concurren.

Por último, en cuanto a la cuestión de la cesión ha de ser resuelta de conformidad con los criterios que han sido expuestos a lo largo del presente informe, por lo que si la cesión afecta exclusivamente a las obras, habrá de regirse por las normas del contrato de obras y si la cesión afecta a la explotación de una residencia universitaria será necesario, que el cesionario tenga la capacidad y solvencia para dicha explotación y que el cedente haya realizado la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración previsto del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 115.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que las obras de adaptación para residencia universitaria de un inmueble, propiedad de la Diputación de Burgos, y la explotación de la citada residencia universitaria pueden ser objeto de contratos distintos e independientes en los que

se exigirán, respectivamente, los requisitos de capacidad y solvencia propios del contrato de obras y del contrato de gestión de servicios públicos.

2. Que si, no obstante, se opta por la celebración de un único contrato con doble prestación - las obras de adaptación y la explotación de la residencia universitaria - se aplicarán las normas resultantes de la calificación del contrato, es decir, del contrato de obras, si se califica de concesión de obra pública o del contrato de gestión de servicios públicos si es esta última su calificación, sin que, en ningún caso, resulte procedente exigir acumulativamente requisitos de capacidad y solvencia propios de ambos tipos de contratos.