

Informe 33/99, de 30 de junio de 1999. "Posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación y ejecución de contratos de gestión de servicios públicos de cláusulas relativas a la adhesión del contratista a un sistema de arbitraje de consumo en sus relaciones con los usuarios".

2.3. Pliegos de cláusulas administrativas generales y particulares.

ANTECEDENTES.

Por el Subsecretario del Ministerio de Sanidad y Consumo, en su calidad de Presidente del Instituto Nacional de Consumo, Organismo autónomo adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo, se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

«El artículo 31 de la Ley 2/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, desarrollado por el Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, han establecido el Sistema de Arbitraje de Consumo, mediante el cual sin formalidades especiales y con carácter esencialmente gratuito, se atienden y resuelven con carácter vinculante y ejecutivo para las partes que, voluntariamente y mediante declaración expresa por escrito se sometan al mismo, las quejas o reclamaciones de los consumidores y usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito.

Con datos correspondientes a 1998, ha formalizado su adhesión al Sistema de Arbitraje de Consumo 46.747 empresas. A pesar del significativo número de empresas adheridas al sistema, resulta necesario mantener el esfuerzo de las Administraciones Públicas para garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante procedimientos eficaces, de acuerdo con el mandato dirigido a los poderes públicos contenido en el art. 51 de la Constitución.

En este sentido, el incremento de las empresas adheridas al Sistema de Arbitraje de Consumo constituye uno de los objetivos del Plan Estratégico de Protección al Consumidor 1999-2001 aprobado por el Gobierno.

El mismo objetivo persigue la proposición no de ley adoptada por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 15 de diciembre de 1997, que acordó lo siguiente:

El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a adoptar, en el plazo máximo de un año, cuantas medidas considere en aras de promover y conseguir la adhesión de las empresas públicas estatales, empresas en cuyo capital participe el Estado, o aquellas de titularidad privada que hayan asumido por cualquier mecanismo la prestación de un servicio público al sistema de Arbitraje de Consumo, para conseguir un más eficaz nivel del sistema de protección de los consumidores.

A tal efecto, dará instrucciones a los miembros representantes de la Administración del Estado en los Consejos de Administración de las empresas públicas estatales o con participación estatal para que aquéllos acuerden la adhesión. Además, se establecerá entre los criterios para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos la citada adhesión.

Transcurrido el plazo para la adopción por el Gobierno de las medidas instadas por el Congreso de los Diputados, todavía no se ha dado cumplimiento al último párrafo del acuerdo parlamentario, que insta al Gobierno a establecer la adhesión al sistema de Arbitraje de Consumo de las empresas privadas que pretendan licitar en los

concursos para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos como uno de los criterios a valorar para la adjudicación de dichos contratos.

Para dar cumplimiento al citado párrafo del acuerdo parlamentario, a esta Subsecretaría, después de analizar la legislación interna y comunitaria sobre contratación pública, se le plantean las siguientes alternativas:

- Inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares de los concursos para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos de la adhesión de la empresa al sistema de Arbitraje de Consumo como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional de la empresa. En efecto, si se tiene en cuenta que la calidad de un servicio depende no sólo de las condiciones de la prestación principal, sino también de las fórmulas que se presenten para atender las quejas de los usuarios, debe concluirse que el índice de satisfacción final está en función directa de la existencia de sistemas de arbitraje como cauce de comunicación y solución de los conflictos que se presenten.

En estas condiciones, parece que el requisito de acreditar la adhesión al sistema de Arbitraje de consumo por la empresa licitadora podría encajar en lo dispuesto en la letra f) del artículo 19 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece como uno de los medios para acreditar dicha solvencia de las empresas: una declaración de las medidas adoptadas por los empresarios para controlar la calidad, así como de los medios de estudio y de investigación de que dispongan. Si la calidad del servicio depende, entre otros factores, de la existencia de sistemas ágiles y gratuitos para resolver las quejas de los usuarios, podría especificarse en el Pliego el requisito de la adhesión de la empresa licitadora al sistema de Arbitraje de consumo como uno de los indicadores de la calidad del servicio.

- Inclusión en los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares como uno de los criterios objetivos a ponderar para la adjudicación de los concursos de contratos de gestión de servicios públicos de la adhesión al sistema de Arbitraje de consumo de las empresas licitadoras, ya que dicha adhesión, por las razones apuntadas, tiene relación con la calidad del servicio prestado que se cita expresamente en el artículo 87 de la Ley 13/1995 como uno de los criterios objetivos a valorar.

- Otras alternativas consistirían en introducir en el proyecto de ley de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, mediante enmiendas en el Senado, las normas precisas para dar efectividad al acuerdo parlamentario, siempre y cuando estas modificaciones normativas respetasen los principios internos y comunitarios de la contratación pública y, en particular, el principio de concurrencia.

En este sentido, esta Subsecretaría entiende que podrían existir dos posibilidades:

- Introducir algún precepto en la regulación de los contratos de gestión de servicios públicos que cite expresamente la adhesión de la empresa licitadora a sistemas de arbitraje para resolver las quejas de los usuarios como uno de los criterios objetivos a valorar en los concursos, aunque se suscite la duda de si esta modificación afectaría al principio de concurrencia.

- Introducir una disposición adicional similar a la octava de la vigente ley, que permita a los órganos de contratación establecer en los Pliegos la preferencia en la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos para las proposiciones presentadas por las empresas adheridas al sistema de Arbitraje de consumo u otros sistemas de arbitraje, siempre que dichas proposiciones

iguales en sus términos a la más ventajosa desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

En consecuencia, el Subsecretario de Sanidad y Consumo, en su calidad de Presidente del Organismo Autónomo Instituto Nacional del Consumo (art. 8.3 del Real Decreto 1893/1996), que tiene atribuida la implantación, desarrollo y difusión del Sistema Arbitral de Consumo conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2, b) del Real Decreto 1893/1996, de 2 de agosto, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Sanidad y Consumo, de sus Organismos Autónomos y del Instituto Nacional de la Salud, de acuerdo con lo establecido en los artículos 2.1 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, solicita de esa Junta Consultiva que se emita informe sobre la manera de dar cumplimiento al último párrafo de acuerdo parlamentario transcrito y, en concreto, sobre la viabilidad jurídica de cada una de las cuatro alternativas descritas en este escrito o de cualquier otra que ese órgano consultivo en materia de contratación administrativa considere conveniente para el mejor cumplimiento de referido acuerdo parlamentario».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La cuestión que se suscita en el presente expediente consiste en determinar la viabilidad jurídica de las medidas que pueden tomarse para dar cumplimiento al contenido de la proposición no de Ley por el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 15 de diciembre de 1997 en cuanto acordó instar al Gobierno a adoptar cuantas medidas considere en aras de promover y conseguir la adhesión de las empresas públicas estatales, empresas en cuyo capital participe el Estado o aquéllas de titularidad privada que hayan asumido por cualquier mecanismo la prestación de un servicio público al sistema de arbitraje de consumo, para conseguir un más eficaz nivel del sistema de protección de los consumidores añadiendo que además, se establecerá entre los criterios para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos la citada adhesión.

Para examinar y resolver sobre las posibilidades existentes conviene partir de las enumeradas en el escrito de consulta, ordenándolas a efectos expositivos de manera que las cuestiones planteadas, en relación con el contrato de gestión de servicios públicos han de quedar concretadas de la manera siguiente:

- a) Posibilidad de incluir en los pliegos como uno de los medios para acreditar la solvencia técnica o profesional la adhesión de la empresa al sistema de arbitraje de consumo.
- b) Posibilidad de incluir la misma adhesión como uno de los criterios objetivos de adjudicación del concurso.
- c) Posibilidad de introducir una modificación en el texto de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (mediante enmiendas en el Senado al proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se dice) que cite expresamente la adhesión a sistemas de arbitraje como uno de los criterios objetivos a valorar en los concursos o que introduzca una disposición similar a la octava de la Ley en el sentido de permitir a los órganos de contratación establecer en los pliegos la preferencia en la adjudicación para las proposiciones presentadas por las empresas adheridas al sistema de arbitraje de consumo u otros sistemas de arbitraje, siempre que dichas proposiciones iguallen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación.

2. Para resolver las dos primeras cuestiones suscitadas -posibilidad de incluir la adhesión a sistemas de arbitraje en los pliegos de cláusulas administrativas particulares para la adjudicación por concurso de los contratos de gestión de servicios públicos como requisito de solvencia o como criterio de adjudicación hay que reiterar criterios ya expuestos por esta Junta en sus informes de 2 de marzo de 1998 (expediente 53/97), 11 de noviembre de 1998 (expediente 44/98), 16 de diciembre de 1998 (expediente 44/98) y en el informe de esta misma fecha (expediente 11/99).

En dichos informes esta Junta Consultiva ha razonado, basándose en la interpretación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública realizada por la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988 (Asunto C-31/87. Beentjes B.V.), que tanto las propias Directivas comunitarias como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas establecen una clara diferenciación entre la fase de selección del contratista y la fase de adjudicación del contrato, regidas por reglas distintas, sin que a la utilización de las Directivas comunitarias como elemento interpretativo pueda oponerse el hecho cierto de que el contrato de gestión de servicios públicos todavía no ha sido objeto de regulación por dichas Directivas, pues, con independencia de que existen ya proyectos para incluir en el Derecho comunitario los citados contratos de gestión de servicios públicos, lo cierto es que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, transcribiendo casi literalmente normas de las Directivas, regula en el artículo 19 la solvencia técnica o profesional, como criterio que debe examinarse en relación con las empresas y que se declara aplicable a los demás contratos regulados en la Ley, es decir, a los que no sean de obra o de suministro, por tanto a los de gestión de servicios públicos y en el artículo 87, aplicable a todos los contratos por su carácter general y por su ubicación en el Libro I de la Ley referente a los contratos de las Administraciones Públicas en general, regula los criterios objetivos para la adjudicación de los contratos como requisito que ha de concurrir en las ofertas y no en las empresas.

3. Partiendo de las ideas generales que han quedado expuestas se observa que el artículo 19 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no incluye ningún apartado en que pueda encajarse la adhesión a un sistema de arbitraje de consumo o a un sistema de arbitraje, en general, como requisito de solvencia. Si se pretende enlazar, como se hace en el escrito de consulta con la calidad del servicio público prestado y, por tanto, con el apartado f) del artículo 19, que hace referencia a una declaración de las medidas adoptadas por los empresarios para controlar la calidad, hay que señalar que el que la empresa se haya adherido a un sistema de arbitraje nada tiene que ver con su solvencia técnica para prestar el servicio, pues empresas con gran solvencia no adheridas a sistemas de arbitraje pueden prestar un servicio de calidad y empresas con ninguna solvencia, pero adheridas a este sistema, pueden prestar un servicio deficiente, circunstancia que quedará acreditado cuanto mayor sea el número de reclamaciones y las cuestiones que se someten a arbitraje. Si se tiene en cuenta, además, que por el sistema de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si se estableciera este requisito de solvencia técnica habría que rechazar a todas las empresas que no se hubieren adherido al sistema de arbitraje, sin posibilidad de examinar sus ofertas, podría producirse algún efecto discriminatorio respecto de empresarios no españoles del resto de países comunitarios y esta circunstancia, por si sola, bastaría para rechazar la posibilidad de que la adhesión a un sistema de arbitraje pueda figurar en los pliegos como requisito de solvencia.

4. En cuanto a la posibilidad de que la adhesión a un sistema de arbitraje pueda figurar en los pliegos como criterio de adjudicación del concurso nos remitimos expresamente a las consideraciones de nuestro informe de 16 de diciembre de 1998 y de la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de septiembre de 1988, recogidas en aquél, en cuanto se declaraba lo siguiente:

«En cuanto a los criterios de adjudicación que no sean el del precio más bajo la Sentencia realiza la siguiente declaración:

"Si la segunda alternativa (se refiere a la adjudicación a la oferta económicamente más ventajosa), deja a los poderes adjudicadores la elección del criterio de adjudicación del contrato que ellos consideran conveniente, esta elección no puede basarse más que en criterios tendentes a identificar la oferta económicamente más ventajosa añadiendo que en efecto, no es más que a título de excepción el que el apartado 4 del mismo artículo (se refiere al artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, coincidente con el artículo 30, apartado 3 de la Directiva 93/37/CEE) admita que la adjudicación pueda ser fundada sobre criterios de naturaleza diferente en el cuadro de una reglamentación tendente a hacer beneficiarse a ciertos licitadores de una preferencia a título de ayuda, a condición de que la reglamentación invocada sea compatible con el Tratado, particularmente con los artículos 92 y siguientes.

Interesa destacar que aunque la Sentencia admita la utilización de otros criterios para la adjudicación lo hace con carácter muy limitado, puesto que la referencia al apartado 4 del artículo 29 de la Directiva 71/305/CEE, hoy artículo 30 de la Directiva 93/37/CEE, limita tal posibilidad a que criterios distintos de los del precio más bajo o de proposición más ventajosa económicamente estén establecidos o previstos en una normativa vigente en el momento de adoptar la Directiva (se refiere a la 71/305/CEE) que tenga por objeto que algunos licitadores tengan preferencia con la condición de que la normativa indicada sea compatible con el Tratado. Obviamente esta excepción no resultaría aplicable en ningún caso a España, que en la fecha de incorporación de la Directiva 71/305/CEE no tenía en vigor tal normativa excepcional sin perjuicio de que además, como veremos, la discriminación por razón de nacionalidad sea incompatible con el Tratado.

Refiriéndose a la condición de emplear parados de larga duración se realiza en la misma Sentencia la siguiente consideración:

"La exigencia de emplear parados de larga duración podría notablemente enfrentarse al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, consagrado por el artículo, apartado 2 del Tratado, en el caso de que se revelase que tal condición no podría ser cumplida más que por los licitadores nacionales o bien que sería muy difícilmente cumplida por los licitadores provenientes de otros Estados miembros añadiendo que corresponde al juez nacional verificar, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, si la exigencia de tal condición tiene o no una incidencia discriminatoria directa o indirecta. En la propia Sentencia se califica la condición de emplear parados de larga duración como condición particular suplementaria".

Hay que tener en cuenta que el supuesto de hecho al que se refiere la Sentencia no es el de que la condición de emplear parados sea un criterio para la adjudicación del contrato, sino una condición exigida a todos los licitadores, pero la argumentación utilizada en cuanto a la discriminación o no discriminación aporta elementos interpretativos valiosos a efectos del presente informe.

Como resumen de la normativa comunitaria constituida por la Directiva 93/37/CEE y de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas, interpretativa de la misma, pueden extraerse las conclusiones de que se diferencia claramente entre la fase de selección de contratistas, en la que se tienen en cuenta circunstancias relativas a las empresas y la fase de adjudicación del contrato, en la que, tratándose de la proposición más ventajosa económicamente, deben utilizarse criterios tendentes a comprobar esta circunstancia, admitiéndose excepcionalmente la condición de emplear parados de larga duración, no como criterio de adjudicación, siempre que esta última, que se califica de cláusula particular suplementaria, no produzca discriminación con los licitadores de otros Estados miembros, es decir, que

no solo pueda ser cumplida por los licitadores nacionales y que no sea difícilmente cumplible por los licitadores de otros Estados miembros».

Partiendo de estas consideraciones en el presente caso hay que resaltar que la adhesión a un sistema de arbitraje de consumo o, en general, a sistemas de arbitraje no es una condición de la oferta que pueda hacerla económicamente más ventajosa sino una condición de la empresa que, en su caso, habrá que apreciar como requisito de solvencia, lo cual, no obstante, ha quedado anteriormente descartado.

Además hay que señalar en cuanto a la calidad que, aunque mencionada expresamente como uno de los criterios de adjudicación del concurso en el artículo 87 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, la imposibilidad de enlazar el sistema de arbitraje con el criterio de la calidad y sus posibles efectos discriminatorios debe hacerse con una remisión a lo expuesto en el anterior apartado de este informe en cuanto al tratamiento de la adhesión a sistemas de arbitraje como requisito de solvencia.

5. Resta por examinar la posibilidad de que por norma con rango de Ley formal, cualquiera que sea ésta, se modifique la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas incluyendo las medidas pretendidas en el escrito de consulta.

Aunque por el principio constitucional de jerarquía normativa una Ley posterior puede modificar en todos sus extremos una Ley anterior no parece congruente que esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa informe favorablemente propuestas que contradigan lo hasta aquí expuesto, entre otras razones porque tales propuestas, factibles desde un mero punto de vista formal, podían contradecir normas y principios de las Directivas comunitarias. En este sentido el informe de esta Junta tiene que ser contrario a una modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas mediante la cual se establezca que la adhesión a un sistema de arbitraje de consumo, de arbitraje en general, pueda figurar como requisito de solvencia o como criterio de adjudicación del concurso en la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos.

También esta Junta se muestra contraria a que se introduzca en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas un precepto de contenido similar al de la disposición adicional octava respecto a empresas con minusválidos, pues aparte de ser contrario a todo sistema de contratación administrativa la introducción de preferencias, lo que llevaría a cuestionarse el acierto de la actual disposición adicional octava de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo cierto es que al aplicarse tal preferencia en el caso de que Adichas proposiciones igualen en sus términos a las más ventajosas desde el punto de vista de los criterios objetivos que sirvan de base para la adjudicación@ queda apenas sin sentido la preferencia establecida.

La única solución factible, a juicio de esta Junta, es proceder a la modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas estableciendo un precepto que establezca que en la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos será requisito indispensable para su adjudicación que las empresas acrediten haberse adherido a un sistema arbitral de consumo o, en general a un sistema de arbitraje. Para adoptar la solución que se indica habrá de ponderarse la siempre cuestión delicada de si el cumplimiento del ordenamiento jurídico o el fomento de medidas que contempla ha de lograrse a través de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas y sobre todo considerar las repercusiones que tal medida puede suponer con la posible incorporación por la misma razón de otras medidas, incluso en materias del propio Ministerio de Sanidad y Consumo, a la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIONES.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que la adhesión a sistemas de arbitraje de consumo no puede considerarse ni requisito de solvencia ni criterio de adjudicación de concursos en los contratos de gestión de servicios públicos.
2. Que, aunque resulta posible una modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, no parece oportuno que la misma se produzca en el sentido de considerar la adhesión como requisito de solvencia o como criterio de adjudicación del concurso, ni tampoco introduciendo un precepto similar de contenido a la disposición adicional octava.
3. Que para resolver las propuestas planteadas la única solución posible consiste en introducir un precepto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas estableciendo la adhesión a sistemas de arbitraje, no como requisito de solvencia o criterio de adjudicación, sino como requisito que deben cumplir todas las empresas para acceder a un contrato de gestión de servicios públicos, si bien en la adopción de tal solución deben ponderarse las circunstancias y repercusiones que aconsejen o no tal medida.