

Informe 15/06, de 24 de marzo de 2006. "Cesión del contrato. Consideraciones sobre la aplicación del porcentaje del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en el contrato para la construcción y explotación de aparcamientos".

Clasificación de los informes: 2.5 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. Contratos mixtos. 21.4 Contratos de obras. Concesión de obras públicas.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Albacete se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

"En fechas 19 de enero de 2.006 y 2 de febrero de 2.006 por la Entidad Mercantil LUIS BATALLA, S.A.U. presenta en el registro del Ayuntamiento de Albacete sendos escritos en los que, en síntesis, solicitan que se autorice por el Excmo. Ayuntamiento de Albacete la cesión por la mercantil LUIS BATALLA, S.A.U. a la entidad INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS CASTILLA LA MANCHA, S.A. del contrato administrativo de construcción y subsiguiente explotación, en régimen de concesión administrativa, de los aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles en dicho término municipal denominados Avenida de España, Plaza del Sembrador- calle Alcalde con Angla y Central Contable- calle Rosario.

El contrato en cuestión fue suscrito por este Ayuntamiento y la Entidad mercantil LUIS BATALLA, S.A.U. en fecha 25 de octubre de 2.004 y, en síntesis, se trata de la construcción de obras de aparcamiento y posterior explotación del servicio, en el que en sus cláusulas segunda y octava establece expresamente lo siguiente:

1. Cláusula Segunda.- Plazo de ejecución de las obras. El plazo de ejecución de las obras, se computará a partir de la fecha de formalización del acta de comprobación de replanteo y, será el que se indica a continuación:

- Aparcamiento Avda. de España: 12 meses.*
- Aparcamiento Central Contable: 10 meses.*
- Aparcamiento Plaza el Sembrador: 11 meses*

2. Cláusula Octava.- Duración de la concesión. La concesión para los aparcamientos de rotación y residentes tendrá una duración de 40 años, contados a partir de la puesta en servicio de cada aparcamiento.

En fecha actual las obras de construcción de dos de los aparcamientos están prácticamente terminadas y pendiente de ejecutar la del aparcamiento de la Plaza del Sembrador y aún no han comenzado con la explotación del servicio de dichos aparcamientos.

Sin entrar a analizar pormenorizadamente todos los requisitos de la cesión de los contratos administrativos, en un principio, por la unidad administrativa responsable en la Corporación en la tramitación de expedientes de contratación, se ha planteado la duda acerca de la aplicación en la cesión del contrato en cuestión del porcentaje del 20% en la ejecución del contrato o la realización de la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato, dado que si bien en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares no se establece una calificación expresa del contrato, lo cierto es que el contrato cabe calificarlo de concesión de obra pública y, en la regulación de la cesión en este último contrato, en concreto, en el artículo 242 del Real Decreto Legislativo 2/2.000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP, en su apartado e) establece que el concesionario tiene derecho a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 de esta ley y, a su vez, en el apartado 2, letra b), de dicho precepto legal, se establece como requisito para que prospere la cesión de los contratos "que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe de contrato, o realizada la explotación al menos durante un plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos".

Considerando que el contrato de concesión de obra pública es una figura contractual de reciente creación, de tal manera que ha sido incorporado como contrato típico administrativo en la Ley de Contratos Administrativos, en virtud de la modificación operada en dicha ley por la Ley 13/2.003, de 23 de mayo, y que en los antecedentes anteriores, en muchas opiniones doctrinales, consideraban dicho contrato como un contrato mixto, en el que existían prestaciones típicas del contrato de obras y, otras, específicas del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, a efectos de su calificación y determinación de las normas que regulaban dicho contrato, se estaba, de conformidad con lo previsto en el artículo 6 TRLCAP, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico y, en base a ello, en la mayoría de los supuestos se calificaba de gestión de servicios públicos.

No obstante lo establecido en el apartado anterior, también hay posturas doctrinales que entienden que en el contrato antes indicado lo principal es la obra, siendo lo accesorio la explotación del servicio, puesto que si no se construyeran las obras, no cabría la explotación del servicio.

Considerando los antecedentes anteriores, se plantea la cuestión siguiente, CUESTIÓN:

1.- En el contrato administrativo de construcción y subsiguiente explotación de los aparcamientos subterráneos para vehículos automóviles en el término municipal de Albacete, denominados Avenida de España, Plaza del Sembrador- calle Alcalde con Angla y Central Contable- calle Rosario, que cabe calificarlo de contrato de concesión de obras públicas, en cuanto al requisito de la cesión del contrato contemplado en el apartado 2, letra b), del artículo 114 del TRLCAP, ¿ qué porcentaje se aplica?, : el del contrato de obras y, por tanto, es necesario que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o, en su caso, el del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, es necesario que el contratista tenga realizada la explotación al menos durante un plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato"

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Como expresamente y con toda claridad se expresa en el escrito de consulta que ha quedado transcrito, la cuestión que se plantea es la de determinar si en el contrato para la construcción y subsiguiente explotación de aparcamientos subterráneos, en cuanto al requisito de la cesión del contrato contemplado en el apartado 2, letra b), del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si se aplica el porcentaje establecido para el contrato de obras y, por tanto, es necesario que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato o, por el contrario, el del contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, es necesario que el contratista tenga realizada la explotación al menos durante un plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato.

2. Aunque a partir de la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, el contrato responde a la calificación de contrato de concesión de obra pública por reunir las características definidoras del mismo que se incorporan al nuevo artículo 220 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como contrato que tiene por objeto la construcción y explotación de una obra pública susceptible de explotación económica, lo cierto es que para resolver la cuestión planteada dicha calificación resulta insuficiente, dado que el artículo 242, letra e), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye al concesionario el derecho a ceder la concesión de acuerdo con lo previsto en el artículo 114 de esta Ley, en el cual no se menciona el contrato de concesión de obra pública.

En defecto de mención expresa de este último contrato, esta Junta se inclina por aplicar el porcentaje del contrato de gestión de servicios públicos, dado que así lo sostuvo, antes de la Ley 13/2003, de 13 de mayo, en un supuesto muy similar de construcción de un inmueble para la explotación de una residencia universitaria (informe de 30 de mayo de 1996, expediente 24/96) y parece así resultar del plazo de duración del contrato que se fija en 40 años.

A la misma conclusión había de llegarse por el artículo 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que para los contratos mixtos establece la aplicación de la regulación de la prestación principal desde un punto de vista económico, pues es indudable que, a estos efectos y dado el silencio de la Ley, el contrato comprende la construcción de obras y la explotación del servicio y la aplicación.

De uno u otro porcentaje de los establecidos en el artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dependerá que se considere prestación principal la ejecución de las obras de los aparcamientos o su explotación.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que en el contrato para la construcción de aparcamientos y su explotación, la aplicación de los distintos porcentajes establecidos en el artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dependerá de que la prestación principal, desde el punto de vista económico, sea la de ejecución de obras o la de explotación de los aparcamientos, inclinándose esta Junta, por las razones expuestas, y con los datos de que dispone, a considerar prestación principal la de explotación del servicio y no la ejecución de la obra.