

Informe 54/04, de 12 de noviembre de 2004. "Sustitución del adjudicatario de una concesión de construcción y explotación de obras públicas en las que el licitador en su proposición no asume el compromiso de constituir una sociedad a tal efecto".

Clasificación de los informes: 21.4 Concesión de obras públicas.

ANTECEDENTES

1. Por el Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Vimianzo (La Coruña) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa escrito de consulta sobre –se dice- la posibilidad de cesión de concesión administrativa de obra pública para construir y explotar el denominado "Parque eólico singular O Barrigoso", redactado en los siguientes términos:

"1.- Después del oportuno expediente de "municipalización" en régimen de libre concurrencia y con las pertinentes autorizaciones de la Comunidad Autónoma Gallega para la implantación y explotación de dicho parque eólico singular, el Ayuntamiento de Vimianzo, decidió gestionarlo indirectamente, en la modalidad de concesión de obra pública (art. 85 de la Ley 7/85, de 2 de Abril, en relación con los artículos 156 y 220 y sgs., del TRLCAP, aprobado por el Real Decreto Legislativo, de 16 de junio y con la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de Mayo).

II.- Con tal finalidad, entre otros documentos y antecedentes, el Ayuntamiento de Vimianzo en sesión celebrada por el Pleno, en fecha de 14 de Febrero de 2004, una vez que se aprobó definitivamente el expediente de "municipalización para ejercer actividades económicas en régimen de libre concurrencia con la finalidad de explotar un Parque eólico singular, sistema de gestión por concesión de obra pública, viabilidad económica y acuerdos complementarios", dio aprobación al "Pliego de Cláusulas económico administrativas particulares rector de la contratación, mediante concurso con concesión de obra pública para la contratación y explotación del llamado "Parque Eólico Singular O Barrigoso" de Vimianzo y aprobación del expediente de contratación y disposición de apertura del Procedimiento de adjudicación.

Se acompaña certificado de este acuerdo, como Doc. n° 1. Igualmente se acompaña copia del Pliego de prescripciones técnicas de referencia. III.- Después de la oportuna licitación y trámites legales al efecto, con los oportunos informes y propuestas de la mesa de contratación el Ayuntamiento-Pleno en sesión celebrada el día 18 de Mayo de 2004, acordó efectuar adjudicación del contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción y explotación del Parque Eólico Singular de "O Barrigoso" a la empresa EYRA, S.A. (Energías y Recursos Ambientales, S.A., con CIF n° A-81798787), representada por D. Leopoldo Iglesia Lachica, en cuya parte dispositiva, dice:

Primero.- Adjudicar este contrato administrativo de concesión de obra pública para la construcción y explotación del parque eólico singular "O Barrigoso"; a la empresa EYR/ (Energía y Recursos Ambientales, S.A.), con CIF A-81798787, representada por D Leopoldo Iglesia Lachica, ajustándose a las condiciones establecidas en el pliego de cláusulas administrativas, rector de este proceso de contratación, que fue aprobado por el Pleno del Ayuntamiento, con fecha 14 de febrero de 2004, así como a todas y cada una de las mejoras por dicha empresa ofertadas, por considerarla en su conjunto la oferta mas ventajosa para los intereses públicos de acuerdo con los criterios de valoración establecidos en el pliego.

A estos efectos, el objeto del contrato, de conformidad con la cláusula primera de pliego queda configurada por las siguientes actuaciones:

1.- Finalizar la tramitación a la que se refiere el artículo 22 del Decreto 302/2001, de 25 de octubre, por el que se regula el aprovechamiento de la energía eólica en la Comunidad Autónoma de Galicia (DOG n° 235, de 5 de diciembre de 2001), con el fin de obtener la pertinente autorización administrativa para el llamado "pes O Barrigoso".

2°.- Gestionar la tramitación administrativa del proyecto pendiente, así como la obtención de la disponibilidad de los terrenos necesarios para la implantación de las instalaciones: que se proyectan del "pes O Barrigoso".

3°.- Ejecución de las obras, una vez que el órgano autonómico competente apruebe e proyecto de ejecución del "pes O Barrigoso".

4°.- Explotación de las instalaciones del "pes O Barrigoso", una vez autorizada su explotación.

Segundo.- De conformidad con lo señalado en el pliego de cláusulas económico-administrativas de referencia, el plazo de concesión de la explotación es de 20 años, contados desde la puesta en servicio o el funcionamiento de las instalaciones de parque eólico singular, esto es, desde el comienzo de la facturación de la energía eléctrica.

En cualquiera caso, son de obligado cumplimiento, como ley contractual, las demás condiciones económico-administrativas particulares recogidas en el expediente de contratación, incluidas -por lo tanto- las distintas prescripciones técnicas y económico-financieras que fueron aprobadas por el Pleno del Ayuntamiento, en la sesión de fecha 14 de febrero de 2004.

Además, son, en todo caso, de cumplimiento obligado las mejoras ofertas, por la empresa adjudicataria, en la documentación de su oferta.

Tercero.- Notificar a la empresa adjudicataria, que con carácter previo a la firma de contrato administrativo deberá aportar la garantía definitiva en la cuantía del 4 % de presupuesto de ejecución de la oferta aceptada, esto es, el 4% del presupuesto de ejecución por contrata previsto en el proyecto incorporado al sobre "C", de la oferta de la empresa EYRA, S.A., e identificado como "referencias técnicas. Proyecto y plan económico".

El presupuesto de ejecución por contrata de este proyecto asciende a la cuantía de 2.704554,47 euros y por lo tanto la garantía definitiva en el 4% de este presupuesto se cifra en 108.182,18 euros. Esta garantía debe hacerse llegar a la intervención municipal en el plazo de quince días naturales, contados desde la notificación de este acuerdo y con carácter previo a la firma del contrato administrativo".

Cuarto.- El pliego de referencia (pliego de prescripciones económico-administrativas particulares), cuya copia se acompaña, en el art. 7 titulado "Capacidad de obrar de los licitadores y capacidad para contratar" dice textualmente:

"Podrán tomar parte en el concurso, las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras que tengan capacidad jurídica y de obrar plena y no estén comprendidos en ninguna de las prohibiciones para contratar establecidas en el artículo 20 del TR de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En particular, para concurrir al presente concurso para la concesión de obra pública las empresas deberán acreditar experiencia en la actividad de producción de energía eléctrica, debiendo haber ejercido la actividad durante, al menos, los últimos tres años, de conformidad con lo dispuesto en el apartado b) del artículo 121 del Real Decreto 1955/2000, por el que se regulan las actividades de transporte, distribución, comercialización, suministro y procedimientos de autorización de instalaciones de energía eléctrica.

En cuanto a la ejecución de las obras por tercero se estará a los dispuestos en los Artcs. 237 y ss." (ha de entenderse del TRLCAP).

De otro lado, el Art. 22 de ese mismo pliego sobre la "Cesión del contrato y subcontratación" dice:

"Los derechos y obligaciones firmantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que se cumplan los requisitos señalados en los artículos 114 de LCAP, quedando el cesionario subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

La cesión en ningún caso podrá realizarse durante los primeros tres años de vigencia del contrato".

Quinto.- En fecha 23 de julio de 2004 tiene entrada en el Ayuntamiento de Vimianzo, en su registro general (R.E. n° 4829/04) un escrito de EYRA en el que se dice textualmente:

"ASUNTO: CONCESIÓN OBRA PÚBLICA DENOMINADA PARQUE EÓLICO SINGULAR DE 3MW. "O BARRIGOSO".

Muy señor nuestro: En relación con la adjudicación a favor de mi representada, "ENERGÍA Y RECURSO AMBIENTALES, S.A.", del contrato de concesión de obra pública denominado Parque Eólico Singular de 3 Mw. "O Barrigoso", y al no haberse asumido en la proposición correspondiente de la sociedad, involuntariamente y por causa de error u omisión, el compromiso de constituir una sociedad, que sería la titular de la concesión, mediante la presente, y de acuerdo con el Artículo 232.3 del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo

2/2000, de 16 de junio SUPlico se tenga por formulado el compromiso de "ENERGÍA Y RECURSOS AMBIENTALES, S.A., de constituir una sociedad que será la titular de la concesión del contrato de concesión de obra pública denominado Parque Eólico Singular de 3 Mw. "O Barrigoso", adjudicado a la sociedad mediante acuerdo de la comisión de Gobierno de dieciocho de mayo de 2004. La sociedad concesionaria, que adoptará la forma de sociedad de responsabilidad limitada, estará controlada por mi representada, que ostentará la mayoría de su capital y de los miembros de su órgano de administración. Y para que conste, a los efectos oportunos, firmo la presente en Madrid, a 28 de junio de 2004. Leopoldo Iglesia Lachica. Apoderado Director General"

Se acompaña copia de este escrito y de un informe jurídico también apartado y relativo a "la posible titularidad de la concesión de obra pública por parte de una sociedad constituida "Ad Hoc" una vez adjudicada licitación".

Sexto.- Los funcionarios municipales analizado el contenido del pliego, especialmente en los apartados reproducidos (Art. 7 y Art. 22), junto con el Art. 242. letra e) del TRLCAP en concordancia con su Art. 114, entienden que no es posible esta cesión de contrato, en tanto no se cumplan los requisitos del Art. 114, es decir, que "el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato, o realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si este fuese de gestión de servicios públicos. Hasta la actualidad dicho contrato no se ha comenzado a cumplir.

No obstante como la empresa adjudicataria aporta un informe e insiste en la necesidad de hacer la cesión en las condiciones que exponen por razones financieras, es la razón por la que esta Alcaldía, entiende oportuno Solicitar, de acuerdo con los antecedentes expuestos, INFORME sobre la siguientes particulares:

I.- Si con los argumentos esgrimidos por la empresa EYRA, tanto en su solicitud con R.E. n° 4829/04 como en el informe que acompaña, y a pesar del contenido del pliego y de lo establecido en el TRLCAP, es posible dentro del marco legal, ceder la concesión administrativa para la construcción y explotación del "parque eólico singular de "O Barrigoso" a la empresa que se constituya, según dicen (EYRA, S.A. en su escrito con R.E. n° 4829/04) en la forma de sociedad de responsabilidad limitada y dominada por esta sociedad (EYRA, S.A.) que ostentaría la mayoría de su capital y de los miembros del órgano de administración.

II.- Si cumplidos los presupuestos marcados en la letra B) del párrafo 2° del Art.114 (Pej. transcurrido el plazo) sería posible autorizar dicha cesión contractual, sin quebrantar, en este expediente que nos ocupa, la premisa "...siempre que las condiciones técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato."

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo la siguiente documentación:

a) Certificado del acuerdo de 14 de febrero de 2004 del Pleno del Ayuntamiento de Vimianzo por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y el expediente de contratación, relativo a la concesión de obra pública para la construcción y explotación del llamado "Parque eólico singular O Barrigoso".

b) Pliego de cláusulas administrativas particulares.

c) Escrito de 28 de junio de 2004 de la empresa adjudicataria "Energía y Recursos Ambientales, S.A." en el que formula el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión del contrato adjudicado el 18 de mayo de 2004, de conformidad con el artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, subsanando así –se dice- el error u omisión producidos involuntariamente en la proposición.

d) Informe de 19 de julio de 2004 de la Asesoría jurídica y de la Dirección General de Energía y Recursos Ambientales, S.A., en el que se sostiene, por los argumentos que expone, la posibilidad de constituir una sociedad con posterioridad a la adjudicación del contrato, aunque no se haya asumido tal compromiso en la proposición.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La única cuestión que se plantea en el presente expediente consiste en determinar si la constitución de una sociedad que será el titular de la concesión de obra pública puede tener lugar con posterioridad a la adjudicación, aunque los licitadores no hayan asumido tal compromiso al concurrir a la licitación (tesis de la empresa adjudicataria) o, por el contrario, la falta de dicho compromiso previo impide la sustitución del adjudicatario, por lo que habría que acudir a una cesión del contrato, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (tesis de los funcionarios municipales, según se consigna en el escrito de consulta).

2. El apartado 3, del artículo 232 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su actual redacción viene a establecer que “quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obras públicas, podrán hacerlo con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión” añadiendo que “la constitución y, en su caso, la forma de la sociedad deberá ajustarse a lo que establezca, para determinados tipos de concesiones la correspondiente legislación específica”.

El examen del apartado transcrito conduce a la conclusión de que el mismo no se refiere al supuesto de hecho planteado por la sociedad adjudicataria, es decir el de que dicha sociedad, una vez adjudicado el contrato, pueda constituir otra sociedad que será la titular de la concesión. Tal conclusión viene abonada por los siguientes argumentos:

En primer lugar, porque el precepto consagra una mera posibilidad –el compromiso de los licitadores de constituir una sociedad- que puede concurrir o no y, por tanto, al no haber asumido el adjudicatario tal compromiso antes de la adjudicación, no puede quedar desvirtuado el resultado de la adjudicación, con la entrada de una nueva sociedad, distinta de la adjudicataria. Este carácter potestativo de la constitución de la sociedad se refleja además en el artículo 233.1 letra a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que hace referencia como contenido de las proposiciones a la relación de promotores de la futura sociedad “en el supuesto de que estuviera prevista su constitución”.

En segundo lugar, porque al referirse el precepto a quienes concurren “individual o conjuntamente con otros” no está contemplado que esa conjunción se produzca en el supuesto de sociedades, dado que la sociedad que concurre a una licitación es algo jurídicamente distinto a la concurrencia con otros, pareciendo un contrasentido entender que la sociedad que concurre asumía el compromiso de constituir otra sociedad distinta, cumpliéndose con la concurrencia de la primera sociedad la finalidad del precepto de que la titular de la concesión sea una sociedad y no un empresario individual o un conjunto de empresarios agrupados en una unión temporal.

3. La interpretación realizada viene confirmada por los antecedentes del precepto que se examina.

La redacción original el artículo 133.2 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, que se cita en el informe aportado, para nada se refiere al supuesto que examinamos pues si bien establece que no se considerarán terceros aquéllas empresas que se hayan agrupado para obtener la concesión, ni las empresas vinculadas a ellas lo es a los efectos de lo establecido en el apartado anterior –contratos del concesionario con terceros- que difícilmente puede encajarse en el actual artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Por otra parte, idéntico precepto se recoge en el segundo párrafo del apartado 2 de la nueva redacción del artículo 237 de la propia Ley.

La Ley 53/1999, de 28 de diciembre, al adicionar el apartado 3 al artículo 130 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, utiliza una fórmula idéntica a la de la actual redacción del artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin más alteraciones, carentes de interés a efectos del presente informe, que incluir la salvedad de lo dispuesto en los artículos 15 a 20, en cuanto a capacidad, solvencia y prohibiciones de contratar de los empresarios y especificar que la constitución de la sociedad ha de hacerse en el plazo y con los requisitos y condiciones que establezca el pliego de cláusulas administrativas particulares, sin serle de aplicación los límites establecidos en el artículo 282 del Texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, y en el artículo 185 del Código de Comercio.

El origen más remoto del artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se encuentra en la Ley 8/72, de 10 de mayo, sobre construcción, conservación y explotación de las autopistas en régimen de concesión y, en concreto, su artículo 8 que, después de establecer que podrán ser adjudicatarias del concurso las personas físicas o jurídicas, nacionales o extranjeras determina, en su apartado 2, que el adjudicatario se obliga a constituir en el plazo y requisitos que los pliegos de la concesión establezcan una sociedad anónima de nacionalidad española con quién aquella se formalizará y cuyo fin sea el cumplimiento del objeto de la concesión.

El examen comparativo del artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y del artículo 8 de la Ley de Autopistas demuestra diferencias esenciales entre los mismos que impiden que las conclusiones obtenidas en la interpretación del primero sean desvirtuadas por las que se obtengan en la interpretación del segundo y, a lo más, permiten afirmar que ambos preceptos establecen, en este extremo un régimen jurídico distinto.

Así, en el artículo 8 de la Ley de Autopistas se establece la obligación, no la posibilidad de constituir una sociedad y no cualquiera sino una sociedad anónima de nacionalidad española cuyo fin sea el cumplimiento del objeto de la concesión, siendo fórmulas distintas las empleadas al definir a los licitadores por el artículo 8 de la Ley de 1972 –personas físicas o jurídicas nacionales o extranjeras- y por la actual redacción del artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- quienes concurren individual o conjuntamente con otros a la licitación.

4. Como resumen de lo hasta aquí expuesto podemos señalar que el artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, a diferencia de algún precedente, admite la posibilidad de que quienes concurren individual o conjuntamente con otros a una licitación de contratos de concesión de obras públicas puedan hacerlo asumiendo o no el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión y si no lo asumen la personalidad del adjudicatario, una vez adjudicado el contrato, solo podrá ser alterada por la vía de cesión con los requisitos establecidos con carácter general por la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, disponiendo, además, en este caso el pliego, en su cláusula 22, que en ningún caso podrá realizarse la cesión durante los primeros tres años de vigencia del contrato.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que la actual redacción del artículo 232.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas atribuye al licitador la posibilidad de asumir el compromiso de constituir una sociedad con posterioridad a la adjudicación que será el titular de la concesión y si este compromiso no se asume, el adjudicatario y titular de la concesión será el propio licitador, sin perjuicio de que pueda procederse a la cesión del contrato con los requisitos establecidos en la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y en el pliego de cláusulas administrativas particulares.