

Informe 49/09, de 26 de febrero de 2010. «Calificación de un contrato cuyo objeto es la construcción dentro de un bien de dominio público de las instalaciones precisas para explotar un servicio de hostelería. Cesión del contrato. Régimen transitorio».

Clasificación de los informes: 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.1. Contratos administrativos. 2.1.7. Concesiones de servicios.

ANTECEDENTES

La Alcaldesa del Ayuntamiento de Corral de Almaguer (Toledo) se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

"En este Ayuntamiento se plantean dudas de interpretación en relación con un expediente de construcción y explotación de un establecimiento de hostelería ubicado en la piscina pública de Corral de Almaguer.

Así, en la sesión del Ayuntamiento Pleno del día 30 de enero de 2007 se adoptó el siguiente acuerdo:

"1º. - Aprobar el anteproyecto del establecimiento de hostelería en la piscina de Corral de Almaguer redactado por D. AA, Dª. AB y D.AC, pertenecientes a XX, S.L.

2º. - Someterlo a información pública por plazo de un mes en el Boletín Oficial de la Provincia y Tablón de Anuncios de la Casa Consistorial, quedando el expediente a disposición de cualquiera que quiera examinarlo para formular alegaciones.

3º. - Aprobar el Pliego de cláusulas administrativas particulares para la contratación mediante concurso de la concesión para la construcción y explotación de un establecimiento de hostelería en la Piscina.

4º. - Aprobar el expediente de contratación y disponer la apertura del procedimiento de adjudicación, convocando concurso para la concesión de la construcción y explotación de un establecimiento de hostelería en la Piscina con arreglo al anteproyecto y al pliego de cláusulas administrativas, aprobados ambos en este acuerdo, que se consideran parte integrante del contrato."

Previamente al mismo obra en el expediente un informe de Secretaría en el que se pone de manifiesto algunos aspectos del expediente.

En el procedimiento de licitación existe un único licitador, XXX, S.L., el cual resulta adjudicatario del contrato, en sesión de Pleno de 17 de mayo de 2007, cuyo acuerdo dice así:

"1º. - Declarar válida la licitación y adjudicar el contrato de construcción y explotación mediante concesión de un establecimiento de hostelería en la Piscina Municipal a XXX, S.L., por el precio de 4.001,00 € anuales en concepto de canon.

2º. - Que se notifique al contratista dentro del plazo de diez días la presente resolución de adjudicación del contrato y que se le requiera para que dentro de los quince días, contados desde que se le notifique la adjudicación, presente el documento que acredite haber constituido la garantía definitiva y se le cite para que concurra a formalizar el contrato en documento administrativo dentro del plazo de 30 días a contar desde el siguiente al de la notificación de la mencionada adjudicación.

3º. - Publíquese la adjudicación en el Boletín Oficial de la Provincia en el plazo no superior a 48 días contados desde la fecha de adjudicación del contrato."

El 23 de julio de 2007 se firma el contrato entre el Ayuntamiento y la empresa, comprometiéndose ésta a ejecutar las obras de establecimiento de hostelería bar-restaurante y merendero en la piscina municipal, de acuerdo con el proyecto técnico presentado por dicha empresa en plica cerrada y con sujeción a los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas; igualmente se establece un canon de 4.001 € (IVA incluido) anual, que debe pagar la empresa al Ayuntamiento. La empresa se compromete también a presentar el correspondiente proyecto de obra, además de su ejecución. En el mismo contrato se establece que "la duración de la concesión se establece en 25 años naturales".

El 9 de noviembre de 2007 tiene entrada en este Ayuntamiento una solicitud de D. AD - representante de la empresa XXX, S. L.- (Pág. 9) en la que expone que "dicha sociedad ha creado otra llamada Restauración 2 BOK2 para la gestión de dicho establecimiento y solicita que... realicen la concesión de dicho contrato a Restauración 2BOK2", adjuntando a dicha solicitud copia de la escritura de constitución de dicha sociedad.

Con fecha de entrada de 19 de agosto de 2008 este mismo señor -D. AD- solicita que "se proceda a cambiar la titularidad de la licencia de apertura, pasando a ser de titularidad de XXY, S.L."

Con fecha 15 de octubre de 2008, D. AE, en representación de la nueva sociedad "XXY, S.L." solicita que "se proceda al cambio de nombre en la adjudicación del establecimiento de hostelería en la piscina municipal, para que pase a XXY, S.L."

Es importante mencionar que a pesar de que los interesados se refieren a "cambio de nombre", en realidad consideramos que se trata de una cesión de contrato, ya que los miembros de la empresa adjudicataria (XXX, S.L.) son distintos de los miembros de la nueva empresa (XXY, S.L..

En el pliego de cláusulas administrativas particulares aprobado en el Pleno de fecha 30 de enero de 2007, tal y como ya hemos mencionado, además de las cláusulas establecidas en el contrato aludido anteriormente prevé que "al término de la concesión, bien sea por incumplimiento del plazo o por cualquier otra causa, las obras e instalaciones revertirán al patrimonio municipal"; como objeto de dicho contrato (cláusula primera del pliego de cláusulas administrativas particulares) se establece lo siguiente:

"El concurso tendrá por objeto la construcción y explotación comercial de un establecimiento de hostelería: Bar-Cafetería-Restaurante y Merendero en la Piscina Municipal de Corral de Almaguer".

Con objeto de dar respuesta a la empresa adjudicataria de este contrato, mediante la presente se solicita que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tenga a bien informar sobre las siguientes cuestiones:

1º. - ¿Cuál sería la naturaleza jurídica del contrato mencionado?, ¿Se trataría de un contrato de concesión de obra pública o bien de un contrato de gestión de servicio público que comprende también la ejecución de obra (de los previstos en el artículo 117 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público)?

2º.- En cuanto a la cesión del contrato solicitada ¿se podría llevar a cabo ya en este momento?

3º.- A tenor del artículo 209 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (coincidente con el artículo 114 de la anterior Ley de Contratos, Real Decreto Legislativo 2/2000) "el cedente ha de tener ejecutado al menos un 20% 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", a la vista de dicho requisito y en el supuesto de que el contrato se considere como concesión de obra pública, ¿qué se entiende en el contrato que estamos analizando por "ejecutado al menos un 20% del importe del contrato"? ¿se puede interpretar cumplido ya este requisito al haber concluido el contratista la construcción del establecimiento, o se refiere, quizás, al importe del canon durante los 25 años?

4º.- ¿Se puede considerar contrato de gestión de servicio público?, pues en ese caso la cesión de contrato a la nueva empresa no se podría llevar a cabo hasta que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del plazo de duración del contrato, o sea, en este caso la duración es de 25 años, con lo que la quinta parte sería tras el transcurso de cinco años; en el caso de que esto fuese así, dichos cinco años ¿desde cuándo empezarían a contarse?, ¿desde la firma del contrato o desde que finalizó la construcción del establecimiento y comenzó de forma efectiva la explotación?

5º.- En el caso de que se califique dicho contrato como administrativo especial, ¿qué requisitos se deben cumplir para que pueda realizarse la cesión del contrato solicitada?

6º.- Y por último, la normativa aplicable a este contrato sería la prevista en el Real Decreto Legislativo 2/2000 (no la actual Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público). ¿Consideran correcta esta afirmación?"

Se aportan, también como antecedentes los pliegos contractuales y las solicitudes formuladas por los interesados, cuya reproducción no se considera necesario incorporar a texto de este dictamen.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Las cuestiones planteadas en la consulta se refieren esencialmente a tres cuestiones de carácter básico: 1ª) Naturaleza jurídica del contrato celebrado, 2ª) Requisitos que deben cumplirse para que sea admisible legalmente la cesión del contrato y, por último, 3ª) Legislación aplicable al mismo.

2. La primera de las cuestiones planteadas, aunque no lo haya sido así en el texto de la consulta es la relativa a qué legislación resulta aplicable al supuesto de referencia. De los datos indicados en la consulta se desprende que la concesión fue adjudicada mediante resolución del Pleno del Ayuntamiento de 17 de mayo de 2007, si bien el expediente de contratación se inició

mediante acuerdo del mismo órgano de fecha 30 de enero del mismo año. De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Primera de la Ley de Contratos del Sector Público, *"los expedientes de contratación iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley se regirán por la normativa anterior. A estos efectos se entenderá que los expedientes de contratación han sido iniciados si se hubiera publicado la correspondiente convocatoria del procedimiento de adjudicación del contrato"*.

Puesto que el anuncio a que se refiere la disposición transcrita se publicó el 9 de febrero en el Boletín Oficial de la Provincia de Toledo es obvio que tuvo lugar antes de la entrada en vigor de la Ley de Contratos del Sector Público, puesto que ésta entró en vigor a los seis meses de su publicación, es decir desde el 31 de octubre de 2007.

Por tanto, resulta de aplicación la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien dado el hecho de que la regulación de ambas leyes es coincidente en esta materia haremos referencia, preferentemente, a la Ley de Contratos del Sector Público.

3. La segunda de las cuestiones, naturaleza jurídica de la relación contractual establecida es básica para dar contestación a la segunda de las cuestiones planteadas, razón por la cual debe resolverse previamente.

La cuestión de cuándo estamos ante una concesión de obra pública y cuándo ante una concesión de servicios es fundamental a efectos de poder determinar el régimen jurídico aplicable. Ciertamente esta no es una labor que pueda llevarse a cabo sin dificultad, pues tanto la legislación actualmente en vigor como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al referirse a una y otra modalidad de concesión administrativa ponen de manifiesto los puntos de contacto que existen entre ambas.

En principio, parece que debemos considerar como concesión de obras aquella que tiene por objeto la construcción de una obra pública y como concesión de servicios aquella cuyo objeto es la gestión de un servicio público. Sin embargo, la realidad viene a establecer un terreno de confusión entre ambas figuras por cuanto en la concesión de obras públicas se estipula como retribución del concesionario la explotación de la obra misma, y en la concesión de servicios públicos se prevé que el concesionario esté obligado a ejecutar ciertas obras previas para la instalación del servicio.

Para establecer claramente los límites entre una y otra debe tenerse en consideración cuál es el objeto de la concesión. Así, mientras en la concesión de obras públicas, el objeto lo constituye la ejecución de una obra de tal naturaleza, pactándose como retribución la explotación de la obra durante un periodo de tiempo, en la concesión de servicios públicos el objeto está constituido por la explotación o gestión del servicio en sí mismo considerado siendo la retribución del concesionario el importe de las tarifas que los usuarios deben pagar (sin perjuicio de ello cuando la gestión del servicio requiera la construcción de obras con carácter previo al comienzo de la explotación éstas pueden estar a cargo del concesionario también).

Es decir el elemento diferenciador se encuentra en el hecho de que el objeto lo constituya la construcción de la obra o la explotación del servicio. En aquellos casos en que la explotación del servicio requiera la ejecución de obras de instalación, éstas tendrán un carácter accesorio y una entidad económica menor respecto de la explotación del servicio.

Este criterio debe considerarse acorde con la normativa, pues el artículo 7 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que *"la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de [obras], incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio"*.

Con ello, la Ley de Contratos del Sector Público no hace otra cosa más que incorporar a nuestro derecho la definición de concesión de obras contenida en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE a cuyo tenor *"la «concesión de obras públicas» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio"*.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin embargo, contiene una definición más compleja en el artículo 220, apartado 1 de conformidad con el cual la concesión de obras públicas es un contrato " *en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras... que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título*".

En realidad esta definición contiene los requisitos propios de una concesión de obras como son la existencia de una obra pública explotable y la retribución al contratista consistente en la cesión del derecho a explotarla, sin perjuicio de que además se haya incluido un supuesto como es el de explotación de obras ya construidas, de difícil encaje en este concepto.

Por otra parte, el artículo 8.1 de la Ley de Contratos del Sector Público define la concesión de servicios como un contrato " *en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante*". Este definición coincide con la que contiene el artículo 154.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que considera a las concesiones de servicios como contratos " *mediante los que las Administraciones Públicas [encomiendan] a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público*". Ambas coinciden con la contenida en el artículo 1.3 de la Directiva 2004/18, a cuyo tenor " *La «concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*".

Establecido, por tanto, el criterio general para distinguir entre uno y otro tipo de concesión, queda ahora por dilucidar si en el caso de construcción, dentro de un bien de dominio público preexistente (en el caso que analizamos, una piscina), de una instalación para destinarla a prestar servicio de restauración a los usuarios estamos ante una concesión de obras o de servicios.

Siguiendo el criterio anterior, debemos considerar que la finalidad de la concesión que se contempla es sin duda alguna la prestación de un servicio adicional al que ya presta de por sí la propia piscina. Y de ello, debemos deducir que estamos ante una concesión de servicios pues la prestación del servicio de restauración constituye el objeto fundamental del contrato, siendo meramente accesorio el hecho de que deba acondicionarse el recinto para la prestación del mismo.

4. La tercera cuestión consultada se refiere a qué requisitos debe reunir la cesión de un contrato para ser asumible legalmente; cuestión que debe considerarse resuelta tanto en la legislación actual como en la anterior de forma coincidente al establecer el artículo 209 (igual al 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas): " *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*", añadiendo en su apartado 2 que " *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.*

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*".

De conformidad con ello resulta que, al margen de los otros requisitos mencionados en el texto legal, es imprescindible para considerar válida la cesión del contrato que se haya ejecutado al menos el 20 por 100 del mismo o, tratándose de la gestión de un servicio público que se haya efectuado su explotación durante al menos la quinta parte del tiempo.

Ello nos lleva a plantear dos cuestiones. Una la ya resuelta de cuál es la calificación jurídica que corresponde al contrato, y la otra, si realmente existe o no cesión en el supuesto en que una sociedad adjudicataria de un contrato cede a otra entidad el derecho derivado de la adjudicación y solicita que el contrato se formalice con ésta.

Esta segunda cuestión debe ser resuelta entendiendo que si la adjudicación definitiva perfecciona el contrato, como actualmente señala el artículo 27.1 de la Ley de Contratos del Sector Público (que coincide básicamente con lo que disponía el artículo 53 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), a partir de ésta cualquier cesión que se realice debe reunir los requisitos del artículo 209 de la Ley de Contratos del Sector Público (o del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas), y, en consecuencia, el que exige que se haya ejecutado como mínimo una quinta parte de su plazo de duración.

A este respecto conviene indicar que es irrelevante a los efectos de aplicación de estos preceptos el hecho de que la sociedad cesionaria del contrato esté o no incluida respecto de la cedente en alguno de los supuestos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio. En efecto, ni la Ley de Contratos del Sector Público ni tampoco su antecesora hacen salvedad alguna en cuanto a la posibilidad de excluir de la norma tales supuestos, por lo que debe entenderse que siempre que exista transferencia de una persona a otra de los derechos y obligaciones del contrato estamos ante supuestos de aplicación de los artículos 209 y 114 de las respectivas Leyes.

En consecuencia, así pues, aunque haya coincidencia, total o parcial, en la persona de los socios de la sociedad cedente y de la cesionaria o exista cualquier otro modo de vinculación entre ambas, debe considerarse que existe cesión del contrato y que por tanto son de aplicación las normas que establecen los requisitos que deben regir éstas.

Tratándose, como se trata el caso que contemplamos, de una concesión de gestión de un servicio público el requisito a cumplir será el de exigencia que se haya gestionado el servicio al menos durante la quinta parte del período total previsto para la vigencia de la concesión.

CONCLUSIONES

1. La cuestión planteada se rige por las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, si bien la regulación de la misma coincide de forma esencial con la que contiene la vigente Ley de Contratos del Sector Público.

2. El contrato por el que se encomienda a una empresa la construcción dentro de un bien de dominio público de las instalaciones precisas para explotar un servicio de hostelería dirigido al público constituye una concesión de servicio público.

3. La cesión de la concesión, aunque se efectúe a favor de una entidad que se encuentre respecto de la cedente, en alguno de los supuestos contemplados en el artículo 42 del Código de Comercio, debe cumplir los requisitos previstos en el artículo 209 de la Ley de Contratos del Sector Público.