

Informe 37/05, de 19 de diciembre de 2005. "Cesión del contrato. Sustitución de empresarios individuales por empresarios sociales. Calificación de un contrato cuyo objeto es la concesión de dominio público. Régimen jurídico aplicable".

Clasificación de los informes: 18. Otras cuestiones de carácter general.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde accidental del Ayuntamiento de Acebo (Cáceres) se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

"Este Ayuntamiento ha tramitado expediente para la adjudicación de los derechos de explotación y aprovechamiento de las aguas minerales naturales denominadas "Fuente de la Tendera 2", propiedad de esta entidad, para su utilización industrial en una planta envasadora, mediante concurso, por procedimiento abierto.

En virtud de dicho concurso, el Pleno de este Ayuntamiento (órgano de contratación) adjudica los derechos de explotación y aprovechamiento del manantial a tres empresarios individuales: D. Javier de Miguel Colomé, D. Francisco Rodríguez López y D. José Luis Figueras Calderó quienes acreditan el cumplimiento de todos los requisitos establecido en el Pliego de Cláusulas jurídico-administrativas y económicas particulares reguladoras del concurso.

No habiéndose iniciado la explotación del manantial ni, por tanto, el cumplimiento del contrato los mencionados empresarios, a través de la sociedad "Aquastil Hispania, S.L.", de la que son titulares del cien por cien de su capital social a través de sociedades patrimoniales, constituyen una nueva sociedad denominada "Aguas de la Sierra de Gata, S.A." para la explotación y el aprovechamiento de las aguas minerales naturales. "Aquastil Hispania, S.L." es titular del 51% del capital social de la nueva sociedad y la "Sociedad de Fomento Industrial de Extremadura, S.A." (SOFIEX) es titular del 49% restante. Existe, además, un compromiso de compra y venta de acciones, en escritura pública, en virtud del cual SOFIEX se compromete a vender y los empresarios D. Javier de Miguel Colomé, D. Francisco Rodríguez López y D. José Luis Figueras Calderó se comprometen solidariamente a comprar las acciones de las que es propietaria y titular SOFIEX.

A la vista de los mencionados antecedentes y a tenor de lo establecido en el Art. 114 del TRLCAP se consulta:

- Si se produce cesión del contrato, teniendo en cuenta que los adjudicatarios del contrato son titulares de la totalidad del capital social de las sociedades interpuestas y del 51 % del capital social de la sociedad constituida para la explotación del manantial, existiendo un pacto de compraventa del 49% del capital del que no son titulares.

Si, tratándose de un contrato administrativo especial, resulta aplicable el requisito b) del apartado 2 del mencionado artículo referido a tener "realizada la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración del contrato si éste fuese de gestión de servicios públicos".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de intentar resolver las cuestiones planteadas en el escrito de consulta es necesario destacar, de un lado, el carácter fragmentario e incompleto de los datos consignados en el mismo, dado que no se acompaña ni el pliego de cláusulas administrativas particulares, ni el acta de adjudicación, documentos de los que podría deducirse con claridad, el régimen jurídico del contrato, las obligaciones que asumen las partes y si la adjudicación se ha efectuado, como parece desprenderse del escrito de consulta, a tres empresarios individuales constituidos en unión temporal o a una sociedad mercantil. De otra parte, también hay que destacar la confusión que puede producir la manifestación consignada en el escrito de consulta de que "se ha tramitado expediente para la adjudicación de los derechos de explotación y aprovechamiento de las aguas

minerales naturales denominadas.... propiedad de esta entidad para su utilización industrial en una planta envasadora, mediante concurso por procedimiento abierto," calificativo que parece estar en contradicción con la naturaleza de dominio público de las aguas minerales y minero medicinales que, con toda claridad, resulta del Texto Refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, de la Ley 22/1973, de 21 de julio, de Minas, del Reglamento General para el Régimen de la Minería, aprobado por Real Decreto 2857/1978, de 25 de agosto y de la Ley 6/1994, de 24 de noviembre, de la Junta de Extremadura, de balnearios y de aguas minero medicinales y/o termales.

2. Con las salvedades indicadas en el apartado anterior se expone a continuación el criterio de esta Junta sobre las dos cuestiones planteadas, la primera afectante a la fase de adjudicación del contrato y la segunda a la fase de ejecución del mismo, es decir a su posible transmisión.

En cuanto a la primera, según resulta del escrito de consulta se adjudica el contrato, configurado como concesión de dominio público para la explotación y aprovechamiento de las aguas minerales, a tres empresarios individuales y la posibilidad de sustitución de estos tres empresarios por sociedades constituidas o a constituir habrá de contemplarse a la luz de la vigente legislación de contratos de las Administraciones Públicas, toda vez que el artículo 78 del Reglamento de Bienes de las Corporaciones Locales aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, después de resaltar que está sujeto a concesión administrativa el uso privativo de bienes de dominio público declara taxativamente que "las concesiones se otorgarán con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de contratación de las Corporaciones Locales".

Ningún precepto de la legislación de contratos aplicable a Entes Locales permite dar una solución afirmativa a la cuestión planteada –la sustitución de los empresarios individuales adjudicatarios por sociedades mercantiles-. Por el contrario son numerosos los preceptos de los que se desprende una solución negativa. Así, en primer lugar, los preceptos relativos a capacidad de obrar y solvencia (artículos 15 a 24 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas) que lógicamente han de diferir, tanto en teoría como en la práctica, respecto a empresarios individuales y a sociedades mercantiles; en segundo lugar, la declaración terminante del artículo 53 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expresiva de que los contratos se perfeccionan mediante la adjudicación realizada por el órgano de contratación competente, cualquiera que sea el procedimiento o la forma de adjudicación utilizados y que obliga a concluir que cualquier alteración de los supuestos que han determinado la adjudicación sólo puede ser admitida en los casos y términos taxativamente establecidos y nunca por la simple voluntad de los adjudicatarios individuales, y, en tercer y último lugar, porque cuando la Ley admite alguna alteración en los elementos personales del contrato lo hace limitándolo al período anterior a la adjudicación (artículo 79.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referente a la extinción de la personalidad jurídica de empresas licitadoras o candidatas) o condiciona esta alteración a la previsión expresa de los pliegos (artículo 232.3 de la misma Ley que alude al compromiso de los que concurran individual o conjuntamente con otros a la licitación de una concesión de obra pública de constituir una sociedad que será la titular de la concesión).

Como resumen de este apartado, procede concluir que realizada la adjudicación de la concesión de aprovechamiento de aguas minerales a tres empresarios individuales, los adjudicatarios no pueden ser sustituidos por personas jurídicas, constituidas o a constituir, por no permitirlo la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, aplicable, por tanto, a las Entidades Locales, ni la legislación específica de estas últimas.

3. La segunda cuestión planteada –la posible aplicación del límite del apartado 2 b) del artículo 114 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas- parte de una configuración errónea del contrato- de contrato administrativo especial se le califica- y se plantea la aplicación

del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos, lo que debe recibir una contestación igualmente negativa.

Como hemos indicado, el aprovechamiento o explotación de manantiales de aguas minerales se configura legalmente como concesión de dominio público y en lo referente al régimen jurídico de su ejecución, en la que se incluyen los aspectos relativos a la duración y a su posible transmisión, no resulta factible acudir a las normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, ni, en concreto al artículo 114.2 b) de la misma. Por el contrario resulta de plena aplicación a la transmisión de la concesión el artículo 14 de la Ley 6/1994, de 24 de noviembre, de la Junta de Extremadura, de balnearios y de aguas minero medicinales y/o termales expresivo de que “los derechos que otorga una concesión de aprovechamiento, podrán ser transmitidos, arrendados o gravados, en todo o parte, por cualquier medio admitido en Derecho, previa autorización administrativa, a cualquier persona que reúna las condiciones y mediante el procedimiento establecido en la legislación básica de Minas”.

En consecuencia, si en los pliegos en la adjudicación de la concesión, documentos que no se han remitido, no existe prevención expresa al respecto resultará de plena aplicación el transcrito artículo 14 de la Ley 6/1994, de 24 de noviembre, de la Junta de Extremadura, en cuanto admite, previa autorización administrativa, la transmisión de la concesión a favor de personas que reúnan las condiciones de capacidad y solvencia, aplicando el procedimiento previsto en la legislación estatal de Minas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que, salvo que otra cosa resulta de los pliegos y condiciones de la adjudicación de la concesión para el aprovechamiento del manantial de aguas minerales adjudicada por el Ayuntamiento de Acebo, los tres empresarios individuales adjudicatarios de la concesión no pueden ser sustituidos por sociedades constituidas o por constituir, siendo, por el contrario, transmisible la concesión con los requisitos y procedimiento señalados en el artículo 14 de la Ley 6/1994, de 24 de noviembre, de la Junta de Extremadura, de balnearios y de aguas minero medicinales y/o termales.