

Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas para la concesión de una obra de construcción de un Palacio de los Deportes en Cartagena y posterior gestión del Servicio. Informe 1/1999, de 31 de marzo

DICTAMEN

ANTECEDENTES

Por el Ilmo. Sr. Secretario General de la Consejería de Presidencia se dirige escrito a esta Junta Regional de Contratación Administrativa del siguiente tenor literal:

"Conforme a lo previsto en el art. 13 en relación con el art. 2 del Decreto 14/1996, de 24 de abril, por el que se crea la Junta Regional de Contratación Administrativa, adjunto acompaño PLIEGO DE CONDICIONES TECNICAS, JURÍDICAS Y ECONOMICO-ADMINISTRATIVAS QUE HAN DE REGIR EN LA CONTRATACIÓN MEDIANTE CONCURSO POR PROCEDIMIENTO ABIERTO DE LA CONCESIÓN DE LA OBRA DE CONSTRUCCIÓN DEL PALACIO DE LOS DEPORTES DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA EN CARTAGENA Y POSTERIOR GESTIÓN DEL SERVICIO, así como documentación complementaria, a efectos de que se evacue informe con cuantas observaciones y sugerencias se estimen pertinentes, en el ruego de que se emita el citado informe a la mayor brevedad posible."

Conforme se indica en el anterior escrito se acompañan al mismo el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas para la construcción del Palacio de los Deportes de la Comunidad Autónoma en Cartagena y posterior gestión del Servicios, así como el programa de necesidades y pliego de prescripciones Técnicas.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Antes de analizar la petición de informe realizada por la Secretaría General de la Consejería de Presidencia parece conveniente precisar la función que cumple la Junta Regional de Contratación Administrativa como órgano consultivo y asesor en materia de contratación administrativa de la Administración de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, de sus Organismos Autónomos y de las Entidades de Derecho Público de ella dependientes, de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 14/1996, de 24 de abril.

En este sentido es criterio de esta Junta en interpretación de los artículos 1 y 2 del Decreto 14/1996, que las consultas formuladas deben ser concretas y referidas a cuestiones definidas y que pudieran suscitar dudas en su interpretación en relación con la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, o que pudieran tener su origen en discrepancias entre distintos órganos sobre la aplicación o interpretación de las mismas. Por ello entiende este órgano que no es función definida del mismo el informar con carácter general los Pliegos de Cláusulas Administrativas o de Condiciones Económico Administrativas que han de regir los diferentes contratos que realicen los diferentes órganos de contratación, competencia atribuida expresamente por la LCAP en su artículo 50.4 al Servicio Jurídico respectivo.

2. La conclusión sentada en el apartado anterior no impide, no obstante, que se consigne el criterio de la Junta sobre el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Administrativas remitido, dada la importancia y repercusión que para posteriores actuaciones pudieran derivarse.

La primera cuestión que se suscita a la vista de los Pliegos presentados para su examen es la del régimen jurídico del contrato que tiene por objeto la concesión de obra pública para la construcción del Palacio de los Deportes de la Comunidad Autónoma en Cartagena y su posterior gestión y explotación del Servicio, cuestión esta que debe ser resuelta mediante la aplicación de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, lo cual y con carácter previo a la determinación de los preceptos concretos que le son aplicables, exigen la calificación de la naturaleza jurídica del contrato a celebrar.

Es de destacar que a pesar de que la denominación del Pliego habla de "Concesión de obra de construcción.....", no se contienen en el mismo las características que para este contrato exige el art. 130.1 de la LCAP, esto es, que "...siendo su objeto alguno de los contenidos en el artículo 120, la contraprestación a favor del adjudicatario consista en el derecho a explotar la obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio."

No plantearía ninguna dificultad especial la celebración de dos contratos diferenciados cuyo objeto respectivo fueran las obras de construcción de un inmueble (Palacio de Deportes), por un lado, y la gestión y explotación del Palacio de Deportes, por otro.

El primer contrato, típico contrato de obras, se regiría íntegramente por las disposiciones de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en general, y en concreto por las normas contenidas en el Título I del libro II, debiendo señalarse específicamente que si el presupuesto del contrato de obras resultase igual o superior a 20.000.000.- de pesetas, deberá exigirse al adjudicatario el requisito de la clasificación como contratista de obras.

El contrato para la explotación y gestión del Palacio de los Deportes debe conceptuarse como un contrato de gestión de servicio público, dada la finalidad del contrato (el establecimiento y la explotación de un programa deportivo al servicio de los ciudadanos, los centros de enseñanza, federaciones, clubes, etc.). El dato decisivo es que la prestación del servicio deportivo no se prestaría a la Administración contratante (Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, Consejería de Presidencia) sino a los ciudadanos que utilicen el Palacio de Deportes por cuya explotación la citada Administración no tendría que pagar un precio, sino percibir un canon del adjudicatario del contrato. En este supuesto, son de aplicación las disposiciones de la LCAP contenidas en el Libro II, Título II.

No obstante lo anterior como nos encontramos en presencia de un solo contrato que se califica expresamente de concesión de obra pública y cuyo objeto es la realización de las obras de construcción de un inmueble y su posterior explotación, resulta necesario examinar el régimen jurídico aplicable a este contrato único con un doble objeto, el cual deberá regirse por las normas del contrato de obras o por las normas del contrato de gestión de servicios públicos.

Dicha conclusión queda reafirmada si se trae a colación el precepto contenido en el artículo 6 de la LCAP (contratos mixtos) que establece que cuando un contrato administrativo contenga prestaciones correspondientes a otro u otros administrativos de distinta clase, se atenderá para su calificación y aplicación de las

normas que lo regulen al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Lo que se quiere resaltar con el examen del artículo 6 de la LCAP es, en definitiva, que en los contratos mixtos la prestación más importante desde el punto de vista económico es la que determina la aplicación total de las normas que define su régimen jurídico, sin que quepa acudir a las relativas a otros tipos de contratos.

3. Partiendo del criterio de esta Junta de que en función de los pliegos remitidos, el contrato que aquí se somete no es un contrato calificable como concesión de obra pública, y dado que el Pliego de Condiciones Técnicas, Jurídicas y Económico-Administrativas plantea la posible cesión conviene poner de manifiesto que en aplicación de la directiva 93/37/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos de obras cuyo contenido ha sido asumido por el art 131 de la LCAP, se regula la cesión a terceros del contrato de concesión de obra pública en los siguientes términos: "En los contratos de concesión de obras públicas la Administración podrá imponer al concesionario que ceda a un tercero un porcentaje del mismo que represente, al menos, un 30 por 100 del valor total de la obra, debiendo preverse que los licitadores pueda incrementarlo haciendo constar su cifra en el contrato. Alternativamente podrán invitar a estos para que señalen en sus ofertas el porcentaje numérico que vayan a ceder a terceros".

De acuerdo con este precepto lo que se cede a terceros no es la concesión de obra pública, sino la realización de la obra. Por otro lado debe señalarse que el porcentaje de 30 por 100 no tiene carácter de norma básica de aplicación a todo el territorio nacional (Disposición final primera punto 1 de la LCAP) por lo que podrá ser fijado en otra cuantía por las Comunidades Autónomas, de acuerdo con el sistema constitucional de distribución de competencias.

Respecto a los contratos que los concesionarios celebren con terceros para la realización de la totalidad o parte de la obra pública deberán ajustarse en cuanto al procedimiento de adjudicación a lo establecido en la anteriormente citada Directiva 93/37/CEE, del Consejo, cuyo contenido ha sido traspasado a nuestro Derecho Interno por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que establece que los concesionarios de obras públicas deberá someter los contratos que celebre con un tercero a las normas de publicidad establecidas en el art 135.2 (que hace referencia a la publicidad en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas de los contratos de obras por procedimiento abierto, restringido o negociado del art 140) salvo que el precio del contrato sea inferior a 812.167.708.- pesetas, con exclusión del Impuesto sobre el Valor Añadido, o que el procedimiento utilizado sea el negociado sin publicidad.

De la normativa comunitaria incorporada a la Legislación española vigente, y de ésta última se desprende que la regulación de los contratos de obras que celebren los concesionarios se ha producido un enorme cambio que de estar sujetos los concesionarios particulares solo a respetar el principio de no discriminación de los contratantes en razón de su nacionalidad, han pasado a estar sometidos al régimen de adjudicación de contratos que establece la Directiva 93/37/CEE incorporado a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque solo para los contratos de obras de cuantía igual o superior a 812.167.708.- pesetas.

Es criterio de esta Junta que debería revisarse desde el punto de vista contractual la forma de abordar la ejecución de un proyecto como el sometido a consulta.