

INFORME 2/03, DE 27 DE MARZO DE 2003

LEGITIMACIÓN PARA SOLICITAR INFORMES. REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD. CESIÓN DE CONTRATOS.

ANTECEDENTES

Por el presidente del Consorcio PARC DE LES ESTACIONS se dirige escrito a la Secretaría de la Junta Consultiva, del siguiente tenor:

“Adjunto cúmpleme remitirle certificación del acuerdo adoptado por la Junta Rectora del Consorcio “Parc de les Estacions”, en sesión extraordinaria celebrada el pasado 31 de Enero de 2003, así como copia de las peticiones formuladas por DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, S.A. y BELLATRIX SEGUNDA, SL, de la cesión del contrato de las obras del Parque de las Estaciones y construcción y explotación del aparcamiento subterráneo, y copia de los informes emitidos al respecto por el Secretario del Consorcio, por si tiene a bien ordenar la emisión del informe a que se refiere el apartado SEXTO del acuerdo antes citado”

De la certificación adjuntada suscrita por el secretario del Consorcio y, a la vez, secretario del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, con el visto bueno del teniente de Alcalde de Urbanismo, por delegación del Alcalde, cabe resaltar, a los efectos de este informe, lo siguiente:

“CERTIFICO: Que la Junta Rectora del Consorcio “Parc de les Estacions”, en sesión extraordinaria celebrada el día 31-01-2001 31 (sic) adoptó el siguiente ACUERDO: PRIMERO.- Autorizar a Dragados, Obras y Proyectos, SA para la cesión de los derechos de la concesión de la explotación y mantenimiento del aparcamiento subterráneo de calle Marqués de Fuensanta, a favor de la entidad Bellatrix Segunda, SL, en las mismas condiciones y garantías que en su día le fueron adjudicadas. Ello de conformidad con el artículo 1º del Pliego de Prescripciones Técnicas particulares para la construcción y explotación del aparcamiento. SEGUNDO.- Advertir a Dragados, Obras y Proyectos, SA que la autorización anterior no traslada a la empresa concesionaria Bellatrix Segunda, SL, la responsabilidad contractual de la construcción del Parque y del Parking, que corresponde a dicha Empresa, subsistiendo todas las prescripciones contenidas en el Pliego de Condiciones y en la legislación de Contratos de las Públicas, en los términos fijados en dicha normativa.”...

“SEXTO.- Pedir informe a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre si sería legal la cesión de los derechos de la concesión de la explotación y mantenimiento del aparcamiento subterráneo de la calle Marqués de la Fontanta, incluyera la responsabilidad contractual de la construcción del mismo, tal como pretende Dragados, Obra y Proyectos, SA. Y pide Bellatrix Segunda, SL”

También consta entre la documentación aportada por el solicitante, copia de dos peticiones formuladas conjuntamente por las dos empresas interesadas en la cesión contractual así como de los informes emitidos por el Secretario de la Corporación a cada una de las peticiones. Y para una mejor comprensión del sentido de este informe se transcriben a continuación algunos fragmentos de los escritos empresariales así como de los informes del Secretario del Ayuntamiento sin perjuicio de la mención que de ellos pueda hacerse en las consideraciones jurídicas de este informe.

En el primer escrito de las empresas después de indicar que Dragados, Obras y Proyectos, SA, adjudicataria del contrato, subcontrató con Bellatrix Segunda SL, la ejecución de las obras y que esta última empresa había obtenido la pertinente clasificación apta para la cobertura de las obras de referencia, acaban solicitando al Alcalde de Palma de Mallorca y con amparo en el art. 114 del Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP), lo siguiente:

SUPPLICAMOS respetuosamente a V.I. que, habiendo por presentado este escrito, con su anexo, tenga por formuladas las manifestaciones que anteceden, al objeto de que, en su día, se autorice, con todas sus consecuencias, la transferencia por “DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, SA”, a “BELLATRIX SEGUNDA SL”, del contrato administrativo de concesión de obras públicas del que se ha hecho mérito”.

El anterior escrito fue objeto de informe del Secretario del Consorcio en el que concluía:

“Por todo lo expuesto, siempre que la cesión del contrato sea total, es decir del contrato íntegro (Parque, Plaza España, calles colindantes y Aparcamiento, con reposición...etc, es decir de todo lo contratado por Dragados en el expediente), y se acredite y cumplimente lo anteriormente señalado procede autorizar la cesión.

Existe no obstante la duda razonable del funcionario informante, sobre la suficiencia de la clasificación a que se ha hecho referencia en el apartado c) de los requisitos exigidos, pues no reúne la posible cesionaria las clasificaciones que ostenta el cedente, si así se aprueba, por lo que se estima necesario elevar consulta a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, o de nuestra Comunidad Autónoma, sobre si se considera que las clasificaciones que ostenta Bellatrix Segunda SL., en relación a las obras contratadas por Dragados Obras y Proyectos, SA, cumplen el requisito exigido por el artículo 114.2, c) del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio”

Con fecha posterior las empresas dirigen nuevo escrito al Alcalde en el que, entre otras alegaciones, exponen:

“Tercero.- A tal fin, “BELLATRIX SEGUNDA, SL”, al amparo del artículo 1º del Pliego de Prescripciones Técnicas particulares para la construcción y explotación del mencionado aparcamiento subterráneo (página 180), se subrogará en los derechos de la Concesión de que se ha hecho mérito, con asunción por su parte, con todas las consecuencias, de la explotación del referido aparcamiento. Así ha de suceder con la conformidad prestada desde un principio por “DRAGADOS OBRAS Y PROYECTOS, SA,”, en los términos puntualizados en el mencionado escrito conjunto de 2 de Julio próximo pasado.

Ahora bien para que así suceda, ganando efectividad el acuerdo, será menester la conformidad de ese Ayuntamiento; y en este orden de cosas, ha de tener en cuenta V.I. que como se alegó y justificó en el escrito de que acaba de tratarse, concurren en BELLATRIX SEGUNDA, SA, las circunstancias de clasificación legitimadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de nuestra Comunidad Autónoma según acuerdo que adoptó el 27 de Junio del corriente año.”

Y a éste último escrito sigue un nuevo informe de la Secretaría del Consorcio donde dice que:

“...de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1º núm. I del Pliego de Prescripciones Técnicas particulares para la construcción y explotación del aparcamiento subterráneo para automóviles en el Parc de les Estacions, que literalmente dice:

“Los derechos de la concesión del aparcamiento podrán ser cedidos a otra empresa, Cooperativa, Comunidad de propietarios, etc., siempre que, reuniendo análogas garantías exigidas al concesionario sea aprobado por el Consorcio en base a la legislación vigente, y siempre que asuma las responsabilidades del primitivo concesionario.”

Por todo ello, esta Secretaría General es del parecer que procede la cesión o subrogación de la explotación y mantenimiento del Parking, asumiendo la empresa cesionaria todos y cada uno de los derechos y de las obligaciones que tenía asumidas la contratista cedente, en cuanto a la explotación y mantenimiento del Parking.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad adquirida por la empresa adjudicataria del contrato de obras del Parque y del Parking y adjudicataria de la explotación de éste último DRAGADOS OBRAS Y PROYECTOS S.A., en orden a la correcta ejecución de las obras, subsistiendo todas las prescripciones contenidas en el pliego de condiciones y en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, en los términos fijados en dicha normativa”.

De todos los escritos y documentos aportados no se desprende quiénes, además del Ayuntamiento de Palma de Mallorca, conforman el Consorcio

solicitante, ni cuál sea el contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares ni el de prescripciones técnicas, ni tampoco cualquiera otra circunstancia o avatar acaecidos durante la sustanciación del expediente administrativo.

Con posterioridad a la recepción de la solicitud de informe en esta Junta, el presidente del Consorcio remite copia del Recurso de Reposición interpuesto por la empresa Bellatrix Segunda SL contra el acuerdo adoptado por el Consorcio autorizando la cesión. Le acompañan copia de los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de condiciones técnicas, diversos acuerdos tomados por el Consorcio y copia de los contratos suscritos con la adjudicataria.

La remisión de la copia del recurso se produce a instancias de la empresa recurrente que lo solicita por medio de otrosí en su escrito de formalización.

PRESUPUESTOS DE ADMISIBILIDAD

1. La normativa reguladora del funcionamiento de la Junta Consultiva (Decreto 20/1997, de 7 de febrero, Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997, y Disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, de 10 de noviembre) no contempla entre las personas legitimadas para solicitar informes a los presidentes de los Consorcios.

En efecto, el Decreto 20/1997, de creación de la Junta Consultiva, limitó la facultad de solicitar informes, en el art. 12, a los Secretarios Generales Técnicos de las diferentes Consejerías, al Interventor General y al Departamento Jurídico, ampliándose posteriormente a los Presidentes de las organizaciones empresariales de les Illes Balears afectadas por la contratación administrativa, según modificación de dicho artículo llevada a cabo por Decreto 86/1998, de 9 de octubre, y por último, la disposición adicional segunda del Decreto 147/2000, sobre contratación de la CAIB, atribuyó también esta legitimación a los Presidentes de los Consejos Insulares y de los Ayuntamientos del ámbito de la Comunidad Autónoma Balear.

El Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Junta Consultiva, por su parte, en el art. 15, aclara que cuando los Directores o Gerentes de las Entidades Autónomas o de las Entidades de Derecho Público dependientes de la Administración de la CAIB pretendan obtener informes de la Junta Consultiva, deberán dirigir sus peticiones a la Secretaria General Técnica de la Consejería a la que estén adscritas, la cual, si lo considera oportuno podrá elevar la petición de informe a la Junta.

2. A toda solicitud de informes se ha de acompañar un informe jurídico “sobre la cuestión planteada, donde se manifieste la duda jurídica o interpretativa que se consulta con exposición de los argumentos que se han tenido en cuenta” (art. 16.3 del Reglamento).

Y “Al escrito de solicitud se acompañarán los documentos necesarios para su estudio y análisis, cuando se trate de expedientes de contratación concretos” (art. 16.2 del Reglamento).

3. La petición de informe a la Junta no se ha adecuado a las prescripciones indicadas en los apartados precedentes pues ni ha sido efectuada por persona legitimada ni se han acompañado el informe jurídico específico ni todos los documentos necesarios para el estudio y análisis de la cuestión planteada.

4. En cuanto al recurso de reposición remitido con posterioridad esta Junta no hará pronunciamiento alguno por ser su resolución competencia exclusiva del Consorcio y estar vedado a la Junta Consultiva la sustitución de los informes que correspondan emitir en el seno de los órganos de contratación, sin perjuicio de tener en cuenta, a los solos efectos ilustrativos de la situación en donde surge la duda jurídica planteada, los documentos que lo acompañan.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

ÚNICA. A pesar de que la solicitud no reúne los requisitos exigidos para su admisibilidad, y sin perjuicio de que pueda ser replanteada por persona legitimada, la Junta procederá a exponer algunas consideraciones de carácter general sobre la cuestión, atendiendo a los datos aportados, por si fueran suficientes tanto al interpelante para dar solución al caso concreto sometido a consulta, como a quienes tuvieren dudas sobre asuntos de similares características, continuando así con la norma de actuación de esta Junta recogida en numerosos informes anteriores. (1/2003; 4,6 y 8/1999...)

Con la solicitud presentada no se ha aportado el informe jurídico donde se ponga de manifiesto la duda jurídica o interpretativa que se consulta, aunque sí se aportan dos informes jurídicos emitidos a raíz de los escritos presentados por las empresas interesadas en la cesión contractual, y que aparentemente son contradictorios, partiendo el primero de ellos de la afirmación de que “la cesión del contrato sea total, es decir el contrato íntegro”, y, sin embargo, en el siguiente informe (emitido cuatro meses después) se llega a la conclusión de que procede la cesión parcial del contrato.

Este cambio de postura (no explicado por no haberse aportado el específico informe que debe acompañar a toda solicitud) parece que tiene su razón de ser en lo que establece el artículo 1º, núm. I, del Pliego de Prescripciones Técnicas particulares, a tenor del cual *“los derechos de la concesión del aparcamiento podrán ser cedidos a otra empresa, cooperativa, comunidad de propietarios, etc., siempre que reuniendo análogas garantías exigidas al concesionario sea aprobado por el Consorcio en base a la legislación vigente, y siempre que asuma las responsabilidades del primitivo concesionario”*.

Sin embargo, aún habiéndose obtenido este segundo informe favorable a la cesión, el acuerdo autorizando la cesión adoptado por el Consorcio, en el apartado sexto, contiene la expresa obligación de pedir un informe a la Junta acerca de la legalidad de la misma, lo que de alguna manera viene a confirmar la pervivencia de la duda puesta de manifiesto en el primer informe del secretario del Consorcio. Pero la confusa redacción del acuerdo del Consorcio, unida a la carencia del informe específico sobre la duda planteada, impide conocer cuál sea el real alcance que pueda tener, en su caso, el informe de esta Junta.

Desde una exclusiva perspectiva de carácter general esta Junta entiende que la LCAP contempla la cesión de los contratos en su artículo 114 como un todo. Así parece deducirse de la literalidad del precepto cuando utiliza el singular en el apartado 1 del art. 114: *“los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero...”*, y así lo ha venido entendiendo mayoritariamente la doctrina al considerar la cesión como una novación modificativa subjetiva que implica la desaparición del contratista en la relación jurídica contractual y su sustitución por el cesionario.

También del contexto en el que se enmarca la contratación administrativa parece deducirse que los contratos constituyen un todo que ha de encargarse a un adjudicatario, permitiéndose la sustitución de la posición contractual del mismo mediante la cesión, pero sin que ello de lugar a una auténtica disgregación del contrato donde aparezcan varios adjudicatarios con distintas responsabilidades, lo que resulta incompatible con los perfiles propios de la institución. (Ejemplos conceptuales de la afirmación anterior los encontramos en múltiples artículos de la LCAP, tales como el 68 que prohíbe el fraccionamiento del contrato, el 24 que obliga a constituirse en UTE cuando un contrato pretende ejecutarse por varios empresarios, siendo la asunción de obligaciones y responsabilidades de carácter solidario frente a la Administración, el 115 en tanto que permite la subcontratación con terceros la realización parcial del contrato pero conservando el adjudicatario *“la total responsabilidad de la ejecución del contrato frente a la Administración”*, etc...).

El todo que constituye el objeto del contrato no queda alterado por el hecho de que las prestaciones puedan ser consideradas desde el punto de vista técnico como susceptibles de ejecución independiente o incluso tener conceptualmente incardinación en distintos tipos de contratos, como así queda de manifiesto en las prevenciones de la LCAP, en sus artículos 4, que establece la libertad de pactos, el 6 que permite los contratos mixtos, o el 68 que, con la debida justificación, permite la división en lotes cuando el objeto permita la realización independiente de las prestaciones, lo que, dicho sea de paso, no ha sido ni querido ni previsto en esta ocasión por el órgano de contratación.

Por otra parte, se ha de confirmar que cualquier cesión del contrato ha de cumplir el requisito de estar el cesionario en posesión de la clasificación exigida al cedente por ordenarlo así los artículos 114.2 c) y el 25.1, segundo párrafo, de la LCAP, sin perjuicio de poder excepcionarse este requisito conforme al punto 3 de este artículo y no pudiéndose obviar por lo que diga el pliego de prescripciones técnicas, en el que por cierto, sin entrar en su adecuación a la legalidad, se dice con claridad que la cesión habría de hacerse a favor de quien reúna *“análogas garantías exigidas al concesionario”*, que se efectúe conforme *“a la legislación vigente”* y que *“asuma las responsabilidades del primitivo concesionario”*.

No obstante y limitándonos a la concreta cuestión que se desprende del apartado sexto del acuerdo del Consorcio, esto es, a la asunción de la responsabilidad contractual del cesionario, no cabe otra respuesta que la establecida en el apartado 3 de este mismo artículo, que taxativamente dispone que *“el cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente”*. Por tanto, no cabe ceder solo los derechos y no trasladar al cesionario las correspondientes responsabilidades contractuales.