

INFORME 2/03, de 27 de març de 2003

LEGITIMACIÓ PER SOL·LICITAR INFORMES. REQUISITS D'ADMISSIBILITAT. CESSIÓ DE CONTRACTES.

ANTECEDENTS

El president del Consorci Parc de les Estacions tramet a la Secretaria de la Junta Consultiva un escrit del tenor següent:

“Em complau trametre’ls el certificat de l’acord adoptat per la Junta Rectora del Consorci “Parc de les Estacions” ,reunit en sessió extraordinària el passat 31 de gener de 2003, com també una còpia de les peticions formulades per DRAGADOS,OBRAS Y PROYECTOS, S.A. i BELLATRIX SEGUNDA, SL, de la cessió del contracte de les obres del Parc de les Estacions i de la construcció i explotació de l’aparcament subterrani, i còpia dels informes emesos al respecte pel secretari del Consorci, per si tenen a bé ordenar l’emissió de l’informe al què es refereix l’apartat sisè de l’acord esmentat”

Del certificat adjunt subscrit pel secretari del Consorci i, a la vegada, secretari de l’Ajuntament de Palma de Mallorca, amb el vistiplau del tinent de batle d’ Urbanisme, per delegació del batle, diu literalment

"CERTIFIC: Que la Junta Rectora del Consorci "Parc d'es Estacions", en sessió extraordinària celebrada el dia 31-01-2001 31 (sic) va adoptar el següent ACORD:

PRIMER.- *Autoritzar a Dragados, Obras y Proyectos, SA per a la cessió dels drets de la concessió de l'explotació i manteniment de l'aparcament subterrani de carrer Marqués de la Font Santa, a favor de l'entitat Bellatrix Segunda, SL, en les mateixes condicions i garanties que en el seu dia li van ser adjudicades. Això de conformitat amb l'article 1r del Plec de prescripcions tècniques particulars per a la construcció i explotació de l'aparcament.*

SEGON.- *Advertir a Dragados, Obras y Proyectos, SA que l'autorització anterior no trasllada a l'empresa concessionària Bellatrix Segunda, SL, la responsabilitat contractual de la construcció del parc i del pàrking, que correspon a l'esmentada empresa, i que subsisteixen totes les prescripcions contingudes en el Plec de condiciones i en la legislació de contractes de les administracions públiques, en els termes fixats en l'esmentada normativa".(...)*

"SISÈ.- *Demandar un informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, sobre si és legal la cessió dels drets de la concessió de l'explotació i manteniment de l'aparcament subterrani del carrer Marqués de la Font Santa, inclogui la responsabilitat contractual de la construcció, tal com pretén Dragados, Obras y Projectoss, SA. i demana Bellatrix Segunda, SL"*

També consta entre la documentació aportada pel sol·licitant, una còpia de dues peticions formulades conjuntament per les dues empreses interessades en la cessió contractual, o també còpies dels informes emesos pel secretari de la corporació sobre cada una de les peticions.

Per a una millor comprensió del sentit d'aquest informe transcripció a continuació alguns fragments dels escrits empresarials i dels informes del secretari de l'Ajuntament sense perjudici de la menció que pugui fer-se'n en les consideracions jurídiques d'aquest informe.

En el primer escrit de les empreses, després d'indicar que Dragados, Obras i Proyectos, SA, adjudicatària del contracte, va subcontractar amb Bellatrix Segunda SL, per a l'execució de les obres i que aquesta última empresa havia obtingut la pertinent classificació apta per cobrir les obres de referència, se sol·licita a l'alcalde de Palma de Mallorca a l'empara de l'art. 114 del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (LCAP), el següent:

Us demanam respectuosament. que, presentat aquest escrit, amb el seu annex, tingueu per formulades les manifestacions que precedeixen, a l'objecte que, en el seu dia, s'autoritzi, amb totes les seves conseqüències, la transferència per "DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, SA", a "BELLATRIX SEGUNDA SL", del contracte administratiu de concessió d'obres públiques del que s'ha fet mèrit".

L'anterior escrit va ser objecte d'informe del secretari del Consorci en què conclouia:

"Per tot l'exposat, sempre que la cessió del contracte sigui total, és a dir del contracte íntegre (parc, plaça Espanya, carrers limítrofs i aparcament, amb reposició...etc, és a dir de tot el contractat per Dragados en l'expedient), i s'acrediti i empleni l'anteriorment assenyalat pertoca autoritzar la cessió.

Hi ha, això no obstant, el dubte raonable del funcionari informant, sobre la suficiència de la classificació a la qual s'ha fet referència a l'apartat c dels requisits exigits, ja que la possible cessionària no reuneix les classificacions del cedent, si així s'aprova, per la qual cosa s'estima necessari elevar consulta a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, o de la nostra comunitat autònoma, sobre si es considera que les classificacions de Bellatrix Segunda SL, en relació a les obres contractades per DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, SA, compleixen el requisit exigít per l'article 114.2, c del text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny"

Amb data posterior les empreses dirigeixen un nou escrit a l'alcalde en què, entre d'altres al·legacions, exposen:

"Tercer.- Amb aquesta finalitat, "BELLATRIX SEGUNDA, SL", a l'empara de l'article 1 del Plec de prescripcions tècniques particulars per a la construcció i explotació de l'esmentat aparcament subterrani (pàgina 180), se subrogarà en els drets de la concessió de que s'ha fet mèrit, assumint, amb totes les conseqüències, de l'explotació de l'esmentat aparcament. Així s'ha d'esdevenir amb la conformitat prestada des d'un principi per "DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS, SA", en els termes puntualitzats a l'esmentat escrit conjunt de 2 de juliol passat.

Ara bé, perquè sigui així i l'acord guanyi efectivitat, cal la conformitat d'aquest Ajuntament; i en aquest ordre de coses, heu de tenir en compte que tal i com es va al·legar i justificar a l'escrit que acabam de tractar, concorren en Bellatrix Segunda, SL, les circumstàncies de classificació per la Junta Consultiva de contractació Administrativa de la nostra comunitat autònoma, de conformitat amb l'acord que va adoptar el 27 de juny d'enguany.

I a aquest últim escrit segueix un nou informe de la Secretaria del Consorci en què diu:

"(...)de conformitat amb el que disposa l'article 1 núm. 1 del Plec de prescripcions tècniques particulars per a la construcció i explotació de l'aparcament subterrani per a automòbils del Parc de les Estacions, que literalment diu:

"Els drets de la concessió de l'aparcament poden ser cedits a una altra empresa, cooperativa, comunitat de propietaris, etc., sempre que, reunint garanties anàlogues a les exigides al concessionari sigui aprovat pel Consorci partint de la legislació vigent, i sempre que assumeixi les responsabilitats del concessionari primitiu".

Per tot això, aquesta Secretaria General és de l'opinió que pertoca la cessió o subrogació de l'explotació i manteniment de l'aparcament, i l'empresa cessionària ha d'assumir tots i cada un dels drets i de les obligacions que tenia assumides la contractista cedent, quant a l'explotació i al manteniment de l'aparcament.

Tot això sense perjudici de la responsabilitat adquirida per l'empresa adjudicatària del contracte d'obres del parc i de l'aparcament i adjudicatària de l'explotació d'aquest últim DRAGADOS, OBRAS Y PROYECTOS SA., pel que fa a l'execució correcta de les obres, subsistint totes les prescripcions contingudes en el Plec de condicions i en la legislació de contractes de les administracions públiques, en els termes fixats en la normativa esmentada".

De tots els escrits i documents aportats no es desprèn qui, a més de l'Ajuntament de Palma, conforma el Consorci sol·licitant, ni quin és el contingut dels plecs de clàusules administratives particulars ni el de prescripcions tècniques, ni tampoc qualsevol altra circumstància esdevinguda durant la substanciació de l'expedient administratiu.

Posteriorment a la recepció de la sol·licitud d'informe en aquesta Junta, el president del Consorci tramet còpia del recurs de reposició interposat per l'empresa Bellatrix Segunda SL contra l'acord adoptat pel Consorci que autoritza la cessió. L'acompanyen una còpia dels plecs de clàusules administratives particulars i de condicions tècniques, diversos acords presos pel Consorci i una còpia dels contractes subscrits amb l'adjudicatària.

La tramesa de la còpia del recurs es produeix a instàncies de l'empresa recurrent que el sol·licita per mitjançant altressí en l'escrit de formalització.

PRESSUPÒSITS D'ADMISSIBILITAT

1) La normativa reguladora del funcionament de la Junta Consultiva (Decret 20/1997, de 7 de febrer, Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997, i disposició addicional segona del Decret 147/2000, de 10 de novembre) no preveu els presidents dels Consorcis entre les persones legitimades per sol·licitar informes.

En efecte, l'article 12 del Decret 20/1997, de creació de la Junta Consultiva, limita la facultat de sol·licitar informes als secretaris generals tècnics de les diferents conselleries, a l'interventor general i al Departament Jurídic. Posteriorment amplia aquesta facultat als presidents de les organitzacions empresarials de les Illes Balears afectades per la contractació administrativa, d'acord amb la modificació de l'esmentat article duta a terme per Decret 86/1998, de 9 d'octubre. Finalment, la disposició addicional segona del Decret 147/2000, sobre contractació de la comunitat autònoma de les Illes Balears atribueix també aquesta legitimació als presidents dels consells insulars i dels ajuntaments de l'àmbit de la comunitat autònoma balear.

D'altra banda, l'article 15 del Reglament d'organització i funcionament de la Junta Consultiva, diu que quan els directors o gerents de les entitats autònomes o de les entitats de dret públic dependents de l'Administració de la comunitat autònoma de les Illes Balears pretenguin obtenir informes de la Junta Consultiva, han de dirigir les peticions a la Secretaria General Tècnica de la Conselleria a què estiguin adscrites, la qual, si ho considera oportú, pot elevar la petició d'informe a la Junta.

2) Qualsevol sol·licitud d'informes ha d'anar acompanyada d'un informe jurídic " sobre la qüestió plantejada, on es manifesti el dubte jurídic o interpretatiu que es consulta amb l'exposició dels arguments que s'han tingut en compte " (art. 16.3 del Reglament).

A més, "A l'escrit de sol·licitud s'han d'adjuntar tals documents necessaris per a l'estudi i anàlisi, quan es tracti d'expedients de contractació concrets " (art. 16.2 del Reglament).

3) La petició d'informe a la Junta no s'ha adequat a les prescripcions indicades als apartats precedents, atès que ni ha estat efectuada per una persona legitimada ni s'hi ha adjuntat l'informe jurídic específic ni de tots els documents necessaris per a l'estudi i anàlisi de la qüestió plantejada.

4) Quant al recurs de reposició tramés posteriorment aquesta Junta no farà cap pronunciament atès que resoldre'l competeix exclusivament al Consorci i que la Junta Consultiva no pot substituir els informes que correspon emetre al si dels òrgans de contractació, sense perjudici de tenir en compte, només als efectes il·lustratius de la situació de què sorgeix el dubte jurídic plantejat, els documents que l'acompanyen.

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

ÚNICA.- Malgrat el fet que la sol·licitud no reuneix els requisits exigits per a la seva admissibilitat, i sense perjudici de que pugui ser replantejada per persona legitimada, la Junta exposarà algunes consideracions de caràcter general sobre la qüestió, atenent a les dades aportades, per si fossin suficients tant al interpel·lant per donar solució al cas concret sotmès a consulta, com als qui tinguessin dubtes sobre assumptes de similars característiques, continuant així amb la norma d'actuació d'aquesta Junta recollida en nombrosos informes anteriors. (1/2003; 4,6 y 8/1999. etc.)

Amb la sol·licitud presentada no s'ha aportat l'informe jurídic on què es posa de manifest el dubte jurídic o interpretatiu que es consulta, encara que sí s'aporten dos informes jurídics emesos arran dels escrits presentats per les empreses interessades en la cessió contractual, i que aparentment són contradictoris. El primer d'ells parteix de l'afirmació que *"la cessió del contracte sigui total, és a dir el contracte íntegre"*, però a l'informe següent (emès quatre mesos després) s'arriba a la conclusió que la cessió parcial del contracte és procedent

Aquest canvi de postura (no explicat perquè no s'ha aportat l'informe específic que ha d'acompanyar qualsevol sol·licitud) sembla que té la seva raó de ser en el que estableix l'article 1, núm. I, del Plec de prescripcions tècniques particulars, d'acord amb el qual *"los drets de la concessió de l'aparcament poden ser cedits a una altra empresa, cooperativa, comunitat de propietaris, etc., sempre que reuneixi garanties anàlogues a les exigides al concessionari i ho aprovi el Consorci d'acord amb la legislació vigent, i sempre que assumeixi les responsabilitats del concessionari primitiu"*.

Tanmateix, tot i que s'hagi obtingut aquest segon informe favorable a la cessió, l'acord Del Consorci que autoritza la cessió, a l'apartat sisè, conté l'expressa obligació de demanar un informe a la Junta sobre la legalitat de la cessió, obligació que confirma d'alguna manera la pervivència del dubte posat de manifest en el primer informe del secretari del Consorci. Però la confusa redacció de l'acord del Consorci, unida a la manca de l'informe específic sobre el dubte plantejat, impedeix conèixer l'abasta que pugui tenir, si n'és el cas, l'informe d'aquesta Junta.

Des d'una perspectiva exclusiva de caràcter general, aquesta Junta entén que l'article 114 de la LCAP preveu la cessió dels contractes com un tot. Així sembla deduir-se de la literalitat del precepte quan utilitza el singular a l'apartat 1 de l'art. 114: *"els drets i obligacions provinents del contracte poden ser cedits a un tercer..."*, i així ho ha entès majoritàriament la doctrina en considerar la cessió com una modificació subjectiva que implica que el contractista desaparegui de la relació jurídica contractual i sigui substituït pel cessionari.

També del context en què s'emmarca la contractació administrativa sembla deduir-se que els contractes constitueixen un tot que ha d'encarregar-se a un adjudicatari, i que es permet la substitució de la posició contractual del mateix mitjançant la cessió, però sense que això doni lloc a una autèntica disgregació del contracte en què apareguin diversos adjudicataris amb diferents responsabilitats, cosa que resulta incompatible amb els perfils propis de la institució. (Exemples conceptuals de l'afirmació anterior els trobam en múltiples articles de la LCAP, con ara el 68 que prohibeix el fraccionament del contracte, el 24 que obliga a constituir-se en UTE quan un contracte pretén executar-se per diversos empresaris, essent l'assumpció d'obligacions i responsabilitats de caràcter solidari davant l'Administració; el 115 que permet subcontractar tercers per a la realització parcial del contracte però en què l'adjudicatari conserva *"la total responsabilitat de l'execució del contracte davant l'Administració"*, etc...).

El tot que constitueix l'objecte del contracte no queda alterat pel fet que les prestacions puguin ser considerades des del punt de vista tècnic com susceptibles d'execució independent o que fins i tot tinguin conceptualment incardinació en diferents tipus de contractes, com així queda de manifest en les prevencions de la LCAP, en els articles 4, que estableix la llibertat de pactes; 6 que permet els contractes mixtos, o 68, que, amb la deguda justificació, permet la divisió en lots quan l'objecte permet la realització independent de les prestacions, fet que, d'altra banda, no ha volgut ni previst en aquesta ocasió per l'òrgan de contractació.

D'altra banda, s'ha de confirmar que per a qualsevol cessió del contracte el cessionari ha de complir el requisit d'estar possessió de la classificació exigida al cedent atès que ho ordenen així els articles 114.2 c) i el 25.1, paràgraf segon de la LCAP, sense perjudici de que es pugui exceptuar aquest requisit conforme al punt 3 d'aquest article i que no es pugui obviar el que digui el Plec de prescripcions tècniques, en el qual per cert, sense entrar en si s'adequa a la legalitat, es diu amb claredat que la cessió hauria de fer-se a favor de qui reuneixi *"garanties anàlogues exigides al concessionari"*, que s'efectuï conforme *"a la legislació vigent"* i que *"assumeixi les responsabilitats del concessionari primitiu"*

Això no obstant i limitant-nos a la qüestió concreta que es desprèn de l'apartat sisè de l'acord del Consorci, això és, a l'assumpció de la responsabilitat contractual del cessionari, no hi pot haver una altra resposta que l'establerta a l'apartat 3 d'aquest mateix article, que taxativament disposa que *"el cessionari queda subrogat en tots els drets i obligacions que correspondrien al cedent"*. Per tant, no es poden cedir només els drets i no traslladar al cessionari les responsabilitats contractuales corresponents.