



Expediente 31/2020

Materia. Cesión de una concesión de obra pública para construcción y explotación de aparcamientos. Clasificación exigida al cesionario.

ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de San Javier (Murcia) ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“La mercantil "EMPRESA CONSTRUCTORA" fue adjudicataria del contrato administrativo de concesión de obra pública "Construcción de la Casa Consistorial, remodelación de las colindantes y concesión de obra pública para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo", según contrato suscrito en fecha 25.03.2002 y, asimismo, también resultó adjudicataria del contrato administrativo de concesión de obra pública denominada "Concesión de obra pública para la construcción y explotación de un aparcamiento subterráneo", firmándose el mismo en fecha 12.08.2005.

“Desde entonces, ha estado gestionando las concesiones de los aparcamientos subterráneos municipales, y en fecha 22 de abril de 2020 solicita la cesión de las dos concesiones a la mercantil "GESTION DE APARCAMIENTOS", empresa especializada en la gestión de aparcamientos públicos, varios de ellos de relevancia en la Región de Murcia.

Los dos contratos, por la fecha en que se suscribieron, y por advertirlo de forma expresa las cláusulas XXIII y XXI de los respectivos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que regulan su régimen jurídico, en lo no previsto en los mismos, se rigen por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en concreto por el Texto



Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, y por el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas.

Dichos Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares, que forman parte de los contratos, no prevén nada sobre la posible cesión de los contratos respectivos, pero sí lo hacen los Pliegos de Prescripciones Técnicas para la explotación del aparcamiento, que también forman parte de los respectivos contratos, concretamente la cláusula 11, de redacción idéntica en ambos casos, que dispone al respecto, lo siguiente:

"11. Cesión de la concesión.

Los derechos y obligaciones dimanantes de la concesión otorgada podrán ser cedidos a terceros siempre que, con carácter previo, el Ayuntamiento lo autorice expresamente y se cumplan los siguientes requisitos:

-Que hayan finalizado las obras de construcción y demás instalaciones contempladas en el proyecto de la obra.

-Que el concesionario haya realizado la explotación durante el plazo mínimo equivalente a una quinta parte del plazo de duración de la concesión.

-Que el cesionario goce de capacidad económica, financiera y técnica suficientes y no esté incurso en alguna de las circunstancias que, conforme a la legislación en materia de contratación administrativa, le inhabilite para contratar con las Administraciones Publicas.

-Que el cesionario se subroge en todos los derechos y obligaciones que corresponden al cedente.

-Que se formalice la cesión entre el cedente y el cesionario en escritura pública".

Por su parte, el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la ley de Contratos de las Administraciones Publicas, que es la



normativa aplicable, establece en su artículo 114 sobre la cesión de los contratos, lo siguiente:

"1. Los derechos y obligaciones dimanantes del contrato podrán ser cedidos a un tercero siempre que las cualidades técnicas o personales del cedente no hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato.

2. Para que los adjudicatarios puedan ceder sus derechos y obligaciones a terceros deberán cumplirse los siguientes requisitos:

a) Que el órgano de contratación autorice expresamente y con carácter previo la cesión.

b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por 100 del importe del contrato, o 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.

c) Que el cesionario tenga capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los artículos 15 a 20, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.

d) Que se formalice la cesión, entre el adjudicatario y el cesionario, en escritura pública.

3. El cesionario quedará subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente.

4. La administración no autorizará la cesión del contrato en favor de personas incursas en suspensión de clasificaciones o inhabilitadas para contratar".

La empresa cesionaria "GESTION DE APARCAMIENTOS" no tiene clasificación alguna, al no dedicarse a la construcción. Teniendo en cuenta que las obras ya se realizaron en su día y los aparcamientos se encuentran desde entonces funcionando y, en realidad se podría considerar la cesión de unas concesiones para las que la ley no exige clasificación, ¿sería obligatorio exigir a la cesionaria que acredite "estar



debidamente clasificada", con la clasificación en su día exigida para la realización de las obras, ya que tal requisito fue exigido al cedente?, o, por el contrario, ¿dado que lo que se pretende ceder es la explotación de los aparcamientos subterráneos, no resulta exigible aquella clasificación?

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que el Ayuntamiento de San Javier plantea a esta Junta consiste en determinar si la clasificación exigida al concesionario en una concesión de obras para la construcción de un aparcamiento subterráneo y su posterior explotación debe ser la misma que cabe exigir al cesionario de tales contratos cuando, una vez finalizadas las obras de construcción y realizada la explotación durante el plazo mínimo previsto, se decide ceder dichas concesiones.

En el presente caso, como se señala en la consulta, los contratos en cuestión se rigen por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), y por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP). Por otro lado, en dichos contratos el pliego de Prescripciones Técnicas prevé la posible cesión de los mismos en términos similares a los del artículo 114 del TRLCAP. De ambos textos (ley y pliegos) se deducen los siguientes requisitos para que se pueda admitir la cesión:

- Según el pliego las obras de construcción deberán estar finalizadas y haberse realizado la explotación durante un plazo mínimo equivalente a una quinta parte del fijado para la duración de la concesión.
- Habrá de obtenerse la previa autorización del Ayuntamiento.
- El cesionario se deberá subrogar en todos los derechos y obligaciones del cedente.



- Conforme al pliego deberá acreditar capacidad económica, financiera y técnicas suficientes. El artículo 114 del TRLCAP añade que deberá estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente.
- El contrato se habrá de formalizar en escritura pública.

2. Por su propia naturaleza el contrato de concesión de obras es aquél cuyo objeto consiste en la construcción de una determinada obra pública y su posterior explotación, siendo éste último el mecanismo empleado para realizar la contraprestación a favor del adjudicatario, con la posible adición de un precio pagadero por la entidad contratante. Ambas prestaciones no configuran dos contratos diferentes o separados, sino uno sólo con dos prestaciones distintas y cada una de ellas esencial para su calificación como concesión de obras. Nos hallamos, por tanto, ante un único contrato público en que el concesionario asume la construcción del aparcamiento y, una vez finalizada la misma, su explotación por el tiempo que se haya fijado para la concesión.

De la lectura del artículo 114 de la TRLCAP parece deducirse que quien haya de subrogarse en la posición de la entidad cedente deberá cumplir con el requisito de la clasificación exigida al primer concesionario, sin que aparentemente la norma legal haga distinciones. Sin embargo, el propio artículo 114 del TRLCAP configura una regla general que resulta aplicable en todo caso para determinar qué condiciones de aptitud ha de cumplir el cesionario. Tal regla consiste en que el cesionario ha de tener capacidad para contratar con la Administración y la solvencia exigible de conformidad con los preceptos que la regulan.

La clasificación exigida a un contratista o concesionario inicialmente puede ser diferente si el objeto del contrato es la construcción y posterior explotación de la obra –supuesto típico de la concesión de obras– o si dicho objeto está constituido solamente por la ejecución de una obra o sólo por la explotación de una obra previamente construida. En el caso de que se opte por ceder el contrato, si sólo existe una prestación, no cabe duda de la necesidad de que las condiciones del cesionario coincidan con las que en su día se exigieron al cedente. Por el contrario, si existen



varias prestaciones y éstas tienen carácter sucesivo, como ocurre característicamente con las prestaciones propias de la concesión de obras, para la construcción de una obra pública deberá exigirse una determinada clasificación, mientras que para la explotación de la obra tal clasificación no sería necesaria.

3. Esta Junta Consultiva ha señalado en innumerables ocasiones que las normas sobre solvencia tienen como finalidad garantizar que el licitador dispone de los recursos económicos y técnicos suficientes para ejecutar el contrato. De esta manera, carecería de sentido que para la ejecución de parte de un contrato en el que ya no es necesario disponer de clasificación, en la medida en que la parte de la prestación que la exigía inicialmente ya se ha completado, por un innecesario rigorismo solo puedan acceder a la condición de cesionario aquellos que cumplan con una clasificación que es completamente innecesaria para la realización de la prestación restante. No es éste el sentido de la ley aplicable que, en una recta exégesis, exige el requisito de la clasificación cuando ello resulte pertinente para la ejecución del contrato. Otra solución no tendría lógica porque nos conduciría al absurdo de que un operador económico que tiene por objeto social y actividad habitual precisamente la gestión de aparcamientos municipales no podría realizar dicha actividad bajo la condición de cesionario del contrato por carácter de una clasificación únicamente necesaria para la construcción de una obra ya finalizada.

4. Esta solución resulta más respetuosa con el principio de concurrencia, amén de flexibilizar, de manera coherente con la finalidad de las normas reguladoras de la solvencia, la posible cesión de los contratos con múltiples prestaciones, y en ningún caso implica un menoscabo de los derechos de los licitadores que concurrieron a la selección del concesionario.

En este sentido, cabe añadir que si el contrato de concesión de obra tiene por objeto la construcción de un aparcamiento y su posterior explotación, en el supuesto de que las obras estén ya concluidas, no debería ser ésta última (la construcción de las obras) la prestación relevante para la determinación de las normas que han de regir el régimen jurídico aplicable a la cesión, siéndolo por el contrario aquella prestación



que permanece en fase de ejecución, esto es, la explotación de la obra que es, precisamente, lo que va a ser objeto de la cesión.

El expuesto es el criterio mantenido por esta Junta Consultiva con ocasión de su informe 24/96, en el que -a propósito de un contrato de concesión de obra pública- se afirma *“que si la cesión afecta exclusivamente a las obras, habrá de regirse por las normas del contrato de obras y si la cesión afecta a la explotación (...) será necesario, que el cesionario tenga la capacidad y solvencia para dicha explotación y que el cedente haya realizado la explotación al menos durante el plazo de una quinta parte del tiempo de duración previsto del contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 114.2.b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”*.

Este criterio sigue siendo perfectamente válido en el caso que nos atañe. En consecuencia, la pregunta que se nos eleva sobre la obligatoriedad de exigir a la empresa cesionaria de la explotación de los aparcamientos la clasificación requerida a la concesionaria de la obra pública para la construcción de las obras, debe contestarse en sentido negativo, bastando que reúna las condiciones de capacidad y solvencia exigibles para dicha explotación.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza la siguiente

CONCLUSIÓN

En los supuestos de cesión de una concesión de obra pública, si la cesión del contrato tiene lugar cuando las obras ya están concluidas, y siempre que se cumpla con el resto de exigencias formales previstas en la Ley, no podrá exigirse al cesionario de la explotación la clasificación que fue requerida en su momento para la construcción de la obra, siendo suficiente el cumplimiento de los requisitos de capacidad y solvencia necesarios para la gestión del servicio público.