

Informe 2/2010 de 28 de xuño de 2010, sobre alcance que debe darse ao termo “*importe do contrato*” utilizado no parágrafo 2.b) do artigo 209 da LCSP.

ANTECEDENTES

Pola Secretaría Xeral da Consellería de Traballo e Benestar dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

A Secretaría Xeral da Consellería de Traballo e Benestar, a proposta da Dirección Xeral de Dependencia e Autonomía Persoal, ven promovendo a contratación da xestión de servizos públicos de carácter residencial e de atención diúrna para a atención a persoas en situación de dependencia baixo as modalidades de concerto e de concesión ao abeiro do previsto polos artigos 251 e seguintes da Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público.

Así mesmo, e de conformidade co previsto no artigo 254 da Lei 30/2007, unha vez expirado o prazo inicialmente contratado, na maioría dos casos, esta xestión de servizos esta sendo obxecto da prórroga contractual prevista.

Tendo en conta a dilatada duración deste tipo de contratos, durante a súa execución, nalgúns casos se teñen producido solicitudes de cesión dos dereitos de obrigas dimanantes do contrato nos termos previstos polo artigo 209 da Lei 30/2007.

Particularmente este artigo establece, entre outros, o seguinte requisito para a cesión polo contratista dos dereitos e obrigas a terceiros:

“b) Que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 por ciento del importe del contrato o, cuando se trate de la gestión de servicio público, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato”

Neste senso a esta Secretaría Xeral, no momento de valorar a posibilidade de autorizar as cesións, xúrdelle a dúbida de cómo interpretar este precepto no senso de se o cálculo da execución do 20 por cento do importe do contrato debe ser efectuado sobre o cómputo total do contrato incluídas as prorrogas ou debe entenderse que tanto o período inicialmente contratado como o período prorrogado, deben ter tratamento independente a efectos do cálculo do 20 por cento de execución necesario, cuestión esta que pon no seu coñecemento aos efectos do que co mellor criterio informe.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS.

1.- Segundo o disposto nos artigos 2.1 e 11 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración os departamentos da Xunta a través das súas Secretarías Xerais.

2.- A través da cesión permítase a intervención de terceiros nun contrato administrativo asinado, producíndose unha novación subxectiva dunha das partes orixinarias do contrato de tal forma que o cesionario límitase a substituír ao cedente asumindo os dereitos e obrigas xa establecidos (STS 26 Abr. 2005). Poderá realizarse en calquera dos contratos administrativos sempre que

as calidades técnicas e persoais do cedente non teñan sido razón determinante para a adxudicación do contrato e cando cumpran determinados requisitos de carácter formal aos que a continuación se fará referencia.

En concreto, a cesión dos contratos de xestión de servizos públicos, aos que se refire a consulta, regúlase conxuntamente coas cesións dos demais tipos contractuais no artigo 209 da Lei 30/2007, de 30 de outubro, de contratos do sector público, (en adiante LCSP) que literalmente di:

- 1. Os dereitos e obrigas dimanantes do contrato poderán ser cedidos polo adxudicatario a un terceiro sempre que as calidades técnicas ou persoais do cedente non fosen razón determinante da adxudicación do contrato.*
- 2. Para que os adxudicatarios poidan ceder os seus dereitos e obrigas a terceiros deberán cumprirse os seguintes requisitos:*
 - a. Que o órgano de contratación autorice, de forma previa e expresa, a cesión.*
 - b. Que o cedente teña executado polo menos un 20% do importe do contrato ou, cando se trate da xestión de servizo público, que efectuase a súa explotación durante polo menos unha quinta parte do prazo de duración do contrato. Non será de aplicación este requisito si a cesión prodúcese encontrándose o adxudicatario en concurso aínda que se teña aberto a fase de liquidación.*
 - c. Que o cesionario teña capacidade para contratar coa Administración e a solvencia que resulte esixible, debendo estar debidamente clasificado se tal requisito foi esixido ao cedente, e non estar incurso nunha causa de prohibición de contratar.*
 - d. Que a cesión se formalice, entre o adxudicatario e o cesionario, en escritura pública.*
- 3. O cesionario quedará subrogado en todos os dereitos e obrigas que corresponderían ao cedente.*

Polo que aquí interesa, e visto o que antecede no parágrafo 2.b) do artigo, no específico suposto dos contratos de xestión de servizos públicos, o que a norma esixe é que se teña levado a cabo a explotación durante ao menos a quinta parte do tempo de duración do contrato, deixando o requisito de ter executado o 20% do seu importe como esixencia para os demais tipos contractuais. Respecto ao contrato de xestión de servizos públicos en análise, é opinión deste órgano consultivo que non cabe entender o carácter acumulativo dos requisitos citados (importe executado e prazo de explotación transcorrido), nin a posibilidade de interpretar como opcionais ambos supostos de xeito que o cumprimento dun deles sexa premisa suficiente para autorizar a cesión.

As condicións específicas de cesión do contrato de xestión de servizos públicos ten o seu orixe no derogado artigo 81 da Lei de Contratos do Estado que xa esixía ter realizada a explotación durante o prazo mínimo de 5 anos. Esa esixencia modificouse no artigo 115.2.b) da Lei 13/1995, de 18 de maio, de contratos das administracións públicas, solicitando a realización da explotación durante o prazo dunha quinta parte do tempo de duración do contrato, e mantívose, con idéntico texto, no artigo 114. 2 b) do Texto Refundido da LCAP (RDL 2/2000) e con irrelevantes cambios de redacción na norma legislativa actualmente vixente.

Polo tanto a cuestión da cesión dos contratos de xestión de servizos públicos da consulta ha de ser resolta de conformidade cos criterios que anteceden no artigo 209 da LCSP segundo o que será necesario:

- a) autorización previa e expresa da cesión por parte do órgano de contratación
- b) que o cesionario teña a capacidade e solvencia para levar a explotación
- c) que o cedente teña realizado a explotación ao menos durante o prazo dunha quinta parte do tempo de duración previsto do contrato, e
- d) que a cesión se formalice, entre cedente e cesionario, en escritura pública.

Respecto a qué se entende por “*prazo de duración do contrato*” a efectos do cálculo do cómputo da quinta parte que debe transcorrer, debe indicarse que é o prazo expresamente establecido no prego ou no contrato no senso indicado no art. 26.1.g) da LCSP, que distingue entre os termos “duración” (ou as datas estimadas de inicio e remate), e as “prórrogas previstas” que compoñerían o que se ven en denominar a “*duración máxima do contrato*” á que fai referencia o art. 23.2 en relación co 254 da LCSP.

Indicar, a maiores, que se a cesión vense de solicitar téndose producido xa a autorización de prórrogas, o tempo destas debe ser engadido á duración inicial.

3.- Para o resto dos contratos administrativos, sobre o alcance que debe darse ao termo “*importe do contrato*” utilizado no parágrafo 2.b) do citado artigo, e singularmente, si na base para o cálculo da porcentaxe do 20% debe incluírse o importe das prórrogas, cabe indicar o seguinte:

- A LCSP, por influencia do artigo 9 da Directiva 2004/18, define o “**valor estimado dos contratos**” como o seu “importe total, sen incluír o IVA, pagadoiro segundo as estimacións do órgano de contratación” (art. 76). Para determinar ese valor a norma sinala una serie de regras respecto as eventuais prórrogas que poidan producirse no contrato -que en todo caso han de ser computadas no seu cálculo -, e fórmulas de estimación -en función dos tipos de contratos- co fin de precisar, na súa fase de preparación, o custo máximo que poderá acadar o contrato, concretar previsións orzamentarias e garantir o efectivo cumprimento do mesmo mediante unha correcta estimación do seu importe, no momento de fixar o orzamento de licitación, atendendo ao prezo xeral de mercado.
- Distinto do anterior, tanto pola finalidade como polos elementos que o integran é “**o prezo do contrato**” do artigo 75. Éste non pode ser determinado ata o momento da adxudicación do mesmo, e ven definido na lei como a retribución do contratista pola realización da prestación, isto é, da que se fai acredor pola realización da prestación que trae causa da contratación.

O establecemento dun prazo mínimo de explotación ou dunha cifra fixando unha contía mínima de execución, como requisitos previos para autorizar a cesión, ten o seu fundamento no propósito de pretender evitar a concorrencia de licitadores que, no caso de resultar adxudicatarios, pretendan cedelo a terceiros xa dende a mesmo momento da adxudicación. Non obstante, resultando inxustificadamente lesivo para o contratista, e se nulo valor garantista para a Administración, que para establecer o



importe do contrato se deba multiplicar o importe inicial do mesmo polo número de anos que previsiblemente, por mor da concesión das prórrogas sinaladas nos pregos, poida alcanzar a súa vixencia. A maior abundamento integrar nese importe inicial a expectativa de producirse unha eventual prórroga implica valorar unha hipótese condicionada ao cumprimento de determinados requisitos futuros que no momento da cesión non se poden asegurar (inalterabilidade do obxecto, acordo expreso do órgano de contratación, etc). Trátase do que viña en denominarse, na normativa anterior, “orçamento de adjudicación”, ao que deberá engadirse, si o contrato xa foi obxecto de modificacións ou revisións de prezos no momento da solicitude da cesión, os importes destas.

CONCLUSIÓNS:

1º.- Nos contratos de xestión de servizos públicos, o que o artigo 209 da LCSP esixe é que se teña levado a cabo a explotación durante ao menos a quinta parte do tempo de duración do contrato, deixando o requisito de ter executado o 20% do seu importe como esixencia para os demais tipos contractuais.

2º.- Sobre o alcance que debe darse ao termo “importe do contrato” utilizado no paragrafo 2.b) do artigo 209 da LCSP, esta Xunta Consultiva entende que ha de referirse á retribución do contratista pola realización da prestación formulada no artigo 75 da LCSP.