

Informe 10/2014, de 2 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Régimen jurídico de los contratos mixtos. Determinación de la prestación de mayor importancia en un contrato mixto, denominado «Pista de evacuación e innivación artificial en la estación de esquí de Panticosa», a efectos de su régimen de adjudicación.

I. ANTECEDENTES

El Sr. Alcalde del Ayuntamiento de Panticosa (Huesca) se dirige, con fecha 20 de marzo de 2014, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Ricardo Laguna Belio, Alcalde del Ayuntamiento de Panticosa plantea la siguiente consulta en relación al expediente de contratación para la adjudicación de la obra “PISTA DE EVACUACIÓN E INNIVACIÓN ARTIFICIAL EN LA ESTACIÓN DE ESQUÍ DE PANTICOSA”.

Se tienen dudas sobre la calificación de un contrato mixto consistente en la adquisición de unos cañones de nieve y su instalación.

*Según el proyecto, el Presupuesto ejecución material del total de las instalaciones de innivación es de **819.401,68 €**:*

-el valor de los cañones asciende a 360.622,69 €

-el valor de las tuberías: 236.248,74 €

-el valor de los cables: 64.336,97 €

-otros elementos complementarios a la instalación de innivación: 67.389,92 €

*En el objeto del contrato se incluye también la captación, depósito y caseta de bombas por importe de **70.055,62**, y el soterramiento de la línea eléctrica por importe de **90.000 €**.*

El valor estimado del contrato es de 979.457,30 €

Conforme el artículo 12 TRLCSP para la calificación hay que atender a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

¿Cómo se debe calificar un contrato cuyo objeto es la compra de unos cañones de innivación y su instalación?

¿Se debe considerar que el coste de las instalaciones de innivación por importe de 979.457,30 € es un contrato sujeto a regulación armonizada?

O por el contrario: ¿se debe considerar que el suministro se refiere única y exclusivamente a los cañones por importe de 360.622,69 € por lo que el resto del contrato se considera obra sin que el contrato se sujete a regulación armonizada?

¿Se debe tener en cuenta en este caso el importe de 207.000 € o de 5.186.000 € a efectos de la publicación en el DOUE?».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en sesión celebrada el 2 de abril de 2014, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y legitimación para solicitarle informe.

En primer lugar es necesario indicar, como criterio de carácter general, que de conformidad con el artículo 3.1 y 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, a esta Junta Consultiva de Contratación no le corresponde informar expedientes concretos

de contratación, ni suplir las funciones que a otros órganos atribuye la legislación de contratos del sector público. Por otra parte, según el artículo 3.2 de su norma constitutiva, no es menos cierto que la función consultiva y de asesoramiento de la Junta Consultiva, no puede ni debe sustituir las facultades de informe que la legislación, en el ámbito de la contratación pública, atribuye a órganos específicos y determinados.

No existe, sin embargo, impedimento alguno, dado el interés general del fondo de la consulta que plantea el Sr. Alcalde de Panticosa (Huesca), para que esta Junta Consultiva se pronuncie acerca del régimen de adjudicación de un contrato mixto.

La consulta reviste interés general, pues cómo se desprende del escrito del Sr. Alcalde de Panticosa, según la respuesta que se ofrezca varía notablemente el régimen jurídico de su adjudicación.

En el supuesto que se opte por considerar que la prestación principal son las relativas al contrato de obras, el contrato se adjudicará, en función de su cuantía (inferior a 5 186 000 euros), como un contrato no sujeto a regulación armonizada; y la solvencia técnica vendrá determinada por la clasificación del contratista que corresponda, en función del importe de las obras.

Si la prestación principal es la relativa al contrato de suministro, el contrato se adjudicará, en función de su cuantía (superior a 207 000 euros), como un contrato sujeto a regulación armonizada; y la acreditación de la solvencia técnica deberá determinarse conforme a lo establecido el artículo 77 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante TRLCSP).

El Sr. Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Panticosa (Huesca), es órgano competente para formular solicitud de informe a la Junta, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6 g) del mencionado Decreto 81/2006.

II. Los contratos mixtos. Régimen jurídico del TRLCSP e interpretación conforme a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004.

La cuestión que se plantea por el Sr. Alcalde de Panticosa (Huesca) en la solicitud de informe, tiene que ver con la determinación del régimen jurídico de aplicable a un contrato cuyo objeto contiene prestaciones que corresponden a dos contratos diferentes, conforme a la clasificación típica de los contratos administrativos.

El contrato mixto surge cuando las necesidades de la Administración, requieren y hacen necesario para su satisfacción, por razones de eficacia, eficiencia y agilidad, la contratación conjunta de prestaciones de naturaleza diversa. Y, a su vez, la fusión de prestaciones en un contrato mixto, precisa de la existencia de una vinculación directa de las mismas entre sí; así como de una relación de complementariedad entre tales prestaciones, de suerte y manera que sea preciso su consideración y tratamiento como una unidad.

De ahí que, el artículo 22.2 TRLCSP, al regular la libertad de pactos, establezca como límite a la misma, que:

«Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante».

El TRLCSP, cuando regula el régimen jurídico de los contratos mixtos, diferencia dos momentos singularizados; uno inicial, relativo a su adjudicación, y otro posterior, referente a la vida del contrato una vez producida su perfección.

La determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos, en cuanto a su adjudicación, la realiza el artículo 12 TRLCSP, al disponer que

«cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico».

Con esta norma, el legislador opta por la regla o *«criterio de la absorción»* —al igual que establecía el artículo 6 del texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante TRLCAP)—, si bien, frente a lo dispuesto por el TRLCAP, no se hace mención a las normas aplicables a la ejecución del contrato, pues se limita la aplicabilidad de la absorción a la determinación de las reglas de adjudicación del contrato; entre otras cosas porque la adjudicación de un contrato sólo puede hacerse conforme a un régimen jurídico. Y así se pone de relieve en el Informe 29/10, de 24 de noviembre de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; y en el Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre de 2013, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón.

En la consulta que formula el Sr. Alcalde de Panticosa, ninguna duda ofrece que la prestación más importante del objeto del contrato a celebrar, es la que se corresponde con el suministro de instalaciones. En consecuencia, el contrato deberá adjudicarse conforme al régimen jurídico del contrato de suministro.

La determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos, en cuanto a su ejecución, viene regulada en el apartado 2 del artículo 115 del TRLCSP, cuando dispone que en los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos mixtos se detallará el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos. Es decir, el TRLCSP recoge la regla o *«criterio de la combinación»*, de manera que cada prestación deberá regirse por las normas que sean propias al tipo de contrato a que pertenezca. De manera que, en la fase de ejecución de un contrato mixto, convivirán

diversos regímenes jurídicos en el mismo contrato, en función de las distintas tipologías contractuales a las que correspondan las prestaciones que hayan sido fusionadas en el mismo.

Ahora bien, no estará de más recordar, que la regulación del TRLCSP se aleja, en cuanto a la determinación del régimen jurídico de adjudicación de los contratos mixtos, de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministro y de servicios (en adelante Directiva 2004/18/CE). La norma comunitaria distingue, a este respecto, entre contratos que fusionan servicios y suministros, de aquellos otros contratos que agregan obras con suministros u obras con servicios.

En el supuesto de contrato mixto de servicios y suministros, la Directiva 2004/18/CE aplica la regla del mayor valor económico —o igual, para la prevalencia de las normas del contrato de suministro—, en similares términos a cuanto dispone el artículo 12 TRLCSP; en cambio, cuando se trata de contratos mixtos de suministro y obra, la Directiva 2004/18/CE aplica la regla del objeto principal del contrato con independencia de la cuantía del importe de la prestación.

Y así, la Directiva 2004/18/CE contempla expresamente la existencia de contratos mixtos de suministros y obras en el artículo 1.2.c); según este precepto:

«Son “contratos públicos de suministro” los contratos públicos distintos de los contemplados en la letra b) cuyo objeto sea la compra de productos, su arrendamiento financiero, su arrendamiento o su venta a plazos, con o sin opción de compra.

Un contrato público cuyo objeto sea el suministro de productos y, de forma accesoria, obras de colocación e instalación se considerará un “contrato público de suministro”».

Como puede apreciarse, la Directiva atiende al carácter accesorio o no de las obras, para determinar el régimen jurídico aplicable al contrato. Es decir, en el

contrato mixto de suministro y obra, la Directiva 2004/18/CE no aplica exclusivamente el criterio de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico (*value test*), sino que, como se desprende del Considerando 10 de la propia Directiva, lo importante es el carácter accesorio de la obra.

En el mismo sentido se regula, el contrato mixto de suministro y obra, en la nueva Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (pendiente de publicación en el DOUE), en el artículo 2.8.

De manera que la regla del artículo 12 del TRLCSP, debe ser interpretada o «*reinterpretada*», y aplicada, a la luz de la Directiva 2004/18/CE y de las pautas jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE); en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, principio que obliga a los jueces y autoridades nacionales, entre otras cosas, a la inaplicación de las normas nacionales contrarias al Derecho comunitario. Pues, como afirma la STJUE de 10 de abril de 1986 (Asunto 14/83), *Sabine Von Colson y Elisabeth Kamann*, y se reitera en toda la jurisprudencia posterior:

«la obligación de los Estados miembros, derivada de una directiva, de conseguir el resultado previsto por la misma, así como su deber en virtud del artículo 5 del Tratado de adoptar todas las medidas generales o particulares necesarias para asegurar la ejecución de esta obligación, se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros comprendidas, en el marco de sus competencias, las autoridades jurisdiccionales».

III. La jurisprudencia del TJUE: el criterio del «*objeto principal*» del contrato, como determinante del régimen jurídico de su adjudicación.

La jurisprudencia del TJUE mantiene, cuando un contrato contiene, a un tiempo, elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato; que ha de estarse al «*objeto principal*» del

contrato, para determinar qué directiva comunitaria sobre contratación pública debe en principio aplicarse.

Esta doctrina jurisprudencial, que considera el criterio del «*objeto principal*» del contrato, como elemento determinante del régimen jurídico de su adjudicación, se contiene y concreta, entre otras, en la STJUE de 5 de noviembre de 1989 (asunto C/88), *Comisión contra la Republica Italiana*; la STJUE de 19 de abril de de 1995 (asunto C-331/92), *Gestión Hotelera Internacional S.A. contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas S.A*; en la que reside el origen del criterio del objeto principal de la actual Directiva 2004/18/CE. En la misma línea, la STJUE de 18 de enero de 2007 (Asunto C-220/05), *J. Auroux y otros con Commune de Roanne*.

Finalmente, en la STJUE de 21 de febrero de 2008 (Asunto C-412/04), *Comisión contra Republica Italiana*, se reitera la jurisprudencia anterior, pero de forma más clara y explícita, se sienta que la determinación del régimen jurídico de los contratos mixtos, que combinen obras y servicios o suministros, no puede realizarse únicamente por aplicación de un criterio cuantitativo (prestación de mayor valor económico, o *value test*), sino diferenciando la prestación característica del contrato, de aquellas que presentan un carácter accesorio o complementario. Y se señala, en este sentido, que el ámbito de aplicación de la Directiva sobre contratos de obras está vinculado al objeto principal del contrato: el cual debe determinarse en el marco de un examen objetivo del conjunto de dicho contrato, y que esta determinación debe llevarse a cabo a la luz de las obligaciones esenciales que prevalecen, que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición a aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario, y que son impuestas por el propio objeto del contrato. Pues, para el Tribunal, la cuantía respectiva de las diferentes prestaciones que forman parte del contrato, tan sólo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a dicha determinación.

IV. La determinación, en el contrato mixto de suministro y obras, del «*objeto principal*» del contrato y de las prestaciones accesorias.

De la consulta planteada por el Sr. Alcalde de Panticosa, se desprende que nos hallamos ante un contrato mixto, que entre sus prestaciones se incluye una serie de instalaciones para la innivación artificial, en especial la adquisición de unos cañones de innivación —que son la prestación de un contrato de suministro, conforme al artículo 9 TRLCSP—, así como las obras necesarias para su instalación y correcto funcionamiento (captación de agua, depósito, casetas de bombeo, tuberías,..etc.), que son la prestación de un contrato de obras, conforme al artículo 6 TRLCSP.

En el Derecho español existe un aforismo jurídico, según el cual «*lo accesorio sigue la suerte de lo principal*». Y así, debe considerarse objeto principal del contrato, aquella que determina su celebración; y prestación accesorio, la que tiene por objeto asegurar el cumplimiento y ejecución de la prestación que constituye el objeto principal del contrato, de manera que no sería necesaria su ejecución de forma independiente o aislada a la prestación principal. Es decir, la prestación accesorio no tiene razón de existir por si misma, sólo la adquiere en cuanto sirve a la prestación principal.

En la licitación del contrato sobre el que se consulta, el objeto es la innivación artificial en la nueva pista de evacuación de la estación de esquí de Panticosa; la adquisición de los cañones de nieve necesarios para ello. Los cañones de nieve, o cañones innivadores, son mecanismos o artefactos que producen o crean nieve a partir de agua y aire presurizados, expulsados a baja temperatura. La fabricación de nieve precisa y necesita, además de los cañones, una infraestructura compleja y completa de cañerías (conducciones de aire comprimido), bombas, depósitos y balsas de captación y enfriamiento de agua; también de la tecnología necesaria para la gestión de su funcionamiento.

La innivación artificial en la nueva pista de evacuación de la estación de esquí de Panticosa es, en este caso, el objeto principal del contrato, pues en definitiva, la innivación artificial en la pista de evacuación, y la adquisición de los cañones necesarios, trata de suministrar nieve para hacer esquiable durante toda la temporada invernal una nueva pista de evacuación que, por su altitud, no lo es de forma ininterrumpida. Las obras necesarias para la innivación son accesorias.

III. CONCLUSIONES

I. La determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos, en cuanto a su adjudicación, la realiza el artículo 12 TRLCSP, al disponer que cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase se atenderá en todo caso, para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

II. La Directiva 2004/18/CE contempla expresamente la existencia de contratos mixtos de suministros y obras en el artículo 1.2.c), que aplica la regla del objeto principal del contrato, con independencia de la cuantía del importe de la prestación, en función del carácter accesorio o no de las obras, para determinar el régimen jurídico de adjudicación del contrato. Y, en el mismo sentido, la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, del Parlamento europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, en su artículo 2.8, que entra en vigor el 18 de abril de 2014.

III. La jurisprudencia del TJUE mantiene, conforme Directiva 2004/18/CE, que cuando un contrato contiene, a un tiempo, elementos propios de un contrato público de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato; ha de

estarse al «*objeto principal*» del contrato, para determinar el régimen jurídico de su adjudicación.

IV. El artículo 12 del TRLCSP, debe ser interpretado o «*reinterpretado*», y aplicado, a la luz de la Directiva 2004/18/CE y de las pautas jurisprudenciales del TJUE; en aplicación del principio de primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional.

V. En el contrato mixto «Pista de evacuación e innivación artificial en la estación de esquí de Panticosa», la prestación que constituye su objeto principal es la innivación artificial; es decir la adquisición de los cañones de nieve, o cañones innivadores; y el régimen jurídico de su adjudicación es el que corresponde a un contrato de suministro de regulación armonizada, conforme al artículo 15 TRLCSP.

Informe 10/2014, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 2 de abril de 2014.