

## **2.- FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA**

### **2.1. ANÁLISIS DE LA MODALIDAD CONTRACTUAL MÁS ADECUADA PARA EL CONTRATO DE GESTIÓN INTEGRAL DEL MANTENIMIENTO DE INSTALACIONES COMPLEJAS SUMINISTRO Y GESTIÓN ENERGÉTICA.**

1. El contrato de mantenimiento integral con gestión energética de un edificio de titularidad de una Administración Pública, es un Contrato por el cual dicha Administración contrata con una empresa privada, a cambio de un precio, la prestación de “servicios energéticos”, es decir, suministro de energía en determinadas condiciones de calidad, cumpliendo unos niveles de confort y normalmente una mejora de la eficiencia energética. Para que la empresa privada sea capaz de alcanzar dichos niveles de “confort”, con un ahorro energético es necesario contemplar una serie de circunstancias en la relación contractual. En primer lugar es necesario que el plazo de duración del contrato sea el suficiente como para que la empresa privada pueda amortizar las necesarias inversiones para optimizar las instalaciones del Edificio. En segundo lugar es necesario, o al menos conveniente para conseguir ahorros energéticos, establecer un sistema de remuneración que permita repercutir los ahorros energéticos en la cuenta de resultados de la empresa privada, con el fin de que sea esta la más interesada en conseguir dichos ahorros, siempre sin menguar ni disminuir el confort que se contrate.

En principio, los diferentes servicios que debe prestar la empresa contratista: suministro de energía transformada, gestión, reparación y sustitución de las instalaciones de conversión de dicha energía en aire frío, caliente, agua caliente sanitaria etc., conducirían a que fuera clasificado como contrato administrativo de servicios. Así sucede en el derecho francés, en el que en la práctica este tipo de contratos son calificados como de servicios. (En Francia a estos contratos se les aplica el artículo primero.I del Decreto nº 2004-15 de 7 de enero, sobre el Código de los Mercados Públicos (marchés publics).

No obstante, salvo que se opte por acudir a las nuevas figuras que posteriormente se analizan, la limitación temporal que rige en nuestro ordenamiento jurídico en relación con este tipo de contratos (la duración no puede exceder de cuatro años, ex art. 279 LCSP), y la complejidad del objeto del contrato, que engloba prestaciones de diferente naturaleza, aconsejarían su subsunción en una figura contractual mixta, que abarque las distintas prestaciones contractuales, que son fácilmente reconducibles a los contratos administrativos típicos de Suministro y Servicios.

2. La nueva Ley 30/2007, 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP), por una parte sigue ofreciendo la misma posibilidad que se ofrecía por el anterior Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), , esto es contemplar dicho Contrato

de varias formas, bien como un contrato administrativo típico, de carácter mixto, de suministro y servicios, bien como un contrato de servicios. Pero por otra parte ofrece una nueva posibilidad que viene a solventar el principal problema preexistente con la anterior legislación.

3. Una de las cuestiones fundamentales que se planteaban con el anterior TRLCAP, era cómo encajar jurídicamente este modelo de contrato en alguna de las modalidades contractuales existentes, teniendo en cuenta el breve plazo de duración que la ley preveía para los contratos de servicios (máximo 4 años con prórrogas) y la problemática que ello generaba a las empresas en cuanto que se hacía inviable la amortización de la inversión dentro del periodo de contratación. Esta cuestión, se ve solventada con la nueva LCSP que nos ofrece una posibilidad de contratación adecuada y apropiada para regular este tipo de contratos: “el Contrato de Colaboración entre el sector Público y el sector Privado” (CCPP) que reúne una serie de particularidades que facultan el objetivo pretendido con el presente contrato.

La definición (artº 11 LCSP) que se realiza de esta figura supone que una Administración Pública encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las prestaciones recogidas en la LCSP. Entre las prestaciones que se incluyen en el ámbito del CCPP, se encuentra “la gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas” (artº 11.1.b LCSP), introducida en la ley, como consecuencia de una necesaria adaptación de la normativa española a las Directivas Europeas,<sup>1</sup> que establecen como las legislaciones de los estados miembros deben adaptar su normativa para facilitar la contratación de Servicios Energéticos, eliminando las limitaciones preexistentes en cuanto a la duración.

Las características de este Contrato contemplan asimismo (artº 11) que el contratista colaborador de la Administración puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos. Asimismo la contraprestación a percibir por el contratista colaborador consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Entra por lo tanto en juego por tanto la posibilidad de premiar ahorros energéticos reales.

---

<sup>1</sup> Sobre este tipo de servicios existe la **Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006 , sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos**, con la que se pretende desarrollar y potenciar el mercado de servicios energéticos de modo que se logre alcanzar ciertos objetivos de eficiencia y ahorro energético. El artº 3, en su apartado j) define el “contrato de rendimiento energético”, como el acuerdo contractual entre el beneficiario y el proveedor de una medida de mejora de la eficiencia energética, cuando las inversiones en dicha medida se abonen respecto de un nivel de mejora de la eficiencia energética convenido por contrato;

4. El CCPP resulta ser asimismo un instrumento contractual que habilita al Sector Público para acceder a la contratación de cualquier Contrato Típico bajo su amparo, siempre que dicho Contrato Típico se corresponda con la prestación principal del Contrato (artº 289). Ello deja abierta la posibilidad de que Administración y contratista concreten los elementos del contrato en cada caso concreto.
5. Respecto de la duración de los CCPP, se establece un plazo de 20 años (40 en caso de Concesión) -art. 290 de la LCSP-. Es decir puede adaptarse en función de la duración de la amortización de las inversiones que se realicen para el cumplimiento del objeto del contrato o de las fórmulas de financiación que se prevean en el documento descriptivo del mismo, lo que facultará que el retorno de la inversión se produzca dentro del periodo de contratación.
6. Se introduce de igual modo, un reparto de riesgos entre la Administración contratante y el socio privado.
7. El CCPP tiene una serie de particularidades que deben ser tenidas en cuenta a la hora de iniciar un expediente de contratación. En primer lugar es necesario que con carácter previo se produzca la elaboración de un documento de evaluación (artº 118), previo a la iniciación del expediente de contratación que contenga la justificación de la decisión de recurrir a esta fórmula de contratación, por no estar la Administración en condiciones de definir los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos o por no disponerse de capacidad para establecer los mecanismos jurídicos o financieros adecuados. La evaluación del documento debe hacerse por órgano colegiado formado por expertos con cualificación suficiente en la materia; es decir es un sistema de contratación "subsidiario". La complejidad de las prestaciones que se contemplan en un Contrato de gestión integral del mantenimiento con gestión energética debería ser la base de tal evaluación. Asimismo, una vez iniciada la forma de contratación, el Órgano contratante debe establecer un Programa funcional (artº 119) que contendrá los elementos básicos que informarán el diálogo competitivo, así como una descripción del contrato. Tal mención conlleva necesariamente que este tipo de contratos deban adjudicarse mediante el novedoso sistema del "Diálogo Competitivo" contemplado en los artº 163 y siguientes de la LCSP; dicho sistema permite al Organo Contratante realizar un sistema que podemos definir de "mejora constante", en cuanto que los licitadores van ajustando sus soluciones técnicas a la que finalmente resulte mas adecuada.
8. La LCSP establece que un CCPP debe contener, además de los condicionantes de cualquier contrato, una serie de contenidos específicos (artº 289):
  - ⇒ Identificación de las prestaciones principales que constituyen su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo del contrato.

- ⇒ Reparto de riesgos entre Administración y contratista.
- ⇒ Objetivos de rendimiento asignados al Contratista.
- ⇒ Remuneración del contratista. Bases y criterios para cálculo de costes de inversión, de funcionamiento y de financiación y, en su caso, de los ingresos por explotación.
- ⇒ Causas y procedimiento para las variaciones de remuneración a lo largo de la vida del contrato.
- ⇒ Fórmulas de pago y aplicación de sanciones.
- ⇒ Fórmulas de control por la administración de la ejecución del contrato (objetivos de rendimiento y subcontratación).
- ⇒ Sanciones y penalidades.
- ⇒ Condiciones en que puede procederse a una decisión unilateral de la Administración, a la modificación de determinados aspectos del contrato o a su resolución.
- ⇒ Control sobre cesión del contrato.
- ⇒ Destino de las obras y equipamientos a la finalización del contrato.
- ⇒ Garantías.
- ⇒ Referencia a las condiciones generales y, cuando sea procedente, a las especiales que sean pertinentes en función de la naturaleza de las prestaciones principales, que la ley establece respecto a las prerrogativas de la administración y a la ejecución, modificación y extinción de los contratos.

9. Podemos concluir por tanto con la afirmación de la existencia de un nuevo soporte contractual con la nueva LCSP en la cual los CCPP, pueden amparar la contratación de un Contrato de Servicios Energéticos, poniendo fin a las limitaciones de duración existentes con la anterior normativa.

10. En cualquier caso sigue vigente la posibilidad de acudir a un Contrato Mixto de Suministro y Servicios, un Contrato de Concesión Administrativa o un Contrato Especial atípico. Los precitados modelos de contratos, al estar tipificados en la ley, se les aplica plenamente el régimen administrativo previsto en la LCSP, en el que todos ellos encuentran una regulación completa ( art. 19 de la LCSP).

Y entre ellos es el Contrato Mixto de Suministros y Servicios el mas adecuado. En este sentido resulta claro que, por una parte, se suministran bienes como el gas, la electricidad y las instalaciones necesarias para su transformación, y, por otra, se presta el servicio de mantenimiento de estas instalaciones de modo que en su funcionamiento no se produzcan averías y, sobre todo, se gestione en cada momento esta energía de una manera eficiente atendiendo a las condiciones climáticas, a la situación y al uso del edificio en sí.

Este contrato administrativo típico mixto de suministro y servicios tendrá una vigencia, no prevista legalmente, sino determinada por lo que pacten las partes contratantes; lo que permitirá que se extienda el tiempo suficiente para garantizar la rentabilidad al contratista de las inversiones realizadas, que es, con carácter general, superior a los cuatro años.

11. Nos parece que complicaría en exceso la ejecución de este contrato el calificarlo como un contrato, además de administrativo mixto de

suministro y servicios, con prestaciones propias del contrato de obra pública. En este sentido, aunque entre las prestaciones a las que la empresa contratista se obliga pueden llegar a incluirse obras como la de sustitución de instalaciones, y las pequeñas obras de reparación correspondientes para llevarlas a cabo, creemos que estas actuaciones son auxiliares a los servicios que se prestan, y, en todo caso, puede dejarse a la libertad de los contratantes incluir cláusulas contractuales que aseguren la correcta sustitución de los equipos e instalaciones e incluso la de creación de espacios para nuevas instalaciones.

Debido a la reducida trascendencia de este tipo de actuaciones en comparación con las prestaciones globales del contrato, a su carácter puntual y a su escasa incidencia económica en el importe del presupuesto total del mismo, resulta aconsejable que, aunque su ejecución se incluya entre las cláusulas del contrato, no modifiquen la naturaleza y calificación jurídica que se otorga al mismo.

12. Parece difícil negar que las prestaciones objeto de este contrato de gestión energética de edificios públicos puedan reconducirse al contrato administrativo típico de suministro y servicios. Pero incluso si se negara su encaje en las figuras contractuales que la legislación de contratos considera típicas, no habría ninguna objeción en considerar que nos encontramos ante un contrato administrativo de carácter especial.

El artículo 19.1 b) LCSP se refiere a estos contratos, como aquellos “contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del art.20.1, o por declararlo así una ley”.

Este contrato de gestión de servicios energéticos está vinculado con el ejercicio de una competencia administrativa, concretamente no hay duda de que el objeto de este contrato se encuentra al servicio de un edificio público que se utiliza, ya se ha puesto de manifiesto, como soporte material de un servicio público.

Pero la dificultad de esta posible calificación jurídica de la relación contractual objeto de este informe, es que las prestaciones de este contrato de gestión energética “no parece que sean un objeto distinto que los anteriormente expresados”, esto es, los contratos típicos (obras, servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia o servicios;). Esto llevaría a descartar la calificación de contrato administrativo especial para este tipo de contrato de gestión energética, aunque los efectos prácticos no tengan mucha trascendencia; de facto determinados organismos del Estado han optado por esta relación contractual para la contratación de la gestión energética.

13. Por lo mismo, puede negarse por idénticas razones su calificación como contrato administrativo privado, pues su celebración por parte de la Administración no responde a un interés lucrativo sino que satisface de manera instrumental una finalidad pública de la específica competencia de la Administración.

En esta línea, es importante destacar como la interpretación no restrictiva que los tribunales realizaban del antiguo art. 5.2.b) TRLCAP permite calificar como contratos privados a aquellos que la Administración celebra con carácter puramente patrimonial o lucrativo, por lo que, a pesar de que se justifiquen en un interés público o general ex art. 103 CE, (de otro modo sería ilegal la actuación de la Administración) quedan fuera de su ámbito de competencias; mientras que cualquier negocio jurídico que tenga una vinculación, aunque sea indirecta, con el ejercicio de competencias administrativas, es reputado como contrato administrativo.

Ejemplo de esta interpretación tan extensiva del art. 5.2.b) TRLCAP, que favorece una aplicación plena de la legislación de contratos de las Administraciones públicas es la reciente STS de 27 de junio de 2003, Ar. 6147, en la que se considera administrativo, el contrato de compraventa de una parcela propiedad de la Administración local a una empresa particular, pues se considera que con dicho negocio la Administración realiza “una función de fomento y de estímulo a la iniciativa empresarial privada”, que se integra dentro de sus competencias.

14. Téngase en cuenta que lo que está en juego con la calificación jurídica de este contrato como contrato administrativo – ya sea típico ya sea especial – frente al contrato privado de la Administración es la aplicación o no en todos sus aspectos, incluidos sus efectos y extinción, de la legislación de contratos del Sector Público. La preparación y adjudicación de un contrato, cuando la Administración que lo celebra es una Administración de carácter territorial, como es el caso, se rige siempre por los principios de publicidad y concurrencia, esto es, por la LCSP.

Por tanto, lo definitivo aquí es que la figura contractual analizada, tiene la calificación de contrato administrativo y se rige en todos sus aspectos por la legislación administrativa y no sólo en lo relativo a su preparación y adjudicación, lo que ocurriría cuando se tratase de un contrato privado de la Administración.

## **2.2. CONSECUENCIAS DE CALIFICAR EL CONTRATO COMO UN CONTRATO ADMINISTRATIVO TÍPICO Y MIXTO, DE SUMINISTRO Y SERVICIOS.**

Las consecuencias de calificar el contrato de suministro y servicios como contrato administrativo típico y mixto son las siguientes:

1. En cuanto que contrato administrativo típico se regirá, en primer lugar, por la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, tanto en su preparación y adjudicación, como en sus efectos y extinción (art. 19 LCSP).

Asimismo será competente para resolver cualquier controversia que surja sobre el mismo, la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 21 LCSP).

Además de esta competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de cualquier conflicto en relación con el contrato, la aplicación al contrato en todas sus fases del régimen jurídico propio de los contratos administrativos se traduce, como es sabido, en que corresponden a la Administración una serie de poderes, de los que carecería si fuera considerado como contrato privado de la Administración Pública.

2. El hecho de que un contrato de mantenimiento integral de edificios públicos que comprende las prestaciones de suministro de energía y combustibles y gestión energética de los mismos contenga prestaciones correspondientes tanto al contrato de suministros, como al contrato de servicios, lo convierte, como se ha expuesto, en un contrato mixto, regulado en el art. 12 LCSP.

Este precepto dispone que habrá de estarse para su calificación y aplicación, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. Resulta por ello claro en la práctica que el contrato al que nos referimos es, ante todo y debido a la mayor importancia económica de la prestación, un contrato administrativo de suministro, al que resultan de aplicación las disposiciones contenidas en la LCSP referentes al Contrato de Suministros.

3. La calificación del contrato de mantenimiento integral de edificios públicos como un contrato de suministro, permite que en el pliego de cláusulas administrativas se establezca una duración de, por ejemplo, diez años. El plazo, en principio, indefinido, es el que acuerden las partes contratantes, y, lo deseable es encontrar un equilibrio que permita tanto una concurrencia de empresas que posibilite la competencia en el mercado, como la rentabilidad para el contratista de las inversiones que ya ha realizado.
4. Como contrato administrativo rige además, junto al principio de riesgo y ventura, que se traduce en que el contratista asuma los beneficios y perjuicios derivados de su actividad empresarial, el principio de equilibrio financiero del contrato, por lo que le resultarán de aplicación los preceptos relativos a la revisión de precios, que permiten que este equilibrio se restablezca en cada caso concreto.
5. Pese a que le resulte de aplicación la regulación del contrato administrativo de suministro nada impide, sin embargo, que el modelo de contrato que se elabore por la Administración recoja alguna de las exigencias legales que rigen para el contrato de servicios y, en general, las exigencias legales de la contratación administrativa.
6. Por último, cabría también plantearse que este tipo de contrato, compuesto por una pluralidad de prestaciones (suministro, vigilancia,

conservación, reparación, sustitución de instalaciones de suministro, administración de las instalaciones, etc....), algunas de las cuales - suministro de agua, combustibles y energía-, de gran trascendencia económica, realizadas por personas distintas al contratista, podría dar lugar a una subcontratación de partes del mismo. La subcontratación supone la utilización instrumental por el contratista de los servicios de un tercero, para la realización de una parte de las prestaciones a las que está obligado frente a la Administración.

7. La subcontratación está regulada en la LCSP (arts. 210 Y 211 LCSP), para garantizar que en los contratos, que celebre el contratista derivados de un contrato administrativo no se produzca un fraude.

Así el adjudicatario del contrato está obligado a abonar a los subcontratistas y suministradores el pago del precio pactado con unos y otros en los plazos y condiciones que no sean más desfavorables que los establecidos para las relaciones entre Administración y contratistas.

Por otro lado, la subcontratación sólo está permitida cuando las prestaciones parciales que el adjudicatario subcontrate con terceros no superen el 60 por 100 del presupuesto del contrato (art. 210.2.e LCSP).