

Los contratos mixtos¹

Sofía Altemir Fumanal

RESUMEN

Este trabajo ofrece un estudio sistemático sobre la regulación de los contratos mixtos en el Derecho de la contratación pública, tanto a nivel comunitario como nacional. El éxito en la licitación de este tipo de contratos radica en una correcta calificación del contrato como mixto y en la determinación del régimen jurídico aplicable a su adjudicación. Se analizan y estudian las interpretaciones, que sobre la materia, han realizado órganos consultivos y de resolución de recurso especiales.

.....

- 1 Abreviaturas, siglas y acrónimos: art.: artículo; arts.: artículos; núm.: número; p.: página; pp.: páginas; PCAP: Pliego de cláusulas administrativas particulares; RCE: Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre; LCE: Decreto núm. 923, de 8 de abril de 1965, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado; LCAP: Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas; LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público; TRLCSP: 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; RGLCAP: Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas; TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea; TJCE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; JCCA: Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado; JCCAAr: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón; JCCACat: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña; JCCAM: Junta Consultiva de Contrata-

ABSTRACT

This work provides a systematic study of the regulation of mixed contracts on the Public Contract Law, both at European and national level. Success in the public tender of these contracts lies in their correct classification as “mixed” and in determining the legal regime applicable in their awarding. Different interpretations on the subject made by advisory authorities, are analysed and studied, including the resolution of “special appeals”.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA TIPICIDAD DE LOS CONTRATOS. EL CASO PARTICULAR DE LOS CONTRATOS MIXTOS. III. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS CONTRATOS MIXTOS. 1. LOS CONTRATOS MIXTOS TÍPICOS. 2. LOS CONTRATOS MIXTOS ATÍPICOS. IV. PRESTACIONES OBJETO DE FUSIÓN O COMBINACIÓN EN LOS CONTRATOS MIXTOS. 1. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL ART. 12 DEL TRLCSP. 2. REQUISITOS Y LÍMITES PARA LA COMBINACIÓN DE PRESTACIONES: EL ART. 25.2 DEL TRLCSP. A. Análisis de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que combinan prestaciones que no pueden ser fusionadas en un contrato mixto. B. Prestaciones que pueden ser objeto de fusión en un contrato mixto. V. RÉGIMEN JURÍDICO A APLICAR EN LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS MIXTOS. 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS. 2. LA DIRECTIVA 2004/18/CE Y EL TRLCSP. 3. LA DIRECTIVA 2014/24/UE Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL. VI. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN EN LOS CONTRATOS MIXTOS. 1. CAPACIDAD. 2. SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN. A. Regulación general. B. El caso particular de los contratos mixtos. VII. CONCLUSIONES FINALES. VIII. ANEXO BIBLIOGRÁFICO Y DOCUMENTAL.

I. INTRODUCCIÓN

La figura de los contratos mixtos no es ni mucho menos novedosa en la práctica de la contratación pública. Si bien, existen novedades a nivel normativo que merecen ser objeto de análisis y estudio. El legislador, tanto nacional como comunitario, se esfuerza en dotar a esta tipología contractual de mayor seguridad jurídica en su regulación, aprobando normas, con una amplia funcionalidad

.....

ción Administrativa de la Comunidad de Madrid; JCCAIB: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de las Islas Baleares; JCCAAnd: Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía; TACRC: Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales; TACPA: Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón; TACPM: Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid; TARCA: Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía; UTE: unión temporal de empresas.

práctica, que permiten su aplicación a gran diversidad de casos de coexistencia de prestaciones en un único contrato.

La Directiva 2014/24/UE avanza en esta línea y recoge, por primera vez en el Derecho comunitario de la contratación pública, el concepto de contrato mixto para referirse a la combinación de prestaciones correspondientes a contratos de distinto tipo.

La Directiva 2004/18/CE no contemplaba una referencia específica a la figura del contrato mixto, si bien preveía, de forma individualizada, la posibilidad de combinar en un mismo contrato prestaciones propias de los contratos de suministros, obras y servicios, pero sin calificar este tipo de contratos complejos como mixtos.

En el ámbito nacional fue la LCAP, en su art. 6, la que recogió formalmente la categoría de los contratos mixtos. La LCSP continuó con esta tendencia legislativa aunque introduciendo importantes novedades, fruto de la ampliación de su ámbito objetivo de aplicación a todo el sector público, así como de la necesidad, en aras del principio de libre competencia y concurrencia, de establecer límites a la libertad de pactos para permitir la combinación de prestaciones de diversos contratos en uno solo.

La regulación actual de los contratos mixtos se contiene en los arts. 12 y 25.2 del TRLCSP.

Lo trascendente a la hora de enfrentarse a la licitación de un contrato complejo es determinar qué tipo de prestaciones pueden combinarse en un contrato mixto, así como si estas prestaciones presentan las características requeridas por el art. 25.2 del TRLCSP, las cuales justifican su tratamiento y consideración conjunta. Una vez realizado este test de compatibilidad de fusión de prestaciones, el siguiente paso es determinar el régimen jurídico de aplicación al contrato resultante. La determinación del régimen jurídico es fundamental para asegurar la correcta aplicación de la legislación contractual y la salvaguarda de los principios de la contratación pública, principalmente en lo relativo a la publicidad, la libertad de acceso a las licitaciones y la concurrencia.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE LA TIPICIDAD DE LOS CONTRATOS. EL CASO PARTICULAR DE LOS CONTRATOS MIXTOS

La tipicidad o atipicidad de los contratos depende de la existencia o inexistencia de una previa regulación jurídica en la norma sustantiva que los regula. Los contratos típicos son aquellos que tienen *nomen* y están expresamente determina-

dos en el ordenamiento jurídico sustantivo. En sentido contrario, los contratos atípicos son los que carecen de esa regulación concreta en el ordenamiento jurídico, de forma que, se regirán por la voluntad de las partes, por los principios generales y reglas comunes aplicables a todos los contratos del sector público.

La calificación de un contrato como típico o atípico no es inmutable en el tiempo, pues se debe atender al régimen jurídico vigente en cada momento. Las necesidades de contratación, y las formas para dar satisfacción a las mismas, evolucionan a lo largo del tiempo con el propio devenir tecnológico, económico y social. Las nuevas tipologías contractuales surgidas de esta evolución serán, en un primer momento, contratos atípicos, en tanto en cuanto se adapte y modifique la normativa a la nueva realidad contractual. Este devenir implica que el ordenamiento jurídico puede eliminar contratos calificados hasta entonces como típicos, por su desuso, y de forma correlativa, por su uso generalizado, puede regular como contratos nominados aquellos que venían siendo calificados como atípicos. Por tanto, la tipicidad o atipicidad de un contrato depende de la voluntad del legislador en cada momento, teniendo siempre presente la práctica contractual existente.

El TRLCSP establece expresamente, en sus arts. 6 a 11, una serie de tipos de contratos celebrados por los entes del sector público, regulando las características esenciales de cada uno de ellos. De esta manera, son contratos típicos: Los contratos de obras, los de concesión de obras públicas, los de gestión de servicios públicos, los de suministros, los de servicios y los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. Se consideran típicos porque se ajustan a los tipos regulados con detalle en la Ley y, salvo excepciones, son las figuras que tradicionalmente se han ajustado al concepto de contrato público por excelencia.

Dentro de la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar del TRLCSP, denominada «Delimitación de los tipos contractuales», se ubica el art. 12, dedicado a la tipología de los contratos mixtos. Los contratos mixtos son una subcategoría de los contratos del sector público caracterizados por contener prestaciones propias de varios tipos de contratos públicos. Existiendo diversidad de normas aplicables para su adjudicación se estará a la regulación de la prestación principal o caracterizadora del contrato.

La categoría de los contratos mixtos está tipificada en la LCSP, que califica nominativamente estos contratos complejos y contempla las reglas para determinar las normas aplicables a su adjudicación. No obstante, la categorización individual de cada una de las prestaciones que pueden ser objeto de fusión en un contrato mixto concreto no está expresamente contemplada en la Ley. La categorización de estos contratos es de variada naturaleza, pudiendo diferenciar-

se entre los contratos mixtos típicos o nominativos y los atípicos o innominados. Los primeros son aquellos contemplados expresamente en la Ley, como por ejemplo el contrato de concesión de obra pública. Este contrato engloba prestaciones propias de varios contratos típicos, si bien, se ha considerado apropiado que cuente con un régimen jurídico propio y determinado en la norma. En contraposición a estos contratos complejos estarían los contratos mixtos atípicos. Esta atipicidad se predica de la falta de regulación nominativa para el contrato mixto en cuestión, debiendo el órgano de contratación verificar si las prestaciones del contrato complejo pueden ser fusionadas en un contrato mixto conforme a las estipulaciones del art. 25.2 del TRLCSP; y a continuación determinar qué reglas de adjudicación se le aplican.

La tipificación de los contratos mixtos y la determinación de las normas aplicables a su adjudicación tienen como fin evitar la huida del Derecho de la contratación pública en la licitación de este tipo de contratos. El legislador, tanto europeo como nacional, pretende establecer unas normas mínimas que garanticen que la combinación de prestaciones de diversa naturaleza no supone la quiebra de los principios de la contratación pública ni la huida de los umbrales del Derecho comunitario.

III. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL DE LOS CONTRATOS MIXTOS

El contrato mixto se define, en el art. 12 del TRLCSP, como aquel que contiene prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase.

La Directiva 2004/18/CE no contemplaba una referencia específica a la figura del contrato mixto, aunque preveía la posibilidad de que en un contrato se fusionasen prestaciones correspondientes a dos tipos contractuales distintos de entre los regulados en la misma. Es decir, obras con servicios o suministros y servicios con suministros.

La Directiva 2014/24/UE da un paso importante en la regulación de los contratos mixtos, dedicando sus considerandos 11, 12 y 13 y sus arts. 3 y 16 a su regulación específica. A la luz de estos preceptos, el contrato mixto puede ser definido como aquel cuyo objeto es la fusión o combinación de prestaciones correspondientes a distintos contratos de entre los regulados en la Directiva (obras, servicios y suministros), o la fusión de estas prestaciones con aquellas relativas a contratos no sometidos a la Directiva.

De la definición anterior se puede extraer una primera conclusión: La mera pluralidad de prestaciones contractuales no implica, por sí misma, la califi-

cación de un contrato como mixto. Piénsese en un contrato con pluralidad de prestaciones que correspondan a la misma categoría contractual. Por ejemplo un contrato de servicios en el que, por eficiencia y eficacia en la ejecución, se engloben diversas prestaciones calificadas como contratos de servicios. Esta posibilidad encuentra su amparo legal en la libertad de pactos consagrada en el art. 25.1 del TRLCSP. Si bien, parece no ser aplicables aquí las limitaciones contempladas en el apartado segundo del citado precepto, al menos en sentido estricto a su tenor literal, al no poder calificarse el contrato como mixto en los términos del art. 12 del TRLCSP al combinar prestaciones de un único tipo contractual². Con frecuencia, en estos contratos surgen dudas en la determinación de las reglas de adjudicación, cuya resolución pasa por la aplicación del régimen jurídico previsto para los contratos mixtos.

El TACRC, en su Resolución 243/2011, analiza el supuesto de un contrato de servicios con pluralidad de prestaciones relativas al montaje, desmontaje, transporte, almacenamiento y mantenimiento de exposiciones itinerantes. La prestación de almacenamiento supone más del 50% del importe total del contrato, y junto con el transporte suma casi el 75% del importe global. La litigiosidad del caso se centra en determinar en qué categoría del Anexo II del TRLCSP se debe entender subsumido el contrato. Esta cuestión no es baladí, pues la determinación de la categoría en un contrato de servicios puede influir en aspectos tales como la calificación del contrato como sujeto a regulación armonizada o la exigencia de clasificación. Ante esta situación, ¿qué regla se debe aplicar para resolver esta cuestión?

El TACRC entiende aplicable el art. 12 del TRLCSP, a pesar de no contener el contrato prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Por tanto, atendiendo a la prestación más importante desde el punto de vista económico, que es la de almacenamiento, el Tribunal considera correcto subsumir el contrato en la categoría 20 del Anexo II del TRLCSP, en cuanto comprende los servicios de carga, descarga y almacenamiento. De esta forma, teniendo en cuenta el valor estimado del contrato y su categoría, se considera ajustada a Derecho la exigencia de la correspondiente clasificación en el PCAP.

Las lagunas legales existentes en el TRLCSP, relativas a las normas de preparación y adjudicación de los contratos de servicios con pluralidad de presta-

.....

2 En este sentido se pronuncia el TACRC, en su Resolución 120/2014. No obstante, se advierte, en los Acuerdos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, una tendencia a la aplicación analógica del art. 25.2 del TRLCSP para la fusión de prestaciones en este tipo de contratos (ver Resolución 115/2013, de 31 de julio de 2013, del TACPM; y Resolución 243/2014, de 9 de diciembre de 2014, del TARCA).

ciones, quedan cubiertas en el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público³, que califica estos contratos como mixtos y fija las reglas para determinar su régimen jurídico de manera similar a lo contemplado en las Directivas comunitarias⁴.

Para una correcta delimitación conceptual de la figura de los contratos mixtos, se debe distinguir entre aquellos cuyo régimen jurídico viene determinado en la legislación de contratos públicos de manera concreta y específica, los contratos mixtos típicos, y aquellos otros no tipificados nominativamente a los que se les debe aplicar el régimen jurídico fijado en el art. 12 del TRLCSP y los límites contemplados en el art. 25.2 del citado texto legal⁵.

1. LOS CONTRATOS MIXTOS TÍPICOS

Los contratos mixtos típicos son aquellos que a pesar de contener una pluralidad de prestaciones de otro u otros de distinta clase, su concepto y régimen jurídico vienen definidos por la propia Ley. Se trata de contratos típicos o nominati-

.....

3 En su versión Informada por el Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015. Art. 18: «En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte servicios sociales y otros servicios específicos, y en parte otros servicios, o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros».

4 Art. 22 de la Directiva 2004/18/CE: «Los contratos que tengan por objeto servicios que figuren en el anexo II A y servicios que figuren en el anexo II B se adjudicarán con arreglo a los arts. 23 a 55 cuando el valor de los servicios del anexo II A sea superior al valor de los servicios del anexo II B. En los demás casos, el contrato se adjudicará con arreglo a lo dispuesto en el art. 23 y en el apartado 4 del art. 35».

Art. 3.2 de la Directiva 2014/24/UE: «En el caso de los contratos mixtos que comprendan en parte servicios contemplados en el título III, capítulo I, y en parte otros servicios o en el caso de los contratos mixtos compuestos en parte por servicios y en parte por suministros, el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor de los valores estimados de los respectivos servicios o suministros».

5 El Consejo de Estado en su Dictamen núm. 4464, de 22 de diciembre de 1998, afirma lo siguiente: «La categoría de los contratos mixtos es, sin embargo, de gran amplitud y variada casuística, que no admite siempre llegar a idénticas soluciones. Por un lado puede haber contratos mixtos que sean contratos típicos, al encontrarse previstos específicamente en la ley en tanto se encuentra definido legalmente su concepto y régimen jurídico; en este caso, desaparece la problemática relativa a la determinación de su régimen jurídico por cuanto, como se ha dicho, este viene predeterminado normativamente. Por otro lado, puede haber contratos mixtos que sean contratos atípicos, es decir, que no aparezcan recogidos ni regulados específicamente en norma alguna, pero que surjan en la práctica como consecuencia del principio de libertad de pactos».

vos que por su importancia y extensión en la práctica de la contratación pública merecen una separada y especial regulación. Los principales contratos mixtos contemplados expresamente en el TRLCSP son los siguientes: Elaboración de proyecto y ejecución de la obra conjunta; concesión de obra pública; el contrato de colaboración público-privada; el suministro en su modalidad de *renting*; y el contrato de gestión de servicios públicos acompañado de la ejecución de obras.

La elaboración de proyecto y ejecución de la obra por el mismo contratista es una tipología contractual que se articula como una modalidad del contrato de obras definido en el art. 6 del TRLCSP. Esta tipología contractual conlleva prestaciones propias del contrato de servicios, como es la elaboración del proyecto, y del contrato de obras, como es la ejecución de las mismas. Estas prestaciones se suceden en el tiempo, de manera que no habrá obra sin proyecto previo. La contratación conjunta de proyecto y obra debe tener carácter excepcional y justificarse debidamente en el expediente de contratación en base a los supuestos contemplados en el art. 124 del TRLCSP. El régimen jurídico de este contrato será el previsto para el contrato de obras con las particularidades contempladas en la Ley.

La concesión de obra pública se define, en el art. 7 del TRLCSP, como una tipología contractual independiente del contrato de obras, regulada por sus normas propias tanto en la fase de preparación y adjudicación del contrato como en la fase de ejecución, cumplimiento y extinción. Las prestaciones fusionadas en este contrato serían las propias de un contrato de obras y la explotación de las instalaciones construidas, de forma que la contraprestación a favor del contratista consiste en el derecho a explotar la obra, ya sea de forma única o acompañado del derecho a percibir un precio. Esta tipología contractual está pensada principalmente para permitir la participación de la iniciativa privada en la financiación de infraestructuras, quedando garantizada la prestación del servicio⁶.

El contrato de colaboración entre el sector público y el privado es una novedad introducida por la LCSP en su art. 11. Este contrato se configura como una verdadera combinación de los demás contratos típicos. Respecto a su régimen jurídico, los arts. 136.a) y 313 del TRLCSP prevén que se regirá por las normas

.....

6 La JCCAM, en su Informe 1/2015, de 18 de marzo, determina que la calificación jurídica más apropiada para un contrato, que tiene por objeto la redacción de proyecto, construcción y explotación de un edificio para hostelería y servicio integral de restauración de un hospital, es la de concesión de obras públicas, y no la de contrato mixto conforme al art. 12 del TRLCSP. Esta decisión se basa en las propias características del contrato, dado que el proyecto de la obra y su construcción correrán a cargo del adjudicatario, quien se retribuirá mediante su explotación y al finalizar el plazo de duración del contrato la obra revertirá a la Administración.

generales contenidas en el Título I del Libro IV, y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquel, en lo que no se oponga a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar. El contrato de colaboración público-privada tiene una naturaleza subsidiaria en relación con los demás contratos típicos, pues únicamente se puede acudir a él cuando la prestación no encaje en los demás contratos nominativos. Otra característica peculiar es que su procedimiento de licitación es específico: El diálogo competitivo⁷.

El contrato de *renting* se caracteriza por ser una modalidad de arrendamiento en la que el arrendatario usa un bien mueble, por un periodo de tiempo determinado, sin asumir el mantenimiento del bien, que es obligación de la empresa contratista. Por tanto, este contrato se configura como un contrato mixto de arrendamiento y de prestación de servicios de mantenimiento⁸. Si bien, no se trata de un contrato mixto regulado por el art. 12 del TRLCSP, pues el arrendamiento viene definido por el art. 9.1 del TRLCSP como un contrato de suministro, y por ende también la modalidad de arrendamiento en régimen de *renting*.

Por último, el contrato de gestión de servicios públicos, en la mayoría de las ocasiones, se configura como un contrato mixto, al prever el TRLCSP la posibilidad de que esta tipología contractual incluya determinadas obras. Así, el art. 133 del TRLCSP, en su apartado segundo, prevé que en los contratos de gestión de servicios públicos «que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización». Precisando, a continuación, que en este supuesto serán de aplicación los preceptos relativos a la concesión de obras públicas.

2. LOS CONTRATOS MIXTOS ATÍPICOS

Los contratos mixtos atípicos son aquellos cuya combinación de prestaciones no está específicamente regulada en el TRLCSP, debiendo aplicarles las reglas contenidas en los arts. 12 y 25.2 del citado texto legal a fin de determinar la po-

.....

7 En el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en su versión Informada por el Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015, desaparece el contrato de colaboración público-privado.

8 Así lo ha considerado la JCCACat en su Informe 5/2012, de 7 de junio. También la JCCA ha analizado el contrato de *renting* en su Informe 18/03, de 7 de noviembre, y coincide en la calificación de contrato mixto.

sibilidad de fusionar las prestaciones en un único objeto contractual y el régimen jurídico de la adjudicación del contrato.

En determinadas ocasiones, las necesidades del sector público requieren de soluciones contractuales complejas, que deben atenderse a través de una contratación única que combine diversas prestaciones correspondientes a contratos de distintas clases. Esta contratación conjunta de prestaciones está vinculada a razones de eficacia, eficiencia, agilidad o racionalización del gasto público, de forma que se abordan prestaciones interdisciplinarias que responden a una única funcionalidad. Como recuerda la JCCAAr, en su Informe 10/2014, de 2 de abril, la fusión de prestaciones en un contrato mixto requiere que exista entre las mismas una vinculación directa y una relación de complementariedad, de manera que puedan considerarse como una unidad funcional.

En la práctica de la contratación pública actual existen cuatro grandes áreas donde proliferan este tipo de contratos: El mantenimiento integral de edificios e infraestructuras; la gestión de servicios energéticos; las contrataciones relacionadas con las tecnologías de la información y comunicación; y los contratos en el ámbito sanitario. No obstante, la contratación de prestaciones conjuntas no se agota ahí, y puede combinar prestaciones de diversa índole, siempre y cuando se trate de prestaciones de naturaleza susceptible de ser fusionadas en un contrato mixto y cumplan los requisitos fijados en el art. 25.2 del TRLCSP.

IV. PRESTACIONES OBJETO DE FUSIÓN O COMBINACIÓN EN LOS CONTRATOS MIXTOS

La combinación de prestaciones en un solo contrato requiere un análisis previo del ente adjudicador, a fin de verificar que dichas prestaciones pueden ser fusionadas en un único contrato público. Los arts. 12 y 25.2 del TRLCSP prevén una serie de límites en la contratación conjunta de prestaciones de diversa índole. En primer lugar, habrá que estudiar la propia naturaleza de las prestaciones que se desean fusionar. Y en segundo lugar, se deberá verificar la concurrencia de los requisitos contemplados en el art. 25.2 del TRLCSP.

1. ÁMBITO MATERIAL DE APLICACIÓN DEL ART. 12 DEL TRLCSP

La delimitación del ámbito material de aplicación de la figura del contrato mixto pasa por analizar qué prestaciones de qué tipología de contratos se pueden combinar.

El antecedente normativo de la LCSP, el art. 6 de la LCAP, definía el contrato mixto como aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros

administrativos de distinta clase. Este precepto limitaba la combinación de prestaciones a aquellas relativas a contratos administrativos, excluyendo la posibilidad de fusionar prestaciones de contratos privados. En la actualidad, el art. 12 del TRLCSP contiene una norma similar, si bien, con una notable diferencia: La eliminación de la calificación como administrativos de los contratos a combinar. Esta omisión se debe a la nueva clasificación de los contratos operada por la LCSP en sus arts. 18, 19 y 20, que define los contratos privados como todos aquellos que sean licitados por un ente del sector público que no sea Administración Pública. Este tipo de contratos están sometidos a las reglas del TRLCSP, aunque en mayor o menor intensidad en función de si el ente adjudicador se califica como mero ente del sector público o como poder adjudicador, y dentro de estos en función de si el contrato está o no sujeto a regulación armonizada. Con esta nueva clasificación contractual, la calificación de un contrato privado no depende de las prestaciones objeto del mismo sino más bien del sujeto contratante. El concepto de contrato privado ya no se asimila a contrato sujeto a normas de Derecho privado, pudiendo referirse su objeto contractual a cualquier prestación. Esta distinción, respecto al régimen jurídico anterior, obliga a delimitar qué tipo de prestaciones pueden fusionarse en un contrato mixto.

A este respecto, la ubicación del art. 12 del TRLCSP, cerrando la Sección 1ª del Capítulo 2º del Título Preliminar denominada «Delimitación de los tipos contractuales», parece sugerir que el deseo del legislador era circunscribir la figura del contrato mixto a la fusión de prestaciones correspondientes a los contratos típicos o nominativos, es decir, a los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y colaboración público-privada. Este criterio interpretativo fue el seguido por el Consejo de Estado en su Dictamen 514/2006 relativo al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

La aceptación de esta interpretación llevaría a la conclusión de que únicamente serían susceptibles de fusión en un contrato mixto prestaciones correspondientes a contratos nominativos, quedando fuera otras prestaciones de idéntica naturaleza que las anteriores pertenecientes al giro o tráfico de la Administración contratante. Esto no parece demasiado coherente ni lógico. Por ello, y atendiendo a esa misma naturaleza jurídica, se debe entender posible la combinación de prestaciones propias de contratos típicos y especiales, pues estos últimos se someten, al igual que los primeros, a las reglas de Derecho público y al ámbito objetivo del TRLCSP, con la única diferencia que por su menor aplicación en la práctica contractual no han sido objeto de una regulación específica⁹. Además, esta fusión de prestaciones de contratos típicos y de administrativos

.....

9 Favorable a esta opción es LAZO VITORIA (2009), pp. 143-165.

especiales ya era posible en el régimen previo a la LCSP, no siendo excluido expresamente por la actual legislación¹⁰.

Por todo lo anterior, parece razonable entender que la LCSP permite la combinación de prestaciones de cualquier contrato del sector público, ya sea típico o sometido a norma de Derecho administrativo especial o norma de Derecho privado, siempre y cuando se incluya en el ámbito objetivo de aplicación del citado texto legal¹¹.

Una vez resuelta esta cuestión, cabe plantear una segunda. ¿Sería posible la combinación de prestaciones propias de un contrato público incluido en el TRLCSP y otras sometidas a un régimen jurídico diferente, por estar excluidas del ámbito de aplicación de esta norma?

El art. 4.1.p) del TRLCSP, al excluir del ámbito de aplicación de la norma a los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, establece la siguiente previsión:

En estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por 100 del importe total del negocio o si no mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el art. 25; en estos dos supuestos, dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta Ley.

Por tanto, en sentido contrario, es posible la combinación de prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en el TRLCSP y de los contratos privados patrimoniales, siempre y cuando se cumplan, de forma acumulativa¹², los siguientes requisitos: El valor estimado de las prestaciones propias

.....

10 Así, el Informe 58/03 de la JCCA, de 12 de mayo de 2004, preveía que «el art. 6 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas referente a contratos mixtos es aplicable a contratos administrativos que contengan prestaciones correspondientes a diversos tipos de contratos administrativos, sin que pueda afectar a contratos privados».

11 BLANCO LÓPEZ (2014), p. 739.

12 A pesar de que una primera lectura del precepto transcrito puede sugerir que los dos requisitos contemplados no son acumulativos, por estar unidos por la disyunción «o», se debe entender que los mismos deben concurrir de forma acumulativa. En este sentido, el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en su versión informada por el Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015, disipa la duda, al prever que «estos contratos sólo podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos regulados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Preliminar, si el valor estimado de las mismas no es superior al 50 por 100 del importe total del negocio y, a su vez, mantienen con la prestación característica del contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el art. 34.2».

de los contratos sujetos al TRLCSP sea inferior o igual al 50 por 100 del importe total del negocio. Y que dichas prestaciones mantengan con la prestación relativa al contrato patrimonial relaciones de vinculación y complementariedad en los términos previstos en el art. 25.2 del TRLCSP.

En estos casos, el contrato complejo resultante se regirá por la legislación patrimonial, al entenderse excluido del ámbito de aplicación del TRLCSP. Si no se cumplen los requisitos apuntados, las prestaciones necesariamente deberán ser objeto de contratación independiente conforme a su propia normativa.

La JCCA, en su Informe 4/09, de 25 de septiembre de 2009, considera posible la fusión de prestaciones propias de un contrato patrimonial y de un contrato de concesión de obra pública, al entender probada la relación de complementariedad y vinculación directa de las prestaciones a fusionar. La JCCA concluye que deberán respetarse las normas reguladoras de la LCSP si el valor estimado de las prestaciones propias del contrato administrativo es superior al 50 por 100 del importe total del negocio. Este pronunciamiento supone la posibilidad de realizar contratos mixtos en una doble dirección, cuando el contrato resultante se excluye de la aplicación del TRLCSP, por ser la prestación del contrato patrimonial la principal, y cuando la prestación correspondiente al contrato administrativo es superior al 50 por 100 del importe global del negocio, debiendo someterse, en este caso, a las normas de adjudicación previstas en el TRLCSP. No obstante, cada prestación deberá regirse conforme a su propia normativa.

Nada específica el TRLCSP para el resto de los contratos privados de naturaleza no patrimonial. Esta laguna se disipa en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, pues en su art. 18, dedicado a los contratos mixtos, contempla la posibilidad de que en un contrato mixto se combinen prestaciones de contratos regulados en la propia Ley con prestaciones de otros contratos distintos de los regulados en la misma, previendo las reglas a aplicar para determinar el régimen jurídico de este tipo de contratos.

2. REQUISITOS Y LÍMITES PARA LA COMBINACIÓN DE PRESTACIONES: EL ART. 25.2 DEL TRLCSP

El legislador comunitario no define las condiciones contractuales que deben darse entre las prestaciones para poder calificar un contrato como mixto. A nivel interno, el TRLCSP fija estas condiciones en su art. 25.2.

Este precepto establece dos requisitos para la fusión de prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto. El primero, la existencia de una vinculación directa entre las prestaciones, y el segundo, que mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración como una

unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio del ente contratante.

La vinculación debe ser directa, quedando excluidos aquellos supuestos de vinculación tangencial o indirecta. En cuanto a la relación de complementariedad, se prevé que esta sea de tal intensidad que obligue a tratar al conjunto de las prestaciones fusionadas como un todo funcional, que persiga la consecución de un fin o la satisfacción de una necesidad del ente o poder contratante. La profesora Gallego Córcoles¹³ considera que esta exigencia legal no implica que las prestaciones hayan de constituir una unidad funcional en el sentido de que los objetos contractuales no sean susceptibles de prestación independiente. Entiende que lo que el precepto exige es que las prestaciones sean instrumentales para la consecución de un mismo fin.

Respecto a los requisitos para fusionar prestaciones correspondientes a un mismo tipo contractual, el TACPM, en su Resolución 115/2013, de 31 de julio, se pronuncia en los siguientes términos:

Debe considerarse que si es posible fusionar en un solo contrato prestaciones pertenecientes a distintos tipos contractuales, con mayor motivo cabe dicha unificación de prestaciones cuando las mismas obedecen o responden a un mismo tipo contractual, como en el presente caso, de un contrato de servicios. Ahora bien, aun tratándose de un mismo tipo contractual, la acumulación de prestaciones en un mismo contrato, debe guardar la necesaria racionalidad, de manera que es necesario que exista vinculación entre las prestaciones a acumular y que sean complementarias.

En este mismo sentido se pronuncia el TARCA, en su Resolución 243/2014, de 9 de diciembre. Carecería de todo sentido que la previsión del art. 25.2 del TRLCSP fuese aplicable a los contratos que fusionan prestaciones de distintos tipos contractuales, y no lo fuese para los contratos que combinan varias prestaciones de un mismo tipo contractual.

El art. 25.2 del TRLCSP contiene diversos conceptos jurídicos indeterminados (vinculación directa, relación de complementariedad, unidad funcional), para cuya aplicación se debe atender a cada caso concreto.

La integración de prestaciones en un solo contrato puede suponer una barrera para el acceso a los contratos públicos, y afectar al principio de libre competencia y libertad de acceso a las licitaciones. La finalidad del art. 25.2 del TRLCSP es imponer una serie de limitaciones a la libertad de pactos para la salvaguarda de estos principios de la contratación pública.

Los límites quedan fijados a nivel teórico en la Ley, si bien, a nivel práctico la determinación de qué se entiende por vinculación directa y relación de com-

.....

13 GALLEGO CÓRCOLES (2015), pp. 72-77.

plementariedad no está exenta de problemas interpretativos. Es necesario estudiar estos conceptos desde el punto de vista de la práctica contractual, a través de los pliegos que licitan contratos calificados como mixtos, y analizando los diversos pronunciamientos de los Tribunales Administrativos de recursos especiales en materia de contratación y de los Órganos Consultivos en la materia.

A. Análisis de Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares que combinan prestaciones que no pueden ser fusionadas en un contrato mixto

En no pocas ocasiones, los poderes adjudicadores fuerzan la combinación de prestaciones en un único contrato, bajo la idea de simplificar la gestión administrativa y de aprovechar la existencia de posibles economías de escala. Los pliegos rectores de estos contratos complejos, de prestaciones diversas y materialmente alejadas, son, en muchos casos, recurridos ante los Tribunales Administrativos de recursos especiales en materia de contratación. Los fundamentos principales de estos recursos se basan en la infracción de los arts. 12 y 25.2 del TRLCSP, y en la vulneración de los principios de concurrencia y libre competencia.

Este es el caso de un Ayuntamiento que convoca un contrato para la prestación, en régimen de concesión administrativa, de la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales. El PCAP califica el contrato como mixto, indicando en su cláusula 3ª cuáles son las prestaciones fusionadas en el mismo, a saber: Limpieza viaria y recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, limpieza y mantenimiento de parques y jardines, gestión del alumbrado público y de la regulación semafórica, y el mantenimiento del sistema de bicicletas de uso público.

Dos concejales del citado Ayuntamiento interponen recurso especial en materia de contratación contra los pliegos rectores de la contratación, por considerar que las prestaciones contenidas en los mismos no mantienen entre sí ninguna relación de complementariedad, ni existe causa que exigiese su tratamiento como una unidad funcional. Entendiendo que ello afecta al principio de libre competencia, dado que todos los servicios se adjudicarán a una única entidad. Asimismo, los recurrentes alegan que los informes municipales se basan en circunstancias de mera oportunidad para justificar la existencia de un único contrato, como es la existencia de sinergias y de un ahorro económico al tramitar la contratación conjunta de las prestaciones. De forma que, estos informes no hacen referencia al cumplimiento de los requisitos fijados en el art. 25.2 del TRLCSP.

Por su parte, el órgano de contratación defiende la concurrencia de los requisitos contemplados en el precepto respecto a todas las prestaciones contenidas en el contrato. Sus argumentaciones se basan en que existen motivos de

interés general que aconsejan la integración de las prestaciones con el fin de obtener una mayor eficiencia en la prestación de los servicios, obteniendo de esta manera un menor precio. Además, pone de manifiesto que la integración de estas prestaciones facilitaría la gestión del control de los servicios públicos externalizados, de manera que el Ayuntamiento tendría un único interlocutor.

El TACRC resuelve este recurso en su Resolución 346/2013. El Tribunal considera difícil atisbar cuál pueda ser la relación existente entre las diversas prestaciones del contrato, como por ejemplo entre la gestión del alumbrado público y la recogida y transporte de residuos sólidos urbanos, o entre el mantenimiento de bicicletas de uso público, la gestión del alumbrado público, o la limpieza y el mantenimiento de parques y jardines.

A juicio del Tribunal, «cuando el art. 25.2 del TRLCSP establece que debe existir una vinculación entre las prestaciones que constituyen el objeto del contrato, no se está refiriendo a una mera vinculación subjetiva por razón de la entidad contratante». Los límites fijados en dicho precepto suponen una salvaguarda al principio de concurrencia, por lo cual, la vinculación exigida entre las prestaciones debe ser una vinculación real en función de la materia y no meramente formal o subjetiva. Consecuentemente, las prestaciones vinculadas deben ser aquellas que posean una relación directa material, al afectar a materias que versen sobre cuestiones muy próximas.

El Tribunal no considera posible la fusión de las prestaciones anteriormente enumeradas en un contrato mixto, al no existir unidad funcional respecto de prestaciones tan alejadas materialmente. Aclara que no basta la existencia de vínculos y de relaciones de complementariedad y funcionales sobre la base de la existencia de sinergias económicas entre las prestaciones, pues los requisitos del art. 25.2 del TRLCSP deben analizarse en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad. Tampoco considera acertada la argumentación del Ayuntamiento, relativa a la ventaja organizativa que supone el contar con un solo contratista para la prestación de todos los servicios integrados en el contrato, al ser contraria al principio de concurrencia que debe presidir toda contratación pública.

Otro ejemplo de contrato mixto erróneamente calificado, por no reunir las prestaciones integradas las previsiones del art. 25.2 del TRLCSP, se encuentra en la Resolución 262/2014 del TACRC. Se trata de una licitación relativa al servicio de gestión integral de espacios de un complejo hospitalario. La cláusula 2.1 del PCAP, en relación al objeto del contrato, señala que abarca la prestación de las siguientes actividades: Mantenimiento, limpieza, desinsectación y desratización, seguridad y vigilancia, y el suministro energético prestacional.

Contra los pliegos rectores de esta licitación se interponen tres recursos especiales por representantes de asociaciones de empresarios del sector de la lim-

pieza de edificios y del sector de mantenimiento integral y servicios energéticos. Las tres asociaciones recurrentes denuncian la vulneración de los arts. 12 y 25 del TRLCSP, alegando que no resulta ajustada a Derecho la integración en un solo contrato de las prestaciones antedichas, dado que se trata de prestaciones no vinculadas entre sí ni complementarias.

El TACRC, en base a la doctrina dictada en su Resolución 346/2013, concluye que las prestaciones relativas al contrato de suministro no guardan respecto a los servicios de limpieza, desinsectación y desratización, seguridad y vigilancia, la relación que exige el art. 25.2 del TRLCSP. El Tribunal rechaza las argumentaciones del órgano de contratación para justificar la contratación de objeto múltiple basadas en la existencia de economías de escala:

Pues bien, con independencia de que indudablemente la existencia de economías de escala pudiera suponer un cierto ahorro económico, que sin embargo no se detalla por el órgano de contratación, lo cierto es que ello no es suficiente para entender cumplimentados los requisitos del art. 25.2 de vinculación directa y relación de complementariedad.

El mismo defecto de incorrecta calificación del contrato como mixto adolece el PCAP aprobado por un Consorcio hospitalario, para adjudicar un contrato de suministro de material, dotación de equipamiento, obras y plan operativo del Instituto Cardiovascular¹⁴. Las prestaciones fusionadas en este contrato son las siguientes: Aprovisionamiento de material y control de inventario, dotación y mantenimiento de equipamiento, obras de acondicionamiento de los espacios, implantación y mantenimiento de sistemas de información y plan operativo de apoyo a la gestión del Instituto Cardiovascular.

El TACRC, en las diversas resoluciones analizadas, considera que si el legislador ha establecido que para que exista un contrato mixto las prestaciones deben estar directamente vinculadas entre sí, esta vinculación debe ser material y no formal o subjetiva, de forma que, las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas y puedan considerarse como complementarias desde un punto de vista material. No considera suficiente las justificaciones de la vinculación directa y complementariedad basadas en la posible existencia de sinergias entre las prestaciones fusionadas. Entendiendo que las exigencias establecidas en el art. 25.2 deben ser analizadas en términos jurídicos y no económicos o de oportunidad.

Hay que resaltar que las limitaciones contempladas en el art. 25.2 del TRLCSP tienen su justificación en la defensa del principio de concurrencia previsto en el art. 1 del citado texto legal. La licitación conjunta de diversas prestaciones supone que las mismas van a ser adjudicadas a un único operador econó-

.....

14 Resolución 133/2014 del TACRC.

mico, razón por la cual, únicamente se deberá celebrar contrato mixto cuando las prestaciones en él fusionadas mantengan una vinculación directa y una relación de complementariedad, de forma que, la realización de una y otra prestación deba tratarse como una unidad funcional para la satisfacción de una necesidad pública. Es decir, deben considerarse como prestaciones inseparables, pues la realización de una sin la otra no cubre las necesidades públicas o no alcanza los fines institucionales que mueven la contratación pública¹⁵.

No obstante, la inseparabilidad de las prestaciones en los contratos mixtos puede verse matizada por la transposición al Derecho interno de la Directiva 2014/24/UE, pues esta permite en su art. 3 la combinación en un contrato mixto de prestaciones de los contratos de obras, suministros y servicios, por una parte, y de contratos distintos de los regulados en la misma, aunque las distintas prestaciones sean separables. Si bien, en este caso obligatoriamente, e independientemente de la importancia económica o cualitativa de las prestaciones, la adjudicación del contrato deberá regirse por las normas de la Directiva comunitaria de contratos públicos.

B. Prestaciones que pueden ser objeto de fusión en un contrato mixto

Una vez analizados diversos supuestos en los que no concurren las condiciones contractuales precisas para entender aplicable la figura de los contratos mixtos, se debe atender el caso inverso, aquellos contratos complejos en los que la fusión o combinación de prestaciones está justificada.

Hace algunos años, dada la evolución de la tecnología y de la liberalización de los mercados energéticos, ha proliferado la licitación de contratos complejos en los sectores de las tecnologías de la información y comunicación, así como en el sector de los servicios energéticos integrales.

El Informe 10/2009, de 15 de junio, de la JCCAAnd aborda la cuestión de la naturaleza jurídica de un contrato cuyo objeto es la adquisición de una actualización informática y su soporte. El objeto del contrato comprende la entrega y el acceso a los parches y correcciones de errores relativas al software adquirido y el acceso a las nuevas versiones durante el plazo de mantenimiento contratado, así como la atención y resolución de incidencias por el fabricante. Las prestaciones son varias y relativas a dos tipos contractuales distintos, suministros y servicios. La adquisición del derecho de la licencia y sus actualizaciones, así como la entrega y el acceso a los parches y correcciones de

.....

15 Este criterio ha sido contemplado por el TJUE en el asunto Club Hotel Loutraki y otros (Sentencia C-145/08 de 5 de mayo de 2010).

errores relativas al software, son prestaciones propias del contrato de suministros. Por su parte, la atención y resolución de incidencias son prestaciones de hacer que se encuadran dentro de la definición del contrato de servicios del art. 10 del TRLCSP.

Las prestaciones descritas están directamente vinculadas entre sí y mantienen una clara relación de complementariedad, pues no se consigue la satisfacción de la necesidad pública sin la contratación conjunta del derecho a las actualizaciones del software y soporte necesario. Por tanto, el contrato en su conjunto debe considerarse y tratarse como una unidad funcional encaminada a la consecución de un fin público: La dotación del equipamiento necesario para soportar los diferentes sistemas de información y servicios asociados.

Otro contrato mixto muy empleado en los Ayuntamientos es el relativo al suministro, servicios energéticos y mantenimiento integral de las instalaciones de alumbrado público, incluida la red semafórica. En muchas ocasiones, este contrato complejo engloba también prestaciones propias de un contrato de obras a ejecutar y financiar por el adjudicatario. Se trata de un contrato mixto que puede fusionar prestaciones propias de un contrato de suministros, servicios y obras. Es fácil deducir la vinculación material de las prestaciones fusionadas en este tipo de contratos, que no atienden a criterios subjetivos del órgano de contratación sino a la complementariedad de las actividades fusionadas atendiendo a su naturaleza material y finalidad que persiguen. De forma que, la necesidad de la Administración no se puede satisfacer adecuadamente mediante una concatenación de contratos sectoriales individuales.

El principal problema que surge en los contratos mixtos de servicios con inversión en equipamientos u obras, y que no son susceptibles de explotación económica, es el plazo de duración del contrato. Normalmente, el plazo de duración del contrato será el del contrato de servicios, al ser la prestación principal de este tipo de contratación pública.

El plazo de duración de los servicios está limitado, en el art. 303 del TRLCSP, a un máximo de 6 años, incluidas las posibles prórrogas, por lo que resulta muy complicada su licitación al no ser viable para el adjudicatario la recuperación de la inversión realizada. Incluso en el caso de que la prestación más importante del contrato sea la relativa al suministro es complicado prever un plazo de duración tal que permita recuperar el desembolso del equipamiento. El TRLCSP no contempla una duración específica para los contratos de suministros, por lo que se deberá estar a la regla general contenida en su art. 23, dependiendo la duración del contrato de la naturaleza de las prestaciones, de las características de su financiación y de la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas. No obstante, existen restricciones en cuanto a la du-

ración de estos contratos en la legislación relativa a las haciendas locales al regular los gastos de carácter plurianual¹⁶.

Otro sector en el que proliferan los contratos mixtos es el ámbito sanitario, debido a la existencia de determinadas prestaciones complejas de tratamiento y diagnóstico de enfermedades que generan una serie de actividades concatenadas, vinculadas materialmente y que requieren una contratación conjunta para su correcta ejecución¹⁷.

V. RÉGIMEN JURÍDICO A APLICAR EN LA ADJUDICACIÓN DE LOS CONTRATOS MIXTOS

La determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación de los contratos mixtos es de vital importancia para la posterior validez del contrato. La fijación de estas normas influye en aspectos tan relevantes como la calificación del contrato como sujeto a regulación armonizada, y por tanto, el régimen de publicidad, de recursos y el plazo de presentación de proposiciones u ofertas; la posibilidad de poder considerar un contrato como menor; la determinación del procedimiento de adjudicación aplicable, fundamentalmente en relación al procedimiento negociado; y la capacidad y la solvencia de los licitadores o, en su caso, la clasificación exigible.

Tradicionalmente nuestro ordenamiento jurídico ha seguido dos criterios para la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos: El criterio de la combinación o yuxtaposición y el criterio de la absorción. El criterio de la combinación consiste en que cada una de las prestaciones fusionadas se rija por sus propias normas, si bien, a la adjudicación del contrato deberá aplicarse inevitablemente un único régimen jurídico. El criterio de la absorción supone la aplicación de un único régimen jurídico a todo el iter procedimental del contrato.

Pero, ¿cuál debe ser ese único régimen jurídico aplicable? La respuesta se debe buscar en la normativa de contratación pública vigente en cada momento.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

El antecedente normativo a la regulación actual de los contratos mixtos se encuentra en el RCE. Esta norma ya preveía la posibilidad de celebrar contratos

.....

16 Informe 6/2013, de 16 de diciembre, de la JCCAAnd, relativo al plazo de duración del contrato mixto en el que la prestación más importante desde el punto de vista económica se corresponde con un contrato de suministro.

17 Vid. Resolución 220/2015 del TARCA y Acuerdo 85/2015 del TACPA.

con pluralidad de objetos en su art. 240. Sin utilizar el término de «contrato mixto» contemplaba la posibilidad de fusionar en un solo contrato prestaciones propias de una obra y un suministro. El régimen jurídico aplicable a este objeto contractual complejo sería el propio del contrato de suministros si las obras eran accesorias. En el caso de que las obras fueran consideradas la prestación principal, a juicio del órgano de contratación, dado el tiempo que precie la ejecución de las mismas y el porcentaje que representen en el precio total, se aplicaría íntegramente las normas relativas al contrato de obras. Por tanto, es la prestación principal del contrato la que determinaba el régimen jurídico aplicable, y esa consideración de prestación principal dependía de una mezcla de criterios subjetivos, a juicio del órgano de contratación, y objetivos, el tiempo de ejecución y el valor económico de cada prestación¹⁸.

Por su parte, la LCE también preveía la posibilidad de combinar en un único contrato prestaciones propias del contrato de obras y de servicios en su art. 67. En este caso, la prestación principal no determinaba el régimen aplicable sino que quedaba fijado por la aplicación de las normas relativas al contrato de obras, siempre que no resultaran opuestas a las disposiciones previstas para el contrato de servicios públicos.

Fue la LCAP la que consagró la categoría de los contratos mixtos en su art. 6, introduciendo formalmente este concepto en nuestra legislación. Respecto al régimen jurídico aplicable preveía que «se atenderá, para su calificación y aplicación de las normas que lo regulen, al carácter de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico». Al igual que el RCE aplicaba el criterio de la absorción, si bien con una notable diferencia, pues el criterio para fijar la prestación principal que absorbe las normas a aplicar es único y cuantificable: El valor económico de la prestación.

2. LA DIRECTIVA 2004/18/CE Y EL TRLCSP

A nivel europeo, la Directiva 2004/18/CE, derogada por la Directiva 2014/24/UE, articula el régimen jurídico de la adjudicación de los contratos mixtos en torno a dos criterios, según se trate de la combinación de suministros y servicios, o de obras con suministros o servicios.

El criterio del mayor valor económico se utiliza en el caso de fusión de prestaciones propias de suministros y servicios¹⁹. De forma que, se considerará un

.....

18 Vid. Informe 58/03, de 12 de marzo de 2004, de la JCCA, relativo a la determinación y régimen jurídico de los contratos mixtos.

19 Art. 1.2.d de la Directiva 2004/18/CE.

contrato de servicios cuando el valor de los mismos sea superior al de los productos incluidos en el contrato. Cuando la adquisición de productos sea igual o superior a los servicios, el contrato debe regirse por las normas propias de los contratos de suministros.

El criterio de la prestación principal o accesoria se aplica siempre que se combine en el contrato una prestación propia de una obra²⁰. El contrato mixto se regirá por las normas aplicables a los contratos de obras únicamente cuando estas se consideren la prestación principal del contrato²¹.

Pero, ¿qué debe considerarse por prestación principal del contrato? La JC-CAAr., en su Informe 10/2014, de 2 de abril, se pronuncia al respecto, y entiende como tal aquella que determina la celebración del contrato, en contra posición de la accesoria, que tiene por objeto asegurar la ejecución de la principal, de forma que su prestación independiente no tendría razón o causa alguna.

La LCSP transpone al Derecho interno la regulación de la Directiva 2004/18/CE, regulando en su art. 12 el régimen jurídico de los contratos mixtos en los siguientes términos:

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.

Este precepto recoge la misma regla que el art. 6 de la LCAP para determinar las normas aplicables a los contratos mixtos, el mayor valor económico, si bien, introduce una notable diferencia. Rompe con la legislación anterior e introduce en nuestro ordenamiento jurídico la teoría de la combinación para determinar el régimen jurídico aplicable. No obstante, para fijar las normas aplicables en la adjudicación de los contratos habrá que atender a un solo régimen jurídico, determinado por la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico.

Como pone de relieve la JCCA, en su Informe 29/2010, de 24 de noviembre, y el TACPA, en su Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, la regla de la prestación más importante desde el punto de vista económico ha quedado relegada, en la actual legislación de contratos públicos, a la determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación. Esta teoría no se aplica en el cumplimiento, efectos y extinción de los contratos, que cuenta con su propia regulación en el art. 115.2 del TRLCSP, al prever que el PCAP de los contratos

.....

20 Art. 1.2.c y d de la Directiva 2004/18/CE.

21 Considerando 10 de la Directiva 2004/18/CE.

mixtos deberá detallar el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas de las diferentes prestaciones fusionadas en ellos²².

Así, en un contrato mixto de suministros y obras, cuya prestación principal es la adquisición de bienes, la adjudicación deberá regirse por las normas propias de un contrato de suministros. Sin embargo, en la parte de obras será preciso realizar el replanteo, la emisión de certificaciones o la recepción de las obras, conforme a las normas de ejecución propias de este contrato²³.

Una vez analizadas las normas de contratación pública, tanto a nivel europeo como interno, cabe realizarse una pregunta. ¿Se atiene el TRLCSP a lo dispuesto en la Directiva 2004/18/CE en cuanto a la determinación del régimen jurídico aplicable a la adjudicación de los contratos mixtos?

La Directiva contempla la posible combinación de prestaciones propias de los contratos de servicios con suministros y la combinación de obras con suministros o servicios.

En el primero de los casos, es claro el acomodo de la legislación española a lo dispuesto en la norma comunitaria. En ambas normas, el régimen jurídico vendrá determinado por la prestación de mayor importancia económica.

Es en el segundo de los casos, combinación de obras con servicios o suministros, donde la regulación del TRLCSP se aleja de la Directiva, pues esta prevé que el régimen jurídico aplicable dependa de la calificación de las obras como prestación principal o accesoria.

.....

22 VICENTE IGLESIAS (2011), entiende, «que salvo en lo relativo a las normas relativas a la adjudicación (que deberán ser las del contrato correspondiente a aquella prestación cuyo peso económico sea mayor en el conjunto contractual), la LCSP otorga al ente contratante libertad para yuxtaponer los regímenes jurídicos aplicables, o para unificarlos por la vía de los pliegos, pudiendo estos atraer a todas las prestaciones que integran el contrato mixto hacia el régimen jurídico correspondiente a la prestación de mayor peso económico».

23 Vid. Informe 4/13, de 27 de junio de 2014, de la JCCA. Vid. Resolución 499/2014 del TACRC. El TACRC resuelve en esta Resolución un recurso contra los pliegos rectores de un contrato de arrendamiento, bajo la modalidad de *renting*, e instalación de césped artificial para un campo de fútbol municipal, que requería la previa realización de obras para preparar el terreno. El Tribunal pone de manifiesto que la fórmula de abono del precio fijada en el PCAP, relativa a abonos mensuales previa presentación de la factura, es contraria a los arts. 12 y 115.2 del TRLCSP. Estos preceptos someten a los contratos mixtos a las normas propias a la prestación principal sólo en la fase de adjudicación del contrato, pero no en cuanto a los efectos de cada una de las tipologías contractuales que los componen. Esto supone que la fórmula de pago contemplada por el órgano de contratación en el PCAP, englobando el valor de las obras en las mensualidades del propio contrato de *renting*, supone un aplazamiento del precio del contrato de obras, prohibido por el art. 87 del TRLCSP.

Ilustrativa es la Sentencia del TJCE, de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra República Italiana* (C-412/04), al afirmar que la determinación del régimen aplicable a los contratos que combinen obras y servicios o suministros no puede basarse únicamente en un criterio cuantitativo, como es el mayor importe económico, sino que la prestación principal del contrato debe determinarse en el marco de un examen objetivo del conjunto del contrato, identificando las obligaciones esenciales del mismo.

Como pone de relieve la JCCAAr, en su Informe 10/2014, de 2 de abril, la regla del art. 12 del TRLCSP debe ser interpretada a la luz de la Directiva 2004/18/CE y de la jurisprudencia del TJUE. Se debe realizar una aplicación directa y preferente del mandato de la Directiva, pues tiene un carácter incondicionado y suficientemente preciso.

La incorrecta aplicación de la regla única contenida en el art. 12 del TRLCSP podría dar lugar a la nulidad del contrato celebrado, invocando la aplicación del Derecho comunitario, si la calificación del mismo no coincide con la calificación que debería haberse dado en función de los criterios comunitarios de la prestación principal²⁴.

3. LA DIRECTIVA 2014/24/UE Y SU TRANSPOSICIÓN AL DERECHO INTERNO ESPAÑOL

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, da un paso importante en la regulación de los contratos mixtos. Esta regulación no está exenta de complejidad y contiene una casuística muy variada, que requiere una lectura pausada para identificar los distintos supuestos contemplados.

La principal finalidad de esta norma es asegurar que no se excluyan contratos de la aplicación de la regulación de las normas comunitarias a través de la celebración de contratos complejos, que comprendan prestaciones variadas de distintos regímenes jurídicos.

La Directiva dedica principalmente dos preceptos a la regulación de los contratos mixtos, los arts. 3 y 16, así como tres considerandos, el 11, 12 y 13.

.....

24 Vid., entre otras, las Sentencias del TJUE de 5 de noviembre de 1989 (asunto C/88), *Comisión contra la República Italiana*; de 19 de abril de 1995 (asunto C-331/92), *Gestión Hotelera Internacional SA contra la Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas SA*; de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05), *J. Auroux y otros con Commune de Roanne*.

Estos preceptos diferencian dos grandes tipos de contratos mixtos. El primero, aquellos que combinan prestaciones reguladas en la propia Directiva, es decir, obras, servicios y suministros. El segundo, los que fusionan este tipo de prestaciones con otras correspondientes a otros regímenes jurídicos.

El primer grupo, los contratos mixtos que combinan prestaciones propias de obras, servicios y suministros, se adjudicarán conforme a las disposiciones aplicables al contrato que caracterice el objeto principal. La Directiva concreta qué debe entenderse por objeto principal en los contratos mixtos de suministros y servicios, al prever que el objeto principal se determinará en función de cuál sea el mayor valor estimado de los servicios o suministros. La nueva Directiva, a diferencia de la anterior, no contempla el supuesto de igual valor estimado de las prestaciones. Esto puede deberse a que el órgano de contratación, en la preparación del contrato, debe hacer un esfuerzo de cuantificación exhaustivo que difícilmente puede llevar a una equivalencia de valores.

En el caso de que coexistan en el contrato prestaciones propias de un contrato de obras, el criterio de mayor valor económico no es aplicable, sino que deberá atenderse al objeto principal del contrato, de forma que, se deberá analizar cuál es la prestación del contrato que determina su celebración, siendo el importe económico un criterio más a tener en cuenta pero no el único.

El segundo grupo de contratos mixtos son aquellos que combinan prestaciones reguladas en la Directiva y en otros ordenamientos jurídicos. Debiendo distinguir, a su vez, si las prestaciones son separables o inseparables.

Si son objetivamente separables, el órgano de contratación podrá optar entre celebrar contratos independientes para las distintas prestaciones, de forma que, cada uno se regirá por las normas que le sean propias. O bien, podrá optar por celebrar un único contrato, que en todo caso deberá regirse por las disposiciones de la Directiva con independencia del valor o característica de cada una de las prestaciones.

La Directiva prevé una norma especial para el caso de que el contrato mixto fusione prestaciones reguladas en la misma y concesiones. En este supuesto, el contrato mixto se adjudicará de conformidad con las normas contempladas en la Directiva 2014/24/UE siempre que el valor estimado de la prestación propia de un contrato regulada por ella sea igual o mayor al umbral previsto para considerar un contrato como sujeto a regulación armonizada. Estos umbrales se fijan en las siguientes cuantías según tipos contractuales: 5.186.000 euros para obras, 207.000 euros para suministros y servicios y 750.000 euros para los contratos de servicios sociales y otros enumerados en el Anexo XIV.

Es necesario destacar que para los contratos mixtos que incluyan aspectos relativos a la defensa, la seguridad o prestaciones no incluidas en el ámbito de

aplicación del TFUE podrá no aplicarse la Directiva siempre que la adjudicación de un contrato único se justifique por razones objetivas y que la decisión no se haya tomado con el fin de excluir contratos del ámbito de aplicación de la Directiva.

En el caso de que las prestaciones no sean objetivamente separables, el régimen jurídico aplicable se determinará en función del objeto principal del contrato.

Las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE deben ser transpuestas al Derecho interno antes del 18 de abril de 2016. El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que recoge las nuevas normas comunitarias, ha sido informado por el Consejo de Ministros el 17 de abril de 2015. Este Anteproyecto contempla la regulación de los contratos mixtos en su art. 18, el cual introduce novedades respecto a su antecesor, el art. 12 del TRLCSP.

El nuevo art. 18 distingue de forma expresa entre el régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos y el de sus efectos, cumplimiento y extinción. Esto ya es una realidad en el TRLCSP, si bien, el Anteproyecto de Ley lo determina de forma expresa en el precepto regulador de la tipología de los contratos mixtos.

Asimismo, a diferencia del art. 12 del TRLCSP, no se habla únicamente de las normas de adjudicación de estos contratos, sino también de las de preparación. Esta cuestión ha sido aclarada por el TACPA, en su Acuerdo 54/2013, de 23 de septiembre, al afirmar lo siguiente:

El TRLCSP no permite establecer en este punto una separación entre las reglas de preparación (posibilitando acudir a las que se aplicarían a cada una de las partes diferenciadas del contrato) y las de adjudicación. Únicamente, como ya se ha señalado, el TRLCSP permite que en estos contratos el pliego de condiciones detalle el régimen jurídico aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas en ellos.

El régimen jurídico relativo a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos mixtos no varía en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público²⁵ respecto al art. 115.2 del TRLCSP.

En el régimen jurídico de la preparación y adjudicación de los contratos mixtos sí se aprecian novedades destacables.

Así, de forma similar a lo previsto en la nueva Directiva, el art. 18 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público diferencia dos supuestos de contratos mixtos. Los que contengan prestaciones de varios contratos regulados

.....

25 Art. 122.2 del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

en la propia Ley (obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios), y aquellos cuyo objeto contemple prestaciones de contratos regulados en la Ley con prestaciones correspondientes a contratos distintos de los regulados en la misma.

Los primeros, aquellos que contengan prestaciones de varios contratos regulados en la propia Ley, se subdividen en dos categorías para la determinación del régimen jurídico aplicable.

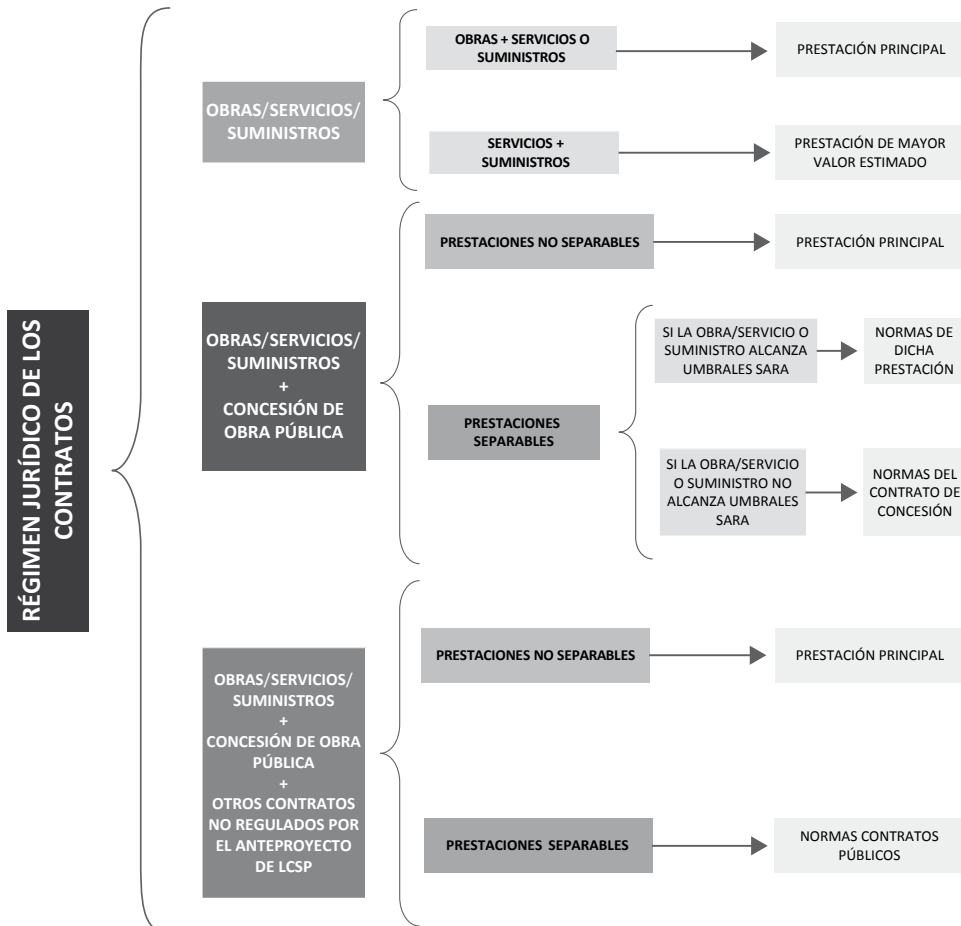
La primera categoría son los contratos mixtos que comprenden prestaciones propias de obras, servicios o suministros. En estos contratos se atenderá a la prestación principal para fijar las normas aplicables a su adjudicación. En el caso de contratos mixtos que combinen servicios sociales y otros servicios, o servicios y suministros, el objeto principal se determinará en función de la prestación de mayor valor estimado.

La segunda categoría son los contratos mixtos que comprendan prestaciones de los contratos de obras, servicios o suministros, y de contratos de concesiones. En estos contratos se debe concretar, en primer lugar, si las prestaciones fusionadas son objetivamente separables. Si no son separables, se atenderá para la determinación del régimen jurídico al carácter de la prestación principal. En el caso de que sean separables, se aplicarán las normas de los contratos de obras, servicios o suministros cuando el valor estimado de las prestaciones de estos contratos superen los umbrales comunitarios. Si las prestaciones no alcanzan los umbrales de los contratos comunitarios, la adjudicación del contrato mixto se regirá por las normas relativas a los contratos de concesión de obras o servicios, según se trate.

La determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos cuyo objeto contemple prestaciones de contratos regulados en la Ley (obras, servicios, suministros, concesión de obras y concesión de servicios) con prestaciones correspondientes a otros contratos distintos de los regulados en la misma, depende de si las prestaciones combinadas son o no objetivamente separables. Si no son separables se atenderá al carácter de la prestación principal. En caso contrario, se aplicará en su adjudicación las determinaciones previstas en el Anteproyecto de Ley.

El art. 34.2 del Anteproyecto de Ley contempla, en los mismos términos que el actual art. 25.2 del TRLCSP, los requisitos que deben concurrir en las prestaciones fusionadas en un contrato mixto.

Para clarificar un poco más esta nueva y prolija regulación sobre la adjudicación de los contratos mixtos es conveniente esquematizar la variada casuística contemplada:



VI. CAPACIDAD, SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN EN LOS CONTRATOS MIXTOS

Uno de los aspectos que mayores dudas plantea en la licitación de los contratos mixtos es la determinación de la aptitud para contratar, es decir, la capacidad y solvencia que se debe exigir a los potenciales licitadores.

1. CAPACIDAD

El art. 54 del TRLCSP establece las normas generales en relación con las condiciones de aptitud del empresario y dispone, en el primer apartado, que para contratar con los entes del sector público las personas naturales o jurídicas, es-

pañolas o extranjeras, deben tener capacidad de obrar y deben acreditar la solvencia económica, financiera y técnica o profesional, o la clasificación cuando esta sea exigible. Además, no pueden estar incurso en ninguna prohibición de contratar.

La capacidad de obrar de las empresas licitadoras de un contrato público se contempla en el art. 57.1 del TRLCSP, que prevé lo siguiente:

Las personas jurídicas sólo podrán ser adjudicatarias de contratos cuyas prestaciones estén comprendidas dentro de los fines, objeto o ámbito de actividad que, a tenor de sus estatutos o reglas fundacionales, les sean propios.

Por tanto, la prestación del contrato debe coincidir con la actividad que desarrolla la empresa, la cual deberá estar amparada por su objeto social. Si bien, se debe interpretar el art. 57.1 del TRLCSP en un sentido amplio, es decir, que las prestaciones objeto del contrato deben estar comprendidas en los fines, objeto o ámbito de actividad de la empresa, sin que sea necesaria la coincidencia literal entre el objeto social y el objeto del contrato²⁶.

En los contratos mixtos la prestación no es única, sino que coexisten una pluralidad de prestaciones correspondientes a diversas tipologías contractuales, de manera que, la prestación principal es la que debe coincidir con la actividad de las empresas licitadoras.

Dada la diversidad de prestaciones englobadas en el objeto contractual de un contrato mixto, es habitual la presentación de proposiciones por uniones temporales de empresas a efectos de poder integrar la totalidad de las actividades objeto de la contratación. En estos casos, tal y como recuerda la JCCAIB, en su Informe 11/2008, de 30 de abril de 2009, cada una de las empresas que componen la unión deben acreditar el cumplimiento del requisito de capacidad de obrar, es decir, la adecuación entre sus fines, objeto o ámbito de actividad y las prestaciones objeto del contrato, ya sea total o parcialmente. De forma que se cubra por todas las empresas que la integran la capacidad de obrar para llevar a cabo la totalidad de las prestaciones que integran el objeto del contrato.

Otra forma de cubrir la realización de las prestaciones accesorias en un contrato mixto es a través de la subcontratación que realice el adjudicatario con terceros especializados. Por ello, es necesario que el PCAP rector del contrato mixto contenga las normas de subcontratación precisas que garanticen la buena ejecución del contrato.

.....

26 Vid. Informe 2/2013, de 23 de enero, de la JCCAAr.

2. SOLVENCIA Y CLASIFICACIÓN

A. Regulación general

El art. 62 del TRLCSP prevé que para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación, o en su caso, la acreditación de la clasificación correspondiente.

Las normas relativas a la solvencia y a la clasificación se contemplan en los arts. 65, 75, 76, 77, 78, 79 y 79 bis del TRLCSP. La redacción de estos preceptos ha sido modificada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público.

El art. 65.1 del TRLCSP, en su redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, preveía que en los contratos de servicios de valor estimado igual o superior a 200.000 euros, y en los de obras de valor estimado igual o superior a 500.000 euros, será requisito indispensable para contratar con las Administraciones Públicas que el empresario se encuentre debidamente clasificado, salvo para aquellos contratos de servicios contemplados en las categorías 6, 8, 21, 26 y 27 del Anexo II del TRLCSP.

Este precepto ha sido objeto de una modificación, operada por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, consistente en la eliminación de la exigencia de clasificación para los contratos de servicios. Si bien, la Ley 25/2013 también ha modificado la redacción de la Disposición transitoria cuarta del TRLCSP, cuyo último párrafo ha mantenido la redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que dice textualmente:

No obstante lo anterior, no será exigible la clasificación en los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.

Ante esta aparente contradicción, la Abogacía General del Estado se ha pronunciado en la Circular 1/2014, realizando la siguiente aclaración:

El último párrafo de la nueva disposición transitoria cuarta del TRLCSP mantiene la redacción dada por la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, indicando que resultan aplicables, sin necesidad de desarrollo reglamentario, los límites cuantitativos a los que se venía supeditando la exigencia de clasificación. En consecuencia, no es exigible la clasificación de los contratos de obras cuyo valor estimado sea inferior a 500.000 euros ni en los contratos de servicios cuyo valor estimado sea inferior a 200.000 euros.

La Ley 25/2013, de 27 de diciembre, también modificó los preceptos relativos a los medios para acreditar la solvencia e introdujo un nuevo art. el 79 bis

del TRLCSP. La nueva redacción de estos preceptos queda supeditada a lo que se establezca en las normas reglamentarias por las que se definan los requisitos, criterios y medios de acreditación que con carácter supletorio se establezcan para los distintos tipos de contratos. La Abogacía General del Estado, en su Circular 1/2014, entiende que a falta de este desarrollo reglamentario, y hasta que este se produzca, continúan vigentes los medios de acreditación de la solvencia previstos en la redacción de los arts. 75 (solvencia económica y financiera), 76 (solvencia técnica en los contratos de obras), 77 (solvencia técnica en los contratos de suministro), 78 (solvencia técnica en los contratos de servicios) y 79 (solvencia técnica en los restantes contratos) del TRLCSP anterior a la Ley 25/2013.

B. El caso particular de los contratos mixtos

La determinación de la solvencia y, en su caso, de la clasificación exigible en cualquier contrato pasa por prever su naturaleza jurídica y delimitar su tipología contractual. En el caso de los contratos mixtos, se debe concretar el régimen jurídico aplicable a la preparación y adjudicación del mismo, en función de cuál sea la prestación principal. Una vez determinadas las reglas aplicables, se debe exigir la solvencia propia de la naturaleza de la prestación principal del contrato. Estas normas serán las que determinen la capacidad, solvencia y clasificación que deben acreditar los licitadores, siguiendo el criterio *accessorium sequitur principale*. Por tanto, la solvencia o clasificación exigible será la relativa a una única tipología contractual, la correspondiente a la prestación caracterizadora del contrato.

Esto supone la necesidad de cuantificar la prestación económica más importante entre las actividades descritas en el expediente de contratación, para aplicar las normas de capacidad y solvencia del contrato que corresponda²⁷. No obstante, para los contratos complejos que incluyan obras dentro de su objeto habrá que atender al criterio de la prestación principal y no únicamente al criterio económico, debiendo justificarse adecuadamente en el expediente la clasificación como principal o accesoria de cada actividad.

En el supuesto de que la prestación principal del contrato no se corresponda con un contrato de obras o de servicios, o su importe económico no alcance el límite cuantitativo previsto en el TRLCSP para exigir clasificación, las empresas licitadoras no deberán disponer de clasificación alguna²⁸.

.....

27 Vid. Informes JCCA 3/1995, de 22 de marzo de 1995 y 31/2004, de 12 de noviembre de 2004.

28 Informe JCCAE 49/1997, de 10 de noviembre, de la JCCA.

En ningún caso, a pesar de que las prestaciones del contrato mixto superen las cuantías fijadas en el art. 65.1 del TRLCSP, los órganos de contratación pueden exigir clasificación a los licitadores en obras y servicios al mismo tiempo²⁹. La doble exigencia de clasificación en obras y servicios no es conforme con el art. 12 del TRLCSP. En los contratos mixtos, la prestación más importante de entre las fusionadas determina la aplicación total de las normas de su régimen jurídico de adjudicación. Por tanto, la solvencia o clasificación exigibles a los licitadores deben determinarse con arreglo a ese único régimen jurídico.

VII. CONCLUSIONES FINALES

La regulación de los contratos mixtos atiende a una doble finalidad. Por un lado, atender las necesidades de los entes del sector público de licitar contratos complejos con pluralidad de prestaciones para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. Por otro lado, persigue garantizar la aplicación de las normas de contratación pública y el cumplimiento de los principios de concurrencia, libre competencia y acceso a las licitaciones.

La fusión de prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto tiene carácter excepcional y solo podrá darse cuando las 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 necesidad pública o de un fin institucional del ente adjudicador.

Estos límites a la celebración de los contratos mixtos deben ser interpretados a la luz de las Resoluciones de los Tribunales Administrativos de recursos especiales en materia de contratación. La vinculación entre las prestaciones debe ser material y no formal o subjetiva, de forma que las materias a las que afecten versen sobre cuestiones muy próximas y sean complementarias desde un punto de vista material.

Los requisitos o límites fijados en la legislación para la fusión de prestaciones en un contrato mixto persiguen la defensa del principio de concurrencia.

No obstante, proliferan multitud de contratos con pluralidad de prestaciones cuya fusión está justificada de manera artificiosa y forzada por los órganos de contratación. Esta práctica supone una restricción al acceso de las licitaciones a las pequeñas y medianas empresas, principalmente en el sector servicios.

.....

29 Vid. Informe JCCA 31/04, de 12 de noviembre de 2004. Vid. Informe JCCA 29/2010, de 24 de noviembre.

La inseparabilidad de las prestaciones fusionadas en un contrato mixto puede verse matizada por la transposición al Derecho interno de la Directiva 2014/24/UE, al permitir esta la combinación en un mismo contrato de prestaciones propias a los contratos de obras, suministros o servicios y otros contratos no regulados por la norma comunitaria, aunque las prestaciones sean separables. Si bien en este caso, y con independencia de la importancia cuantitativa o cualitativa de cada prestación, la adjudicación del contrato deberá regirse por las normas de la Directiva comunitaria de contratos públicos.

La calificación de un contrato como mixto no puede basarse únicamente en la fusión de una pluralidad de prestaciones, sino que es preciso comprobar que el mismo no puede subsumirse en ninguna de las tipologías contractuales previstas en el TRLCSP. Algunas de estas tipologías contractuales engloban prestaciones diversas en un único contrato, si bien, estos contratos se rigen por sus propias normas y no por lo dispuesto en los arts. 12 y 25.2 del TRLCSP.

Tampoco podrá calificarse como contrato mixto aquel cuyas prestaciones no cumplan los requisitos y límites establecidos en el art. 25.2 del TRLCSP.

La articulación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos debe dividirse en dos fases. La relativa a la preparación y adjudicación del contrato y la que se refiere a sus efectos, cumplimiento y extinción. En la primera fase, se aplicarán las normas de la prestación de mayor valor estimado o prestación principal, en el caso de que en el contrato mixto se fusionen prestaciones propias de un contrato de obras. En la segunda fase coexistirán las normas aplicables a las diferentes prestaciones fusionadas.

Las normas relativas a la prestación principal del contrato serán las que determinen la capacidad, solvencia y clasificación que deben acreditar los licitadores. La solvencia o clasificación exigible será la relativa a una única tipología contractual.

La validez de un contrato mixto pasa por una correcta aplicación de su régimen jurídico de adjudicación, que será el propio de su prestación principal. Por ello, es vital que en el PCAP se valoren cuantitativa y cualitativamente las prestaciones fusionadas a fin de determinar cuál de ellas es la principal y cuáles las accesorias.

La aplicación de un régimen jurídico en la adjudicación distinto al de la prestación más relevante puede suponer la nulidad de pleno derecho del contrato por no seguir el procedimiento legalmente establecido. Recordar que la calificación de un contrato como sujeto a regulación armonizada, el procedimiento de adjudicación, el régimen de publicidad o el plazo de presentación de proposiciones se articula de manera distinta en función de cada tipo de contrato.

IX. ANEXO BIBLIOGRÁFICO Y DOCUMENTAL

- ALMONACID LAMELAS, Víctor (2011): «Los contratos mixtos», en *Contratación pública local 2011: conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, (pp. 293-315).
- BLANCO LÓPEZ, Francisco (2014): «El contrato mixto y el contrato atípico», en YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: *Contratos. Tomo XIV. Los contratos Públicos*, Thomson / Reuters / Aranzadi, pp. 729-769.
- GALLEGO CÓRCOLES, Isabel (2015): «Contratos de objeto múltiple», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 136, pp. 72-77.
- LAZO VITORIA, Ximena (2009): «Los contratos mixtos», *Revista de Administración Pública*, 179, pp. 143-165.
- VICENTE IGLESIAS, José Luis (2011): «Comentarios a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público», Editorial La Ley, Madrid.