

LOS CONTRATOS MIXTOS

XIMENA LAZO VITORIA

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Alcalá

INTRODUCCIÓN.—I. ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS CONTRATOS MIXTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL: 1. *La Ley de Contratos del Estado de 1965 y el Reglamento General de Contratación del Estado*. 2. *Novedades introducidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995*.—II. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LOS CONTRATOS MIXTOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: 1. *Tipos de prestaciones que se pueden fusionar en un contrato mixto*: 1.1. La posibilidad de fusionar prestaciones derivadas de un contrato administrativo y de contratos privados. 1.2. La combinación de prestaciones administrativas típicas con especiales. 2. *El régimen jurídico general aplicable a los contratos mixtos: la consagración de la regla de la combinación. Especialidades derivadas del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)*.—III. LA FIGURA DEL CONTRATO MIXTO EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.—IV. REFERENCIA A LA FIGURA DEL CONTRATO MIXTO EN LA LEGISLACIÓN DE FRANCIA, ITALIA Y REINO UNIDO.—V. EL CONTRATO MIXTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. LA CONSOLIDACIÓN DEL CRITERIO DEL «OBJETO PRINCIPAL».—VI. CONSIDERACIONES FINALES.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto estudiar el régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos a la luz de las nuevas disposiciones del Derecho comunitario y el español, y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Palabras clave: contratación pública; contratos mixtos; Derecho comunitario.

ABSTRACT

The work is for the purposes of studying the legal system which applies to mixed contracts in light of the new provisions of EU and Spanish Law, in addition to the interpretation of this matter by the European Court of Justice.

Key words: public procurement; mixed contract; EC Law.

INTRODUCCIÓN

La determinación del régimen jurídico aplicable a los denominados contratos complejos o mixtos —aquellos en los que coexisten prestaciones correspondientes a dos o más contratos diferentes— se ha realizado tradicionalmente por aplicación de dos reglas alternativas. Según la regla de la «absorción» que predica la unidad de régimen jurídico, debe aplicarse aquel que corresponda a la prestación principal o ca-

racterizadora del contrato, debiendo fijarse, de forma previa, los criterios que otorguen preponderancia a una prestación respecto de las demás. En cambio, de acuerdo con el criterio de la «combinación», cada prestación deberá regirse por las normas que les sean propias, lo que implica la coexistencia de distintos regímenes jurídicos respecto de un mismo contrato. Este último supuesto, sin embargo, no tiene carácter absoluto ya que la adjudicación del respectivo contrato sólo puede realizarse, como es lógico, en relación con un único régimen jurídico.

Por otro lado, es necesario determinar qué tipo de prestaciones pueden fusionarse en un contrato mixto (contratos administrativos típicos, contratos administrativos especiales, contratos privados), así como si tales prestaciones deben presentar ciertas características (v. gr., complementariedad) que justifiquen su tratamiento conjunto.

El estudio de ambos aspectos (tipo de prestaciones y régimen jurídico) reviste especial interés, y ello no sólo por el uso cada vez más frecuente de esta figura, sino también por la nueva configuración emanada del Derecho comunitario (Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y de servicios) y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas asociada a dichas disposiciones. En el plano nacional, el concepto y el régimen jurídico del contrato mixto han experimentado también sucesivas modificaciones, cuya última expresión se contiene en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

I. ORIGEN Y DESARROLLO DE LOS CONTRATOS MIXTOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. *La Ley de Contratos del Estado de 1965 y el Reglamento General de Contratación del Estado*

El antecedente directo de la actual regulación de los contratos mixtos se encuentra en el Reglamento General de Contratación del Estado, aprobado por Real Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre (RCE). Dicha norma admitía la posibilidad de celebrar contratos «con pluralidad de objetos», pero a condición de que cada una de las prestaciones se definiera con independencia de las demás (art. 2.1)¹. Sin embargo, el

¹ Una disposición que reproduce el artículo 2.1 del 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.

RCE sólo se ocupó de un tipo específico de contrato mixto, aunque sin emplear dicho adjetivo, el que combina obras y suministros. Así, dentro de las normas dedicadas al contrato de suministros, el artículo 240 RCE precisaba que «aun cuando el empresario deba realizar obras accesorias de instalación y montaje de los bienes, se considerará el contrato como de suministros siempre que tales operaciones constituyan una obligación impuesta en los correspondientes pliegos de bases. Por el contrario, cuando a juicio del órgano de contratación, dado el tiempo que precise la ejecución de la obra subsiguiente y el porcentaje que represente en el precio total deba considerarse la obra como *elemento principal* y el suministro como *accesorio*, se regulará íntegramente el negocio por el Título II del presente Libro». Como se desprende de su lectura, el artículo 240 RCE consagró la regla de absorción de forma absoluta —«se regulará íntegramente»— para la determinación del respectivo régimen jurídico; no circunscrita, por tanto, a una o más fases o etapas del *iter* contractual². Interesa destacar también que el citado precepto no hacía equivalente de forma automática «prestación principal» con aquella que tuviera una mayor significación económica. En realidad, dicho criterio, junto con el tiempo de ejecución de las obras, debían ser valorados por la Administración —«a juicio del órgano contratante»— a los efectos de determinar si las obras podían considerarse como la prestación principal. En caso contrario, es decir, cuando tales obras aparecieran como *accesorias*, se aplicarían las reglas propias del contrato de suministros. De ahí que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA) haya entendido que el artículo 240 RCE basa la elección del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos en una «mezcla de aspectos subjetivos (a juicio del órgano contratante) y objetivos (el tiempo de la obra y el porcentaje en el precio total)»³.

Por otro lado, cabe recordar que el Decreto núm. 923, de 8 de abril de 1965, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, contenía también una regla aplicable a la posible combinación, en este caso, de obras y servicios en un mismo contrato. Según el artículo 67 del citado texto, «el contrato de gestión de servicios se re-

² En opinión de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, «ante las dificultades prácticas insalvables» que supondría la aplicación combinada de varios regímenes jurídico a un contrato mixto, el ordenamiento jurídico ha optado por la teoría de la absorción, es decir, «por la aplicación de la normativa relativa al contrato preponderante o que puede considerarse como principal». Informe 18/87, de 12 de noviembre.

³ Vid. Informe 58/03, de 12 de marzo de 2004, mediante el que se resuelve una consulta formulada por el Ayuntamiento de Cornellá de Llobregat (Barcelona) acerca de la correcta calificación que debe otorgarse a diferentes contratos que habitualmente celebra el citado Ayuntamiento y que comprenden realización de obras y suministros, algunos de los cuales requieren adicionalmente trabajos más o menos complejos de instalación o montaje.

gulará por lo establecido en el Título I de esta Ley para el contrato de obras en todo lo que no se oponga a las disposiciones del presente y exceptuando los preceptos que sean privativos de la naturaleza de aquél». De este modo, el régimen jurídico de los citados contratos quedaba fijado, en primer término, por la aplicación de las disposiciones contenidas en el Título I LCE (arts. 20 a 61, dedicados a la regulación del contrato de obras); ello, no obstante, siempre que dichas normas no resultaran opuestas a las disposiciones que la LCE preveía para el contrato de servicios públicos, de entre las cuales quedaban exceptuadas las que, a su vez, fuesen «privativas de la naturaleza» del contrato de obras. Como puede apreciarse, se trata de unas reglas de compleja aplicación práctica —exigen la aplicación y descarte sucesivo de distintas normas contractuales— y que, por lo mismo, no proporcionan certeza suficiente acerca del régimen jurídico aplicable a este tipo de contratos. Además, téngase en cuenta que la regulación del contrato de obras no derivaba exclusivamente de los artículos 20 a 60 LCE; así, por ejemplo, las contenidas en el Capítulo I del Título Primero, «De la clasificación y registro del empresario», artículos 98 y ss., relativos a la clasificación y registro de los contratistas de obra. Estas últimas, sin embargo, no formaban parte del régimen jurídico del contrato mixto de obras y servicio, por aplicación del citado artículo 67. Una situación cuando menos paradójica ya que, por ejemplo, podía conducir a prescindir de la respectiva clasificación (exigible en un contrato ordinario de obra) cuando las citadas obras se contratasen conjuntamente con servicios⁴.

2. *Novedades introducidas por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995*

Más adelante, como es sabido, la Ley 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, consagró formalmente la categoría de los contratos mixtos en su artículo 6. Esta norma, sin embargo, introdujo

⁴ Es lo que tuvo lugar en la STS de 14 de diciembre de 1995 (RJ1995\9350). En este caso, la entonces «Sociedad de Aguas de Barcelona, S.A.» impugnó el acuerdo adoptado por el Ayuntamiento de Santa Perpetua de la Mogada por el que se adjudicó a la Compañía de Aguas de Sabadell, S.A. la concesión del servicio integral de abastecimiento de agua potable a dicha población y de la realización de diversas obras asociadas con el mismo. Pues bien, la sociedad actora basaba su impugnación en el hecho de que la adjudicataria no contaba con la necesaria clasificación y tampoco contaba con la autorización del Consejo de Ministros (medida alternativa contemplada por el art. 106 LCE). En este caso, el TS desestimó el recurso por considerar que las *únicas* normas aplicables al contrato de obras eran las comprendidas en el Título I LCE (arts. 20 a 61), es decir, aplicando exclusivamente la primera de las reglas enunciadas en el ya citado artículo 67 LCE.

dos novedades importantes. Por un lado, que sólo pueden fusionarse prestaciones correspondientes a contratos *administrativos*, sean éstos típicos o especiales⁵. Una limitación que se desprende de la propia definición formulada por el legislador: «contratos *administrativos* que contengan prestaciones correspondientes a otro u otros *administrativos* de distinta clase»⁶.

Por otro lado, la Ley de 1995, al igual que la normativa precedente, mantiene la regla de la absorción⁷, la cual, sin embargo, responde ahora a un criterio único, el de *la prestación más importante desde el punto de vista económico*. Con ello, el órgano de contratación sólo está habilitado para constatar qué prestación representa un porcentaje mayor en el precio y a aplicar su respectivo régimen jurídico. No pudiendo, por tanto, considerar otros criterios complementarios para determinar qué prestación es la principal o caracterizadora del respectivo contrato mixto⁸.

⁵ En general, los comentarios doctrinales se limitan a reiterar el citado precepto, sin hacer referencia alguna a la posibilidad de fusionar prestaciones de carácter privado, lo que se explica por la claridad de su tenor literal; nótese que la norma califica en dos ocasiones como «administrativos» a los contratos cuyas prestaciones pueden mezclarse. En esta línea, véanse, entre otros, F. SAINZ MORENO, «Temas objeto de debate en la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, R. GÓMEZ-FERRER (dir.), Civitas, Madrid, 1996, págs. 75 a 78; R. GARCÍA MACHO, «Artículo 6. Contratos mixtos», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, R. GARCÍA MACHO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 91; y J. A. MORENO MOLINA y F. PLEITE GUADAMILLAS, «Artículo 6. Contratos mixtos», en *Nuevo régimen de contratación administrativa*, La Ley, Madrid, 2003, pág. 108. En cambio, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Artículo 6», en *Comentario a la Ley de Contratos...*, cit., págs. 124 y 125, define los contratos mixtos como una categoría intermedia entre los administrativos y los privados, lo cual, en su parecer, «subraya la potenciación del régimen de los contratos privados».

⁶ Así lo ha entendido la JCCA en sus Informes 43/99, de 12 de noviembre; 58/03, de 12 de marzo; 31/04, de 12 de noviembre, y 72/04, de 11 de marzo de 2005. En este último se analizaba la posibilidad de celebrar un contrato mixto por parte de un Ayuntamiento en el que se mezclan prestaciones de contratos administrativos típicos (obras y servicios) con otras de carácter privado (contrato de cesión de superficie y arrendamiento de un bien inmueble). Véase también el Informe 2/04, de 7 de junio, de la JCCA de la Generalidad de Cataluña, a propósito de una consulta planteada por la Universidad de Barcelona, que pretendía enajenar un inmueble de su propiedad con la finalidad de que los respectivos ingresos le permitieran construir un Colegio Mayor en otro solar también propio.

⁷ Y así lo ha debido declarar reiteradamente la JCCA. Vid., entre otros, los Informes 3/95, de 22 de marzo; 67/96, de 18 de diciembre, y 24/96, de 30 de mayo. En este último, por ejemplo, se rechaza la posibilidad de exigir acumulativamente los requisitos de capacidad y solvencia propios de los contratos que se fusionan (obras de adaptación de un inmueble y explotación de una residencia universitaria), puesto que, de acuerdo con la regla de la absorción, sólo es aplicable el único régimen jurídico.

⁸ Tal y como ha subrayado la JCCA, «el único criterio que debe utilizarse para la determinación del régimen jurídico de los contratos mixtos es el que atiende a la prestación más importante desde el punto de vista económico». Vid. Informe 11/07, de 26 de marzo, por el que, además, se rectifica el criterio de la JCCA mantenido en informes anteriores y basados en las disposiciones del Reglamento General de Contratación del Estado.

II. LA NUEVA CONFIGURACIÓN DE LOS CONTRATOS MIXTOS EN LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, ha introducido nuevas modificaciones en el régimen jurídico de los contratos mixtos, definidos en el artículo 12 del citado texto legal. Básicamente, las novedades consisten en que dichos contratos no son calificados ahora como *administrativos* por el legislador: la citada norma simplemente señala «cuando un contrato contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase». Ello obliga a indagar, entre otras cosas, si a la luz de la nueva regulación es posible fusionar las prestaciones correspondientes a cualquier contrato administrativo (típicos y especiales), sólo las de aquellos típicos (arts. 6 a 11 LCSP) o si, incluso, cabe la posibilidad de mezclar prestaciones de contratos privados. Por otro lado, la LCSP se aleja de la regulación tradicional (criterio de la absorción), aplicando en su lugar la regla de la combinación o «yuxtaposición», según la denominación empleada en la Memoria del Anteproyecto de Ley. Por tanto, cada una de las prestaciones fusionadas se regirá por sus propias normas salvo en lo que respecta a la adjudicación del contrato (forzosamente es necesario aplicar un único régimen jurídico). Dicha adjudicación, según prescribe el artículo 12 LCSP, se regirá «en todo caso» por las normas que correspondan a la prestación «que tenga más importancia desde el punto de vista económico». Ambas cuestiones serán objeto de un análisis separado.

1. Tipos de prestaciones que se pueden fusionar en un contrato mixto

En primer término, cabe señalar que el artículo 25.2 LCSP introduce como novedad la exigencia de que las *prestaciones* que se quieran fusionar en un contrato mixto se encuentren «directamente vinculadas entre sí» y «mantengan relaciones de complementariedad»⁹. Ello a los efectos de justificar el tratamiento conjunto de tales prestaciones o, en los términos empleados por el legislador, como una «unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinadas necesidad o a la

⁹ En el Derecho comparado, una norma parecida se encuentra en el artículo 32 del Decreto-Lei 18/2008, de 29 de enero, por el que se aprueba *O Código dos Contratos Públicos* (CCP) de Portugal, según el cual sólo está permitida la celebración de contratos mixtos si sus prestaciones «fueran técnica o funcionalmente indivisibles o, cuando no siéndolo, su separación cause graves inconvenientes para la entidad adjudicante».

consecución de un fin institucional propio del ente, organismo o entidad contratante». El Consejo de Estado (Dictamen 514/2006, de 25 de mayo) había propuesto que este apartado se reubicara en el propio artículo 12, puesto que, precisamente, impone un límite para fusionar diferentes prestaciones en un contrato mixto, pero no supone un límite a la autonomía de la voluntad para exigir dichas prestaciones de otro modo.

Por lo que se refiere a las prestaciones que pueden ser objeto de un contrato mixto, la ubicación del artículo 12 LCSP —cerrando la Sección 1.^a, Delimitación de los tipos contractuales, arts. 5 a 12— sugiere que el legislador ha querido circunscribir dicha figura exclusivamente a los contratos que designa por un nombre concreto (obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministros, servicios y el de colaboración entre el sector público y privado), los cuales se corresponden con los tradicionales contratos «nominados» o «típicos». Éste es el argumento utilizado por el Consejo de Estado al informar el respectivo Anteproyecto de Ley, cuando nos advierte que «la regla de los contratos mixtos o complejos se predica hoy respecto de los tipos contractuales que regula la ley con carácter general (arts. 6 a 11)».

1.1. *La posibilidad de fusionar prestaciones derivadas de un contrato administrativo y de contratos privados.*

Sin negar que la sistemática de la Ley parece confirmar la interpretación anterior, lo cierto es que el tenor literal de una norma ubicada en el Título Preliminar (art. 4, contratos excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP) fuerza una conclusión distinta. Recuérdese, a este respecto, que el artículo 4.1.p) excluye del ámbito de la LCSP a los contratos de «compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas», los cuales tendrán «siempre el carácter de contratos privados», siéndoles de aplicación la legislación patrimonial. Pues bien, respecto de tales contratos el legislador señala que «no podrán incluirse [en los mismos] prestaciones que sean propias de los contratos típicos, si el valor estimado de las mismas es superior al 50 por ciento 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 artículo 25». En cualquiera de dichos supuestos, añade la norma, «dichas prestaciones deberán ser objeto de contratación independiente con arreglo a lo establecido en esta ley». A pesar de la complejidad de su enunciado,

se puede deducir, *a contrario sensu*, que, en determinados supuestos, sí es posible fusionar contratos típicos y contratos privados (siempre que las respectivas prestaciones sean complementarias entre sí; que la prestación derivada del contrato típico no supere el 50% del precio total). Si ello es así, el contrato mixto resultante se regirá por la legislación patrimonial y no por la LCSP, y ello a pesar, como ha quedado expuesto, de que una de las prestaciones corresponda a alguno de los contratos típicos que se definen con carácter general en los artículos 6 a 11 LCSP.

En resumen, en mi parecer, el tenor literal del artículo 4.1.p) no deja lugar a dudas acerca de la admisibilidad de la fusión de contratos administrativos y privados. Ello, claro está, circunscrito a las figuras mencionadas en dicha norma, es decir, a los contratos «patrimoniales»¹⁰. Recuérdesse que estos contratos (compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre inmuebles) estaban regulados en el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (TRLCAP), a cuyo tenor les resultaban aplicables, «en primer lugar, en cuanto a su preparación y adjudicación, las normas de la legislación patrimonial de las correspondientes Administraciones Públicas». La LCSP mantiene el sometimiento a la legislación patrimonial, pero añadiendo, como importante novedad, unos requisitos para la utilización del contrato mixto en este ámbito. Ello con la finalidad, según se expresa en la justificación que acompaña a la respectiva enmienda¹¹, «de establecer cautelas que aseguren que no se eluda la aplicación de la legislación contractual a través de una indebida utilización del principio de libertad de pactos en materia de gestión patrimonial»¹². Dicho en otros términos, se trata de poner límites a la práctica de mezclar prestaciones (contratos administrativos y priva-

¹⁰ Es importante subrayar que el artículo 4.1.p) LCSP no engloba a todos los contratos privados, sino única y exclusivamente a los patrimoniales, los cuales, en contraste con la regulación precedente, se rigen *íntegramente* por la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

¹¹ En el apartado 1.p) del artículo 4, el inciso final: «en estos contratos no podrán incluirse prestaciones que sean propias de los contratos típicos...», no proviene del texto remitido originalmente por el Gobierno (BOCG núm. 95-1, de 8 de septiembre de 2006), ya que fue introducido por la enmienda núm. 156, del GP Socialista (BOCG núm. 95-22, de 29 de mayo de 2007, pág. 229).

¹² En el debate parlamentario posterior, salvo error de mi parte, el citado inciso apenas fue objeto de un comentario aislado. Vid. DSCD núm. 852, de 20 de junio de 2007, pág. 15 (intervención de E. MALARET GARCÍA, Ponente del Grupo Socialista), donde se afirma: «también hemos mejorado la delimitación de los contratos patrimoniales, separándolos nítidamente de los contratos de obras públicas, para evitar que una excesiva utilización del contrato patrimonial vaya en detrimento del respeto a los procedimientos de licitación establecidos por el derecho comunitario».

dos) por cuanto ello puede conllevar la inaplicación de las normas de contratación pública. Una prevención cuando menos curiosa ya que viene precisamente a reconocer una «práctica» que hasta la entrada en vigor de la LCSP carecía de todo respaldo legal, según lo dispuesto en el antes comentado artículo 6 de la antigua Ley de Contratos¹³.

Despejadas las dudas sobre la admisibilidad de esta figura, corresponde ahora analizar los requisitos enunciados en el artículo 4.1.p) LCSP. Aquí el problema consiste en determinar si tales requisitos deben concurrir conjuntamente o si, por el contrario, presentan un carácter alternativo. A pesar de lo que parece sugerir una primera lectura del precepto —contiene un enunciado negativo, utiliza la disyunción «o»—, lo cierto es que hay que entender que sólo son lícitos los contratos que combinen tales prestaciones (típicas y privadas) a condición de que las primeras no excedan de la mitad del valor del negocio y que guarden una relación de vinculación y complementariedad con las segundas. La ausencia de cualquiera de estos requisitos tiene un *efecto excluyente*, debiéndose, por tanto, celebrar contratos independientes. En resumen, el artículo 4.1.p) permite celebrar contratos mixtos, por así decirlo, en una sola dirección, esto es, cuando la prestación caracterizadora del contrato sea la privada —de ahí entonces la subsiguiente aplicación de la legislación patrimonial— y no, en cambio, cuando la prestación principal sea la derivada de un contrato típico¹⁴.

¹³ En este sentido, la referencia explícita al contrato de obra pública (véase E. MALARET GARCÍA, citado en nota anterior) es indicativa de la prestación típica más utilizada en dichos negocios.

¹⁴ En contraste, la doctrina mayoritariamente se ha manifestado en contra de la citada posibilidad. Así, en opinión de D. BLANQUER CRIADO, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía Práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 78, «en un contrato mixto sólo cabe combinar prestaciones de carácter administrativo, pero no se puede celebrar un contrato mixto que mezcle prestaciones de Derecho Administrativo con otras de Derecho Privado». También se manifiestan contrarios a la citada posibilidad F. J. ESCRIBUELA MORALES, *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 432, y S. BALLESTEROS ARRIBAS, «Capítulo II», en *Contratación del Sector Público Local*, pág. 253, al afirmar que «del encuadre de estos últimos en la LCSP (art. 12) resulta que sólo pueden tener carácter mixto los que contengan prestaciones de dos o más contratos típicos». Aunque seguidamente parece afirmar algo distinto: «cuando se entremezclen prestaciones de diversos contratos típicos y no tipificados serán contratos innominados que se regularán por su clausulado y por la reglas de derecho administrativo o privado según sea su prestación más característica». Finalmente, J. L. BERMEJO LATRE, «Contratos mixtos», en *Diccionario de Contratación Pública*, J. BERMEJO VERA (dir.), Iustel, Madrid, 2009, págs. 222 y 223, define al contrato mixto como «todo aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase, siempre y cuando todos ellos sean contratos administrativos (típicos o especiales)...», pero ello, sin embargo, no le lleva a negar la posibilidad de fusionar prestaciones públicas y privadas, sino más bien a rechazar que el concepto de contrato mixto englobe también tales negocios jurídicos; a este respecto afirma: «no caben en esta calificación determinadas actuaciones complejas en que se mezclan prestaciones de naturaleza pública y privada...».

1.2. *La combinación de prestaciones administrativas típicas con especiales.*

Resta por analizar la posibilidad de fusionar prestaciones típicas con especiales o atípicas¹⁵. En mi parecer, la respuesta a esta cuestión debe ser afirmativa porque no parece razonable limitar dicha posibilidad cuando, al mismo tiempo, no hay reparos en admitir la fusión de prestaciones típicas con otras de carácter privado. Refuerza lo anterior que unas y otras (prestaciones de contratos administrativos típicos y especiales) comparten la misma naturaleza jurídica; al fin y al cabo, el «giro o tráfico específico de la Administración contratante» es la fórmula genérica empleada por el legislador —la tecnificación del principio tradicional de «obras y servicios», en los términos de GARCÍA DE ENTERRÍA— para someter al Derecho público a aquellos otros contratos administrativos que, por su menor o escasa aplicación práctica, no han sido objeto de una configuración legal específica. Otra cosa es que, dada la actual redacción de la LCSP, los contratos administrativos especiales tengan un margen mucho más reducido que en la legislación precedente; aspecto que disminuye las probabilidades de fusionar tales prestaciones.

2. *El régimen jurídico general aplicable a los contratos mixtos: la consagración de la regla de la combinación. Especialidades derivadas del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)*

La LCSP consagra la regla de la combinación para la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos. Según se afirma en la Memoria del Anteproyecto de Ley, ello se justifica porque el sistema anterior (absorción), en ocasiones, «puede no dar respuesta adecuada a los problemas de régimen sustantivo que plantea el contrato mixto, siendo preferible aplicar la yuxtaposición de las normas correspondientes a las distintas prestaciones fusionadas en el contrato»¹⁶. Por tanto, cada prestación se regirá por las normas que le sean

¹⁵ Acepta dicha posibilidad J. L. BERMEJO LATRE, «Contratos mixtos», cit., pág. 222.

¹⁶ Se trata, añade la citada Memoria, pág. 13, de «una cuestión que, como sucede en derecho civil contractual, parece preferible dejar abierta a lo que se establezca en el propio contrato por las partes (arts. 25 y 99.2 *in fine*), y a lo que los Tribunales determinen en cada caso concreto en función de las circunstancias concurrentes, por ser imposible dar reglas de validez general. De igual forma, y en lo que se refiere a la preparación del contrato, las diferentes prestaciones fusionadas pueden exigir la aplicación de normas diferentes».

propias durante todo el *iter* contractual (preparación, efectos, ejecución, modificación, extinción, etc.), a excepción, como es lógico, de la adjudicación del respectivo contrato. Por este motivo, el artículo 99.2 LCSP precisa que «se detallará [en los pliegos de cláusulas administrativas particulares] el régimen aplicable a sus efectos, cumplimiento y extinción, atendiendo a las normas aplicables a las *diferentes* prestaciones fusionadas en ellos»¹⁷.

Por lo que se refiere a las normas aplicables a la adjudicación del contrato mixto, el legislador ha establecido, al igual que la regulación precedente (LCAP), el criterio de la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico. Sin embargo, a luz de lo dispuesto por la Directiva 2004/18 y de la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, podría cuestionarse, al menos parcialmente, la validez de la citada regla. Ello es así porque el criterio económico no siempre es decisivo o, lo que es igual, la determinación del respectivo régimen jurídico requiere, en ocasiones, de la aplicación de criterios adicionales¹⁸.

Por otro lado, en el caso específico del CPP¹⁹ y a diferencia del régimen general contenido en el artículo 12 LCSP, el legislador ha optado por aplicar la regla de la absorción. Así, de acuerdo con lo que dispone el artículo 289.1 LCSP, «los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado se regirán por las normas generales

¹⁷ D. BLANQUER, *La nueva Ley de Contratos...*, cit., pág. 80, entiende, sin embargo, que la «Ley ni impone ni excluye que en la práctica pueda utilizarse tanto la teoría de la yuxtaposición (por lo que respecta al cumplimiento y extinción a cada prestación se le aplicará el régimen jurídico que le corresponda), pero tampoco orilla que el pliego opte por la llamada teoría de la absorción o unificación del régimen jurídico, ajustándolo al de la prestación de mayor importancia desde el punto de vista económico».

¹⁸ J. L. VILLAR EZCURRA, en su completo comentario al artículo 6 de la LCAP (vid. *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, tomo I: *El sistema contractual administrativo*, Comares, Granada, 2002, págs. 415 a 442), ya había adelantado que la regla de la prestación más importante desde el punto de vista económico debía ser objeto de matización. Según el citado autor, el criterio económico «debe utilizarse acompañado de una ponderación, imposible de definir a priori, que establezca la desproporción entre uno y otro tipo de prestación» (pág. 425).

¹⁹ Se trata de una nueva modalidad contractual que viene a sumarse a los tradicionales contratos típicos o nominados (obras, servicios, etc.). Es un contrato administrativo —únicamente pueden celebrar CPP las Administraciones Públicas— y siempre sujeto a regulación armonizada (aun cuando su valor no rebase los umbrales fijados por el legislador), artículos 11 y 13. Sobre esta figura, vid. los trabajos de C. CHINCHILLA MARÍN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 132, 2006, págs. 609 a 644, y «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en *Derecho Administrativo del siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007, especialmente págs. 229 a 284. Véanse también J. GONZÁLEZ GARCÍA, «Contrato de colaboración público-privada», núm. 170 de esta REVISTA, 2006, págs. 7 a 39, y M. RUIZ CARLÓN, «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 140, 2008, págs. 653 a 684.

contenidas en el Título I de la presente Ley y *por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél*, identificada conforme a lo dispuesto en el artículo 120.1.a), en lo que no se oponga a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar conforme al artículo 11». Por tanto, el régimen sustantivo de estos contratos será el propio del contrato típico cuyo objeto coincida con la prestación principal del CPP. Por este motivo, según dispone el citado artículo 120.1.a) del citado texto legal, en las estipulaciones de los CPP se deberá necesariamente incluir «la identificación de las prestaciones principales que constituyan su objeto, que condicionarán el régimen sustantivo aplicable al contrato...»²⁰.

Cabe subrayar que la aplicación de la regla de la absorción al CPP presenta, sin embargo, algunas limitaciones de importancia derivadas de lo dispuesto en el antes citado artículo 289.1 LCSP. Ello es así puesto que la aplicación del régimen jurídico de la prestación principal es posible siempre que dichas normas no resulten contrarias a la «naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar» del CPP, tal y como se define en el artículo 11 LCSP. Lo que es tanto como atribuir una preferencia a las cláusulas que las partes libremente acuerden sobre las normas que configuran el régimen jurídico de la prestación principal²¹.

III. LA FIGURA DEL CONTRATO MIXTO EN EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministros y servicios, al igual que las anteriores Directivas sobre contratación administrativa, aunque de un modo más preciso y completo, contempla algunas reglas específicas aplicables a los contratos mixtos²². Así, en primer término, tratándose de contratos que combinen servicios y suministros, el artículo 1.2.d) de la Directiva pres-

²⁰ En relación con el citado precepto, véanse las consideraciones críticas realizadas por E. JIMÉNEZ APARICIO, «Comentario al artículo 120», en *Comentarios a la Legislación...*, cit., págs. 330 a 333.

²¹ A juicio de C. CHINCHILLA MARÍN, la consideración del régimen jurídico de la prestación principal como «Derecho supletorio y no necesario» del CPP es la solución más coherente con la configuración flexible que el legislador ha otorgado a la citada figura. Vid. el extenso análisis que realiza la autora en «La nueva Ley de Contratos...», cit., págs. 262 a 264.

²² En la regulación precedente dichas reglas estaban contenidas en el artículo 1.a) de la Directiva 93/37, de 14 de junio, sobre contratos de obras; artículo 1.a) de la Directiva 93/36, de 14 de junio, sobre contratos de suministros, y artículos 2 y 10 de la Directiva 92/50, de 18 de junio, sobre contratos de servicios.

cribe que se considerará como un «contrato público de servicios» cuando el valor de los servicios en cuestión sea *superior* a los respectivos productos. De esta norma se deduce, *a contrario sensu*, que se calificarán como suministros aquellos contratos en los cuales el valor de los bienes suministrados sea *superior* al de los servicios prestados y también cuando el precio de ambos sea *igual*²³. Ésta es una hipótesis no contemplada por el legislador español, aunque sí, como se expone seguidamente, por el Derecho de la contratación pública de otros Estados miembros.

Cabe añadir que el legislador comunitario parece no distinguir entre los servicios que figuren en los Anexos II.A y II.B de la Directiva 2004/18 cuando enuncia las reglas de los contratos mixtos²⁴. Ello no plantea mayores inconvenientes cuando se combinan servicios del Anexo II.A y suministros, dada la similitud de las reglas aplicables al contrato resultante. No sucede lo mismo, sin embargo, cuando se mezclan servicios del Anexo II.B y suministros y el valor de los primeros supera al de los segundos. En este caso, el contrato mixto se regirá únicamente por las normas contenidas en el artículo 23 y apartado 4 del artículo 35 de la Directiva 2004/18²⁵.

Por otra parte, cuando se trata de fusionar obras con servicios o, en su caso, suministros, la Directiva considera el carácter *accesorio* o no de las primeras (obras) en relación con los segundos (servicios, suministros) para determinar el régimen jurídico aplicable al respectivo contrato público —art. 1.2.c) y d)—²⁶. O, lo que es igual, en este caso no

²³ Así lo ha declarado expresamente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; véanse Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-107/98), *Teckal Srl y Comune di Viano/Azienda Gas-Acqua di regio Emilia* (Considerandos 37 a 42), y Sentencia de 11 de mayo de 2006 (asunto C-340/04), *Cabotermo SpA, Consorcio Alisei y Comune di Dusto Arsizio/AGESP SpA* (Considerando 31).

²⁴ Sí lo hace, en cambio, cuando se trata de mezclar en un mismo contrato servicios de tales Anexos. En este supuesto, el legislador se inclina por aplicar la regla del mayor valor para decidir el régimen de adjudicación aplicable (art. 22).

²⁵ La LCSP no diferencia en el artículo 10 (concepto del contrato de servicios) los servicios al modo que lo hace la Directiva 2004/18, puesto que refunde en un solo Anexo la totalidad de los servicios contemplados por la norma comunitaria. Ello, sin embargo, responde a una ordenación meramente formal, puesto que en su articulado aplica diferenciadamente un régimen jurídico para los servicios singularizados en las categorías 1 a 16 y otro para el resto. Vid., por ejemplo, artículo 13 LCSP, que considera contratos armonizados exclusivamente a «los de servicios comprendidos en las categorías 1 a 16 del Anexo II».

²⁶ Téngase en cuenta que las antiguas Directivas de contratos públicos (citadas en nota anterior) preveían una regulación mucho más parca de esta materia. En concreto, sólo la Directiva 92/50 contemplaba una regla expresa en esta materia: en el caso de servicios y suministros, clasificaba al respectivo contrato como de servicios en el caso de que el valor de éstos fuese superior al de los suministros. Por su parte, la Directiva 93/36 contenía una norma —los contratos de suministros podrán incluir, con carácter «accesorio», trabajos de colocación e instalación— de la cual se podía deducir el régimen aplicable. Dicha regla, como se ha expuesto, es recogida por la Directiva 2004/18 pero de un modo más explícito. Por úl-

se aplica exclusivamente el criterio económico (*value test*), sino también otros criterios cualitativos que permitan determinar lo que deba considerarse como el objeto principal del respectivo negocio. A ello debe sumarse, como elemento de interpretación, lo indicado en el Considerando 10 de la Directiva 2004/18/CE, a propósito del carácter principal o accesorio de las obras y de los servicios en esta clase de negocios. Así se afirma que «un contrato debe considerarse un contrato público de obras sólo si su objeto abarca específicamente la ejecución de alguna de las actividades que se detallan en el Anexo I, si bien el contrato puede conllevar la prestación de otros servicios *necesarios para la realización de dichas actividades* [obras]». Y, más adelante, se añade que los contratos públicos de servicios podrán incluir obras en determinadas circunstancias; no obstante, «cuando dichas obras *sean accesorias al objeto principal* del contrato y sean, por tanto, *consecuencia o complemento del mismo*, el contrato no podrá considerarse como un contrato público de obras»²⁷.

IV. REFERENCIA A LA FIGURA DEL CONTRATO MIXTO EN LA LEGISLACIÓN DE FRANCIA, ITALIA Y REINO UNIDO

La sola lectura de las normas comunitarias antes expuestas pone en evidencia que su enunciado no se corresponde plenamente con la regla recogida en el artículo 12 LCSP, puesto que, entre otros extremos, dicha norma establece un único criterio, el económico, para determinar qué prestación es la principal en el respectivo contrato. En contraste, la legislación sobre contratación pública de otros Estados miembros de la UE sí recoge con mayor precisión las reglas contenidas en la Directiva 2004/18. Así, en el caso de Francia, el *Code des marchés publics* de 2006, aprobado por Decreto núm. 2006-975, de 1 de agosto, expresa en su artículo 1 (Definiciones y principios fundamentales) que, en los supuestos de que un contrato comprenda obras y suministros u obras y servicios, será un contrato de obras si éstas constituyen el objeto principal del contrato («*il est un marché de travaux si son objet principal est de réaliser des travaux*»). En cambio, tratándose de servicios y suministros reitera la regla del mayor valor contenida en la citada Directi-

timo, la Directiva 93/37 no contemplaba referencia alguna sobre la posibilidad de fusionar prestaciones (obras y servicios/suministros). Una falta de regulación nada baladí por cuanto el umbral comunitario para estos contratos es mucho más elevado que los fijados, a su vez, para los suministros y servicios.

²⁷ Unas prevenciones que no son novedosas puesto que ya estaban contempladas en la Directiva 92/50, de 18 de junio, de servicios (Considerando 16).

va («*Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services et des fournitures, il est un marché de services si la valeur de ceux-ci dépasse celle des fournitures achetées*»)²⁸.

En una línea similar puede citarse la legislación del Reino Unido (*The Public Contracts Regulations*, 2006, para Inglaterra, Gales e Irlanda del Norte, y *The Public Contracts Regulations (Scotland)*, 2006, para Escocia). Según dichas normas, la determinación del régimen jurídico aplicable a un contrato de objeto plural (servicios y suministros) se resuelve a favor de los servicios en el caso de que el valor de éstos supere al de los bienes suministrados. En cambio, precisa el legislador británico, en un contrato mixto cuyo objeto sea el suministro de productos —incluso si éstos requieren de obras o trabajo de colocación o instalación— y, además, la prestación de determinados servicios se aplicarán las reglas del contrato de suministros cuando el valor de los bienes o de éstos y de los trabajos de instalación o colocación sean *iguales o mayores* que los respectivos servicios («*the contract shall only be a public supply contract where the value of the consideration attributable to the goods and any siting or installation of the goods is equal to or greater than the value attributable to the services*»). Por último, si los servicios comprenden también algunas de las obras señaladas en el Anexo I de la Directiva, habrá que determinar si las mismas caracterizan el contrato o si, por el contrario, presentan un carácter accesorio. En este último caso, el contrato tendrá la calificación de servicios: «*a contract for services which includes activities specified in Schedule 2 that are only incidental to the principal object of the contract shall be considered to be a public services contract*» (art. 1, *citation, commencement and extent*).

Por su parte, la legislación italiana de contratación pública —Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*— se encarga de regular detalladamente la figura que nos ocupa, subrayando especialmente el criterio de la accesoriedad y el debido respeto a la libre concurrencia en esta materia. En efecto, el artículo 14 del citado Decreto Legislativo reproduce casi literalmente las disposiciones de la Directiva 18/2004 que antes hemos comentado. Pero en sus apartados 3 y 4 se ocupa de especificar, además, que un contrato mixto será de obras si el valor de las mismas es superior al 50% del valor total del contrato (esta regla estaba recogida en similares términos en la legislación precedente), salvo que, «*de acuerdo con las características específicas del contrato*, las obras tengan un carácter

²⁸ El texto actualizado del citado Código se encuentra disponible en <http://www.legifrance.gouv.fr/>.

meramente accesorio respecto de los servicios o los suministros, los cuales constituyan el objeto principal del contrato». Y termina señalando que la celebración de un contrato mixto no debe «limitar o excluir» las normas comunitarias relativas a la adjudicación de los contratos de obras, servicios o suministros, incluso si no constituyen «el objeto principal del contrato», y tampoco limitar o distorsionar la libre competencia. Estas cuidadas disposiciones encuentran su explicación previsiblemente en la Sentencia del Tribunal de Justicia europeo de 21 de febrero de 2008 (C-412/04), cuyo análisis efectuamos seguidamente, que declaró el incumplimiento por parte de Italia de diversas normas de las antiguas Directivas de contratos públicos, entre ellas las relativas a los contratos mixtos.

V. EL CONTRATO MIXTO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. LA CONSOLIDACIÓN DEL CRITERIO DEL «OBJETO PRINCIPAL»

En principio, hay que recordar que muchas de las interrogantes que planteaba la celebración de contratos mixtos han quedado solventadas por la Directiva 2004/18/CE. Ello es así puesto que, a diferencia de las disposiciones precedentes, los contratos públicos —contratos armonizados, en la terminología empleada por el legislador español²⁹— son objeto ahora de una regulación sistemática y de una estandarización de los umbrales (servicios y suministros). Este aspecto, a mi juicio, puede significar un límite importante a la práctica de celebrar contratos mixtos con la finalidad de atraer el régimen jurídico que más convenga en cada oportunidad o, lo que es igual, que dichas actuaciones no reportan, en la actualidad, el pretendido beneficio. Lo anterior es evidente en el caso de los contratos que comprenden servicios y suministros, y también aquellos otros que fusionan dichas prestaciones con obras, pero en este último caso, como seguidamente se verá, el criterio del «objeto principal» exige de una interpretación más compleja.

Un buen ejemplo de lo que acaba de señalarse se encuentra en la STJCE de 5 de diciembre de 1989 (asunto C/88), *Comisión contra la República Italiana*, que declara el incumplimiento de Italia de las obliga-

²⁹ Vid. J. A. MORENO MOLINA, «Un mundo para Sara». Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», núm. 178 de esta REVISTA, 2009, y X. LAZO VITORIA, «Comentario a los artículos 13 a 17, Contratos sujetos a una regulación armonizada», en *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, E. JIMÉNEZ APARICIO (coord.), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

ciones derivadas de la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministros, entonces vigente. En este caso se enjuiciaba la reserva efectuada por la legislación italiana a favor de determinadas sociedades (aquellas en las que el Estado o el sector público tuvieran, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total), la posibilidad de celebrar contratos de suministros de equipos informáticos. En lo que aquí interesa, una de las alegaciones de Italia se basaba precisamente en que el régimen jurídico de los contratos de suministros no resultaba aplicable, puesto que, según se argumenta, «un sistema informático implica, además de la adquisición del material, la creación de programas informáticos de planificación, la instalación, el mantenimiento, la aplicación del sistema al plano técnico y, en ocasiones, su gestión», y, desde esa perspectiva, concluía afirmando que «en atención al hecho de que el material es un elemento *accesorio* en la realización de un sistema informático, la Directiva 77/62 resulta in-aplicable» (Considerando 18). El Tribunal de Justicia estimó, por el contrario, que la adquisición del equipo necesario para la realización de un sistema informático «es disociable de las actividades relativas a la concepción y a la gestión de éste» (Considerando 19), por lo que decae el argumento de la accesoriidad y su efecto asociado, la atracción del respectivo contrato al régimen (no público) de los servicios. El caso es que, de haber prosperado la citada argumentación, el contrato resultante, necesariamente de servicios, no habría tenido el carácter de «contrato público», puesto que, como se recordará, en esa época aún no se había aprobado la Directiva de servicios³⁰.

Otro pronunciamiento de importancia en esta materia es la STJCE de 19 de abril de 1994 (asunto C-331/92), *Gestión Hotelera Internacional, S.A. contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas, S.A.*, ya que servirá de modelo para el criterio del «objeto principal» empleado por la vigente Directiva de contratos. En este caso, el Gobierno de Canarias convocó dos concursos públicos, uno para adjudicar la instalación y apertura de un casino de juego y otro relativo a la explotación de las instalaciones de un hotel de propiedad municipal. Ambas ofertas estaban estrechamente vinculadas pues el órgano de contratación había previsto adjudicar el contrato del casino a una empresa que

³⁰ La necesidad de reforzar las libertades y principios consagrados por el Tratado de la UE (libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento, igualdad de trato, no discriminación, etc.) propició la aprobación de la Directiva 71/305 (obras) y, posteriormente, la Directiva de suministros, 77/62. En cambio, la primera regulación comunitaria de servicios tuvo lugar bastante tiempo después, mediante la aprobación de la Directiva 92/50.

se hiciera cargo también de las instalaciones hoteleras³¹. Así las cosas, Gestión Hotelera Internacional, S.A., por entonces arrendataria del hotel municipal, solicitó la anulación de los citados concursos y de la adjudicación que, entretanto, se había realizado a favor de la sociedad Gran Casino de Las Palmas. La pretensión anulatoria se fundamentaba en la vulneración de las normas comunitarias en materia de contrato de obras, ya que las bases reguladoras de los concursos incluían obras de reforma del casino y del hotel y, a pesar de ello, no habían sido objeto de publicación en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas (DOCE)*. En este contexto, el TSJ de Canarias planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales: en primer término, si un «contrato mixto de obra y cesión de servicios» puede entenderse incluido en el concepto de «contrato de obra pública» empleado por la entonces Directiva de obras 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971. Y, en segundo, si en este caso los poderes adjudicadores están obligados a realizar la preceptiva publicación en el *DOCE*. El Tribunal de Justicia, tras analizar detalladamente el contenido de las respectivas ofertas (Considerandos 18 a 22), concluye afirmando que «cuando las obras a realizar en el hotel y en el casino sólo tienen un carácter accesorio en relación con el objeto principal —un aspecto que, en su parecer, debe ser dilucidado por el juez nacional (Considerando 26)— la totalidad de la licitación no puede calificarse de contrato público de obras, en el sentido de la Directiva 71/305». A juicio del Tribunal de Justicia, dicha conclusión se corrobora por lo señalado en el Considerando 16 de la Directiva 92/50/CEE, de servicios, a cuyo tenor un contrato sólo puede considerarse contrato público de obras si su objeto consiste en la realización de una obra de construcción, pero si las obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no cabe clasificar éste como contrato de obras.

En la misma línea anterior, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia CE de 18 de enero de 2007 (asunto C-220/05), *J. Auroux y otros con Commune de Roanne*, en el que participa la *Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)* (cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Administrativo de Lyon). Este caso tiene también su origen en un negocio complejo —la construcción de un centro de ocio en tramos sucesivos—, el cual, sin embargo, nace a la vida jurídica bajo la forma de un convenio suscrito por el municipio de Roanne y la SEDL, sin

³¹ Así, el pliego de cláusulas administrativas particulares relativo a la adjudicación del uso de las instalaciones del hotel y de la explotación de la actividad hotelera disponía que sólo podrán participar en este segundo concurso las empresas que efectivamente hayan participado en el concurso para la adjudicación de la autorización definitiva de instalación y apertura del mencionado casino de juego (Anexo II, base 2).

haberse adoptado medida de publicidad alguna ni convocatoria de licitación pública. A este respecto, es preciso tener en cuenta que el citado convenio fue suscrito al amparo del entonces vigente artículo L. 300-4 del Código de Urbanismo francés, que, en lo que aquí importa, disponía que «el Estado, las entidades locales y sus organismos públicos pueden confiar el estudio y la ejecución de medidas de ordenación previstas en el presente Libro a todo sujeto público o privado que reúna las condiciones para ello», y más adelante añadía que cuando ello tuviera lugar con un sujeto público —como es el caso que nos ocupa— dicho acuerdo «puede adoptar la forma de un convenio público de ordenación». Tal y como subraya la Abogada General en sus conclusiones (presentadas el 15 de junio de 2006), el artículo L. 300-4 fue modificado por la Ley 2005-809 —previamente la Comisión Europea había incoado un procedimiento por incumplimiento del Derecho comunitario—, disponiendo en la actualidad que «la adjudicación de concesiones urbanísticas se llevará a cabo por el concedente en el marco de un *procedimiento público de licitación que permita la presentación de diferentes ofertas* con los requisitos establecidos por decreto del Consejo de Estado». De lo anterior resulta que bajo la vigente redacción no hubiera sido lícito encomendar directamente a SEDL el proyecto y la realización del centro de ocio, quedando pendiente, sin embargo, la cuestión de la validez o invalidez del citado convenio. Este punto fue expresamente resuelto por la Ley de 2005, al prever una convalidación retroactiva de los convenios celebrados al amparo de las normas antes citadas³².

Por lo que respecta a la cuestión prejudicial, se plantea al Tribunal de Justicia si, a pesar de su complejidad³³, el citado convenio puede considerarse un contrato de obras, de acuerdo con la definición contenida en la Directiva 93/37/CE. En la alegación del municipio de Roanne,

³² Según dispone el artículo 11 del citado texto legal, «sin perjuicio de decisiones judiciales firmes, se declaran válidas, en la medida en que su conformidad con el Derecho se discuta basándose en que la designación del sujeto encargado de llevar a cabo la ordenación tuvo lugar sin un previo procedimiento público de licitación que hubiera hecho posible la presentación de diferentes ofertas: las concesiones en materia de ordenación, los convenios públicos de ordenación y los acuerdos de ordenación que hayan sido suscritos antes de la publicación de esta Ley...».

³³ Una complejidad de las prestaciones y de las fórmulas de financiación. Así, la creación del centro de ocio comprendía, en una primera etapa, la construcción de un centro multicines, locales comerciales, un aparcamiento público y vías de acceso y otros espacios públicos. En un tramo posterior, la construcción de otros locales comerciales y un hotel. El citado convenio encomendó a la SEDL, entre otras cosas, la adquisición de inmuebles, procurar la obtención de fondos, encargar la realización de estudios, convocar un concurso de ingeniería, encargar las obras de construcción, garantizar la coordinación de la operación y la información a la ciudad. Además, según las estipulaciones del convenio, el aparcamiento, las vías de acceso y los otros espacios públicos pasarían a integrar el patrimonio de la ciudad, mientras que el resto de las obras proyectadas serían enajenadas a terceros, estimándose en más de 8 millones de euros los beneficios para SEDL.

ello no es posible ya que su objeto «no se limita a la ejecución de obras», al tiempo que recuerda que en el Derecho francés este tipo de convenios se adoptan para llevar a cabo un proyecto urbanístico en su conjunto o poner en práctica, en todos sus elementos, ciertas políticas urbanísticas, lo que incluye la preparación del proyecto, la gestión administrativa y jurídica, la adquisición de terrenos mediante expropiación y la tramitación de los respectivos procedimientos de adjudicación de contratos³⁴. A juicio del Tribunal, en cambio, no cabe duda que se trata de un contrato mixto que incluye obras y servicios cuyo régimen jurídico depende, a su vez, de la determinación del objeto principal del respectivo contrato. En sus términos, «cuando un contrato contiene a un tiempo elementos propios de un contrato de obras y elementos propios de algún otro tipo de contrato, ha de estarse al objeto principal del contrato para determinar qué directiva comunitaria de contratación pública debe aplicarse»³⁵. Y, entrando ya en la resolución del asunto, entiende que el objeto principal del convenio es la ejecución de una obra en concreto (un centro de ocio), que los servicios previstos en el citado convenio forman parte de la concreción de dicha obra (adquisición inmobiliaria, recaudación de fondos, comercialización de edificaciones, etc.) y que, por tanto, su contenido se ajusta a la definición prevista en la Directiva de obras³⁶.

El último pronunciamiento del TJCE en materia de contratos mixtos es la Sentencia de 21 de febrero de 2008, *Comisión contra la República Italiana* (C-412/04). En ella se reitera la doctrina contenida en los fallos precedentes, aunque, eso sí, de un modo más explícito y contundente. Esto es, que la determinación del régimen aplicable a los contratos que combinen obras y servicios o suministros no puede realizarse únicamente por aplicación de un criterio cuantitativo —prescripción de mayor valor económico, *value test*—, sino, como ya se ha

³⁴ Por su parte, el Gobierno francés alega que la parte del centro de ocio que abarca la realización de obras destinadas a la venta a terceros no constituye un contrato público de obras porque no responde a las necesidades del municipio (Considerando 33); en fin, según la opinión del Gobierno polaco, puesto que SEDL no tiene la condición de contratista (sólo se le ha encomendado la preparación de un contrato público de obras y su seguimiento), el citado convenio debería calificarse como un contrato público de servicios (Considerando 32).

³⁵ Por ello estima que la simple inclusión en el convenio de elementos que van más allá de la mera ejecución de las obras no implica que tal convenio «quede excluido del ámbito de aplicación de la Directiva [de obras]». Vid. Considerandos 36 y 37 de la Sentencia.

³⁶ Y todo ello, añade, «con independencia de que se prevea o no que la primera entidad adjudicataria (SEDL) sea o pase a ser la propietaria de la totalidad o de parte de dicha obra» (Considerando 46 y punto 1.º del fallo). Por su parte, la Abogada General considera que «el proyecto y la realización de las obras necesarias en este caso no tienen en absoluto el carácter de accesorios, sino que constituyen el núcleo del convenio controvertido. En tal caso, las normas sobre contratos públicos de obras constituyen el régimen más especial» (Considerando 45 de la conclusiones generales).

indicado, diferenciando la prestación característica del contrato de aquellas otras que presentan un carácter accesorio o complementario.

En este caso, la Comisión Europea consideró que determinadas disposiciones de la entonces vigente Ley 109/1994, de 11 de febrero, marco en materia de obras públicas, vulneraban las normas comunitarias de contratación pública. En lo que aquí importa, el citado texto legal, tras definir el contrato de obras públicas, hacía extensible su régimen jurídico a los contratos mixtos de obras, de suministros y de servicios, así como a los contratos de suministro o de servicios que comprendan obras accesorias valoradas en más de un 50% del precio total del contrato de que se trate³⁷. Lo que equivale a decir que la sujeción del contrato mixto a la citada Directiva se basa en un criterio único: el valor de las obras accesorias. El Tribunal de Justicia estima, por el contrario, que dicha sujeción ha de depender del objeto principal del contrato y que para su determinación debe analizarse el conjunto de las prestaciones de modo de identificar «las obligaciones esenciales que prevalecen y que, como tales, caracterizan dicho contrato, por oposición de aquellas otras que sólo tienen carácter accesorio o complementario y que son impuestas por el propio objeto del contrato». Y, a este respecto, concluye que la cuantía de las diferentes prestaciones «tan sólo constituye uno de los distintos criterios que deben tenerse en cuenta a la hora de proceder a esa determinación»³⁸. En caso contrario, añade el Tribunal, existe el riesgo que determinados contratos mixtos queden excluidos de las normas comunitarias de contratación pública. En concreto, aquellos contratos en los cuales el importe de las obras, aunque accesorias, represente más del 50% del precio total, siendo éste, a su vez, inferior al umbral fijado por la Directiva de obras, y ello a pesar de que supere los umbrales para servicios y suministros.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

De cuanto se ha expuesto se pueden extraer las siguientes reflexiones finales. En primer término, el legislador español ha pasado de formular un concepto estricto de contrato mixto —sólo es posible fusionar

³⁷ Artículo 2 de la Ley 109/1994. Por su parte, el artículo 3.3 del Decreto Legislativo 157/1995, de 17 de marzo, relativo a la aplicación de la Directiva 92/50/CE en materia de servicios públicos, también impugnado por la Comisión, establecía que a los contratos mixtos de obras y servicios, así como a los contratos de servicios que comprendan obras accesorias, les serán de aplicación las disposiciones de la Ley de 1994 «si las obras representan más del 50 por ciento del precio total del contrato de que se trate».

³⁸ Considerandos 49 y 50 de la Sentencia. Vid. también la opinión del Abogado General, Considerandos 38 y 74 de las conclusiones generales, 8 de noviembre de 2006.

prestaciones administrativas (típicas, especiales)— a otro más flexible, en cuya virtud, cumpliendo determinados requisitos, se admite también la combinación de las citadas prestaciones con las propias de los contratos patrimoniales. Este importante matiz, según se desprende del debate parlamentario, se ha incorporado con el objeto de limitar una práctica que afectaba precisamente a las normas públicas de contratación.

Por otra parte, tanto la LCAP (1995) como la nueva legislación contractual de 2007 han basado la elección del régimen jurídico aplicable a los contratos mixtos en un criterio único: el de la prestación más relevante desde el punto de vista económico. Con ello se han distanciado de la solución precedente —contenida en el RGCA—, que era, por cierto, la más cercana a la asumida por las antiguas Directivas de contratos y, más claramente, por la vigente Directiva 2004/18. En efecto, de acuerdo con las normas comunitarias, es preciso diferenciar entre contratos que combinan servicios y suministros de aquellos otros que fusionan obras con algunas de las prestaciones anteriores. En el primer caso se aplica la regla del mayor valor económico —o igual, para la prevalencia de las normas del contrato de suministros—; en cambio, el segundo gira en torno a la regla del «objeto principal» del respectivo negocio jurídico.

La regla del *value test* aporta certeza y seguridad en la elección del respectivo régimen y es claramente más fácil de aplicar que la segunda. Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del TJCE, entraña al mismo tiempo el riesgo de que, en determinados supuestos, se inaplique el Derecho de la contratación pública. Por ello, el citado Tribunal ha insistido en la necesidad de analizar el contrato en su conjunto, ya que sólo así será posible determinar si las obras constituyen efectivamente la prestación principal tanto desde un punto de vista cuantitativo como cualitativo. Dicho esto, también es cierto que, más allá del estudio caso por caso, los pronunciamientos del TJCE no aportan luz suficiente sobre qué criterios o subcriterios (cualitativos) deben aplicarse en cada caso para dicha determinación. Lo que sí parece suficientemente asentado es que, en los casos señalados, ni el criterio económico ni el de la accesoriadad de las obras pueden justificar por sí solos la aplicación de un determinado régimen jurídico al contrato resultante.

Por último, cabe añadir que las citadas pautas jurisprudenciales deberán ser tenidas necesariamente en cuenta a la hora de reinterpretar las disposiciones españolas en materia de contratos mixtos.

BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS ARRIBAS, S.: «Capítulo II», en *Contratación del Sector Público Local*, pág. 253.
- BERMEJO LATRE, J. L.: «Contratos mixtos», en *Diccionario de Contratación Pública*, J. BERMEJO VERA (dir.), Iustel, Madrid, 2009, págs. 222 y 223.
- BLANQUER CRIADO, D.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Guía Práctica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pág. 78.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 132, 2006, págs. 609 a 644.
- «La nueva Ley de Contratos del Sector Público: ámbito de aplicación y otras cuestiones novedosas. Especial referencia al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado (CPP)», en *Derecho Administrativo del siglo XXI*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2007, págs. 191 a 284.
- ESCRIHUELA MORALES, F. J.: *La contratación del sector público. Especial referencia a los contratos de suministros y servicios*, La Ley, Madrid, 2007, pág. 432.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Artículo 6», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, Civitas, Madrid, 1996, págs. 124 y 125.
- GARCÍA MACHO, R.: «Artículo 6. Contratos mixtos», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales*, R. GARCÍA MACHO (dir.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «Contrato de colaboración público-privada», núm. 170 de esta REVISTA, 2006, págs. 7 a 39.
- JIMÉNEZ APARICIO, E.: «Comentario al artículo 120», en *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, E. JIMÉNEZ APARICIO (coord.), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- LAZO VITORIA, X.: «Comentario a los artículos 13 a 17, Contratos sujetos a una regulación armonizada», en *Comentarios a la Legislación de Contratación Pública*, E. JIMÉNEZ APARICIO (coord.), tomo I, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A.: «“Un mundo para Sara”. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», núm. 178 de esta REVISTA, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F.: «Artículo 6. Contratos mixtos», en *Nuevo régimen de contratación administrativa*, La Ley, Madrid, 2003, pág. 108.
- SAINZ MORENO, F.: «Temas objeto de debate en la nueva Ley», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, R. GÓMEZ-FERRER (dir.), Civitas, Madrid, 1996, págs. 75 a 78.
- RUIZ CARLÓN, M.: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, núm. 140, 2008, págs. 653 a 684.
- VILLAR EZCURRA, J. L.: «Artículo 6.º: Contratos mixtos», en *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, tomo I: *El sistema contractual administrativo*, Comares, Granada, 2002, págs. 415-442.

