

**ASPECTOS JURÍDICOS PARA LA CONTRATACIÓN DE LAS EMPRESAS DE SERVICIOS  
ENERGÉTICOS**

Notas para la mesa redonda

**AFRONTANDO RETOS PARA LA GESTIÓN EFICIENTE DE LA  
ENERGÍA DESDE LA ADMINISTRACIÓN LOCAL: LAS EMPRESAS DE  
SERVICIOS ENERGÉTICOS EN ANDALUCÍA**

Marbella, 18 de septiembre de 2013

Federación Andaluza de Municipios y Provincias/ Agencia Andaluza de la Energía/ Endesa

José Ignacio Martínez García  
Presidente de COSITAL Andalucía  
Jefe del Servicio de Asistencia a Municipios  
de la Excma. Diputación Provincial de Granada

## **SUMARIO**

### **I. INTRODUCCIÓN**

### **II. LA CONTRATACIÓN CON LAS EMPRESAS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS**

- Naturaleza jurídica de la relación que une a las ESE y las Administraciones públicas.
- Sometimiento a 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 (TRLCSP)
- Naturaleza del contrato
- Sujetos del contrato
- Objeto del contrato (prestaciones)
- Financiación del contrato
- Riesgo
- Tipo de contrato
  - El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado
  - Contratos mixtos
- Selección del contratista
  - Diálogo competitivo
  - Procedimientos abierto, restringido o negociado
  - Base de datos de Empresas
  - Doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación
- Precio del contrato
  - Doctrina de las Juntas Consultivas de Contratación
- Duración del contrato
- Peculiaridades legales en la contratación de las ESE

### **III. CONCLUSIONES**

## I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2006/32/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, sobre la eficiencia del uso final de la energía y los servicios energéticos y por la que se deroga la Directiva 93/76/CEE del Consejo, que permanecerá en vigor hasta el 4 de junio de 2014<sup>1</sup>, reconoce que existe en la Comunidad la necesidad de mejorar la eficiencia del uso final de la energía, gestionar la demanda energética y fomentar la producción de energía renovable, ya que no queda relativamente margen para influir de otro modo en las condiciones del suministro y la distribución de energía a corto y medio plazo, ya sea creando nueva capacidad o mejorando la transmisión y la distribución.

Los destinatarios de esta Directiva (artículo 20), son los Estados miembros, que deberán proceder a su trasposición, es decir, a adoptar las medidas normativas necesarias para cumplir sus resultados y objetivos.

España ha regulado las empresas de servicios energéticos, de modo somero ciertamente, mediante el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo, cuyo capítulo V "Medidas relativas a los sectores energéticos" define a las empresas de servicios energéticos (artículo 19) y establece una serie peculiaridades de carácter transitorio para contratación de estas empresas con el sector público (artículo 20).

Las directivas de la Unión Europea son un tipo de norma jurídica que exige su trasposición por los Estados, obligan en cuanto al resultado a alcanzar, pero dan libertad de medios para lograrlo. En este caso debe entenderse "Estado" en su sentido amplio, no equivalente en España a la Administración del Estado, sino al conjunto de todos los entes territoriales que componen el Estado español, que en virtud de lo dispuesto en el artículo 137 de la Constitución, incluye a las comunidades autónomas y a las entidades que integran la Administración Local.

Por lo tanto, también las entidades locales se encuentran concernidas por esta Directiva 2006/32/CE y deben adoptar las medidas necesarias para coadyuvar a la consecución de sus objetivos.

---

<sup>1</sup> El artículo 27 de la Directiva 27/2012 de 25 de octubre la deroga con efectos de 5 de junio de 2014, salvo lo dispuesto en su artículo 4, apartados 1 a 4, y sus anexos I, III y IV.

El Gobierno ha aprobado su 2º Plan de Acción Nacional de Eficiencia Energética en España 2011-2020 y dentro de la Administración Pública se han aprobado dos planes que tratan de potenciar los servicios energéticos en este sector:

- Plan de Activación de la eficiencia energética en los edificios de la Administración General del Estado: publicado el 14 de enero de 2010 conocido como Plan 330 ESEs, aprobado por el Consejo de Ministros el 11 de diciembre de 2009. Su objetivo es conseguir que 330 centros consumidores de energía, pertenecientes a la Administración General del Estado, reduzcan su consumo de energía en un 20% en el año 2016, mediante la realización de medidas de ahorro y eficiencia energética, bajo la modalidad de contratos de servicios energéticos, realizadas por empresas de servicios energéticos (ESEs).
- Plan de impulso a la contratación de servicios energéticos (Plan 2000 ESEs): aprobado por el Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010. El objeto de este nuevo plan era conseguir un ahorro energético en 2.000 centros consumidores de energía de propiedad pública. El Plan se desglosa en tres subprogramas de actuación en función de la titularidad de los centros consumidores de energía: Subprograma Administración Local, Administración Autonómica y Administración General del Estado.

## II. LA CONTRATACIÓN CON LAS EMPRESAS DE SERVICIOS ENERGÉTICOS

### **Naturaleza jurídica de la relación que une a las ESE y las Administraciones públicas.**

Las relaciones jurídicas que mantengan las ESE con las Administraciones Públicas (o con entes del sector público) poseen la naturaleza de contratos.

Aunque parezca una obviedad, deben excluirse la instrumentación de este tipo de relaciones por medio de convenios entre las ESE y los entes públicos. Algunas empresas han propuesto a ayuntamientos la realización de auditorías energéticas "gratuitas" para el Ayuntamiento en principio, salvo que la Corporación decidiera no adoptar las medidas propuestas por las ESE. En caso de adoptar las medidas propuestas, el pago de la auditoría correría a cargo de la ESE que implantara dichas medidas.

Como puede observarse con facilidad, al final, de uno u otro modo, el ayuntamiento acaba pagando la auditoría pero la empresa que la ha realizado se ha librado de concurrir en un proceso de licitación y de someterse a los principios y normas de la contratación pública, lo que es contrario al principio de igualdad que informa nuestro ordenamiento jurídico.

Por su hubiera alguna duda sobre la relación claramente contractual de la relación jurídica de este tipo de negocio jurídico, el artículo 20 del Real Decreto-Ley 6/2010 deja claro su sometimiento a la legislación sobre contratos públicos.

### **Sometimiento a 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 (TRLCSP)**

Resulta de aplicación la regulación de los contratos del TRLCSP.

No resulta de aplicación la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, pues su artículo 5 excluye de su ámbito subjetivo a las Administraciones Públicas y su artículo 9 delimita un ámbito objetivo que excluye las prestaciones típicas de las ESE.

## **Naturaleza del contrato**

Son contratos administrativos si son celebrados por Administraciones públicas y contratos privados si quienes los celebran son entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas (artículo 19 y 20 TRLCSP). Tienen consideración de Administración Pública, a los efectos del TRLCSP, los entes señalados en su artículo 3.2.

Estarán sujetos a regulación armonizada aquellos contratos que se encuentren dentro del ámbito del artículo 13 del TRLCSP, es decir, los de colaboración entre el sector público y el sector privado en todo caso, y los de suministro y servicios incluidos dentro de las categorías de 1 a 16 del anexo II del TRLCSP y superen los umbrales establecidos, siempre que la entidad contratante sea un poder adjudicador.

## **Sujetos del contrato**

De un lado tendremos a una Administración local (Ayuntamiento) y de otra a una Empresas de Servicios Energéticos (ESE)

Tanto la Directiva 2006/32/CE como el Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, dan una definición coincidente de "empresa de servicios energéticos":

El artículo 3.i) de dicha directiva define a la «empresa de servicios energéticos» (ESE), como "una persona física o jurídica que proporciona servicios energéticos o de mejora de la eficiencia energética en las instalaciones o locales de un usuario y afronta cierto grado de riesgo económico al hacerlo. El pago de los servicios prestados se basará (en parte o totalmente) en la obtención de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos".

Por su parte, el artículo 19.1 del real Decreto-ley 6/2010 indica:

Se entiende por empresa de servicios energéticos a los efectos de este Real Decreto-ley aquella persona física o jurídica que pueda proporcionar servicios energéticos, en la forma definida en el párrafo siguiente, en las instalaciones o locales de un usuario y afronte cierto grado de riesgo económico al hacerlo. Todo ello, siempre que el pago de los servicios prestados se base, ya sea en parte o

totalmente, en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos.

### **Objeto del contrato (prestaciones)**

El servicio energético prestado por las ESE consistirá en un conjunto de prestaciones incluyendo la realización de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para optimizar la calidad y la reducción de los costes energéticos.

Esta actuación podrá comprender además de la construcción, instalación o transformación de obras, equipos y sistemas, su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión derivados de la incorporación de tecnologías eficientes.

Se trata por tanto de prestaciones de distinta naturaleza, de las cuales pueden ser contratadas todas o alguna de ellas.

Una posible cadena secuencial sería la siguiente:

- Auditoría energética
- Planteamiento de soluciones
- Ejecución del proyecto
  - Gestión, suministro energético o ambas.
  - Redacción del proyecto de instalación
  - Ejecución del proyecto de instalación
- Mantenimiento, gestión y optimización

Cada una de estas categorías ofrece posibilidades de un desarrollo más detallado, en el que no se entra por razones de tiempo de la exposición<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> Por ejemplo, estudios de viabilidad de ingeniería, auditorías energéticas; diseño del proyecto, adquisición, instalación y recepción de equipos; suministro y comercialización de energía; operación y mantenimiento de los equipos; lectura de medidores; servicios de calidad del aire en el interior, gestión de la información de energía; servicios de formación y concienciación; apoyo en materia de sostenibilidad y cumplimiento medioambiental, medición y verificación para determinar ahorros reales; garantías de ahorros y de rendimiento de los equipos, etc.

## **Financiación del contrato**

Existen dos modelos financieros dominantes, el de ahorros compartidos y el de ahorros garantizados<sup>3</sup>.

El modelo de ahorros compartidos se practica actualmente en Europa y, en menor extensión en EEUU y Canadá. Durante 10 años, fue el único tipo de contrato en Norteamérica. La viabilidad económica del modelo de ahorros compartidos se basa en el precio de la energía. Por ello, en tanto en cuanto los precios de la energía se mantengan o aumenten, el proyecto se pagará por sí mismo si se alcanza la mejora de rendimiento esperada.

Después de que a mediados de 1980 los precios de la energía cayeran, se promovió el desarrollo de un modelo que no dependía de forma absoluta del precio de la energía para establecer la viabilidad económica del proyecto. Las ESE en Norteamérica evolucionaron al modelo de ahorros garantizados de energía.

En el sistema de ahorros garantizados, por lo general, no existe acuerdo contractual entre la ESE y el financiador pero éste suele exigir una serie de condiciones técnicas, legales y económicas al contrato entre el cliente y la ESE para garantizarse el repago de la deuda.

En el sistema de ahorros compartidos el cliente no guarda relación con la entidad financiera y, por tanto, todos los ahorros deben producirse en las instalaciones o procesos del cliente, crece el riesgo para la ESE y el financiador.

Las alternativas planteadas dependen principalmente de dos factores: responsabilidad de la deuda y esquema de reparto de los ahorros. En función de estos factores, el periodo de amortización de la inversión y el periodo de duración del contrato una vez concluida la amortización de la inversión, serán diferentes.

## **Riesgo**

Dado que el pago de los servicios prestados se basará en parte o totalmente en la obtención de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos, ello supone que el empresario asume parte del riesgo.

---

<sup>3</sup> La información de este apartado procede del documento "Funciones y modelos de Contratación de una Empresa de Servicios Energéticos". Antonio Baena. Garrigues, Medio Ambiente. 17 de febrero de 2010.



La asunción de riesgo por el contratista es un elemento consustancial a la relación contractual. Sin riesgo no hay contrato.

El propio Real Decreto-Ley 6/2010, al definir a una ESE exige que ella "afronte cierto grado de riesgo económico al hacerlo".

Ahora bien, el riesgo puede ser en mayor o menor medida compartido con el ayuntamiento. La respuesta clara en el contrato a la pregunta: ¿Qué ocurre si los ahorros energéticos no son los previstos?, tanto para el caso de que sean inferiores como de que sean superiores a los previstos, darán cuenta, entre otras circunstancias, del reparto del riesgo.

### **Tipo de contrato**

No hay un único tipo de contrato dadas las diferentes alternativas técnicas, financieras, el diferente régimen jurídico de elementos del contrato (tales como la amortización de las inversiones, duración del contrato, reparto del ahorro, riesgo para el contratista,...), en definitiva, dada la gran variedad de fórmulas contractuales.

#### El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado

Son contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (artículo 11 TRLCSP) aquellos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial encarga a una entidad de derecho privado, por un período determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados objetivos de servicio público o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

- a) La construcción, instalación o transformación de obras, equipos, sistemas, y productos o bienes complejos, así como su mantenimiento, actualización o renovación, su explotación o su gestión.
- b) La gestión integral del mantenimiento de instalaciones complejas.

...

Esta modalidad contractual posee carácter subsidiario en el TRLCSP, es decir, sólo se podrá usar cuando previamente se haya puesto de manifiesto, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas. Para ello con carácter previo a la iniciación del expediente de contrato se deberá elaborar un documento de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación.

En este tipo de contratos el contratista puede asumir, en los términos previstos en el contrato, la dirección de las obras que sean necesarias, así como realizar, total o parcialmente, los proyectos para su ejecución y contratar los servicios precisos.

Una de las peculiaridades del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado es que la contraprestación a percibir por el contratista consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento, lo que puede identificarse fácilmente con el ahorro energético propio de los contratos con as ESE.

Estos contratos se regirán por las normas generales contenidas en el Título I del Libro V del TRLCSP y por las especiales correspondientes al contrato típico cuyo objeto se corresponda con la prestación principal de aquél, en lo que no se opongan a su naturaleza, funcionalidad y contenido peculiar.

Se trata de un tipo de contrato adecuado para la contratación de las ESE, dado por un lado que se trata de un contrato típico, por lo que su régimen jurídico está recogido en el TRLCSP, pero a la vez es suficientemente flexible como para amparar toda la variedad técnica y de contraprestaciones propias de estos contratos. Por otro lado, se trata de un contrato de gran complejidad, tanto en el proceso de selección como por la indeterminación de su contenido (frente a la seguridad de un pliego prescripciones técnicas), por lo que se considera adecuado sólo para las grandes Corporaciones.

## Contratos mixtos

Son contratos mixtos aquellos que contienen prestaciones correspondientes a otro u otros de distinta clase. Su régimen jurídico será mixto, atendiendo a las diferentes contraprestaciones.

La doctrina mayoritaria sostiene que los contratos con las ESE pueden ser un contrato mixto de suministro y servicios (es el caso de Bollullos de la Mitación), pero en ningún caso un contrato de obra, de concesión de obra pública o de gestión de servicio público<sup>4</sup>.

En cada caso habrá que atender a las peculiaridades de las prestaciones exigidas.

## **Selección del contratista**

### Diálogo competitivo

Si optamos por un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, el sistema de selección será el diálogo competitivo, salvo que nos encontremos ante algunas de las causas excepcionales del apartado a) del artículo 170 TRLCSP que permiten el procedimiento negociado<sup>5</sup>.

En el diálogo competitivo, el órgano de contratación dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta (artículo 179 TRLCSP).

En este sistema de selección los órganos de contratación publicarán un anuncio de licitación en el que darán a conocer sus necesidades y requisitos, que definirán en dicho anuncio o en un documento descriptivo.

---

<sup>4</sup> No obstante, esta doctrina no es unánime, así el catedrático de Derecho Administrativo Juan Miguel de la Cuátara, en una conferencia impartida en el Colegio Oficial de Ingenieros Industriales, que puede verse en <http://www.youtube.com/watch?v=IcNopChoIEU> defendió la posibilidad de un contrato de concesión de obra pública para este tipo de prestaciones.

Por su parte, la Editorial El Derecho, en su consulta ED 2012/15581 considera posible un contrato mixto de obras y suministro para un Ayuntamiento que pretendía contratar el suministro de bombillas del alumbrado público y la instalación de éstas.

<sup>5</sup> Artículo 170 TRLCSP

*En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos:*

*a) Cuando las proposiciones u ofertas económicas en los procedimientos abiertos, restringidos o de diálogo competitivo seguidos previamente sean irregulares o inaceptables por haberse presentado por empresarios carentes de aptitud, por incumplimiento en las ofertas de las obligaciones legales relativas a la fiscalidad, protección del medio ambiente y condiciones de trabajo a que se refiere el artículo 119, por infringir las condiciones para la presentación de variantes o mejoras, o por incluir valores anormales o desproporcionados, siempre que no se modifiquen sustancialmente las condiciones originales del contrato.*

Serán de aplicación en este procedimiento las normas propias del procedimiento restringido relativas a criterios para la selección de candidatos, solicitudes de participación, contenido de las invitaciones e información a los invitados y proposiciones (artículos 163 a 167 TRLCSP). No obstante, en caso de que se decida limitar el número de empresas a las que se invitará a tomar parte en el diálogo, éste no podrá ser inferior a tres.

El órgano de contratación desarrollará, con los candidatos seleccionados, un diálogo cuyo fin será determinar y definir los medios adecuados para satisfacer sus necesidades. En el transcurso de este diálogo, podrán debatirse todos los aspectos del contrato con los candidatos seleccionados.

Durante el diálogo, el órgano de contratación dará un trato igual a todos los licitadores y, en particular, no facilitará, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados licitadores con respecto al resto.

El órgano de contratación no podrá revelar a los demás participantes las soluciones propuestas por un participante u otros datos confidenciales que éste les comunique sin previo acuerdo de éste.

El procedimiento podrá articularse en fases sucesivas, a fin de reducir progresivamente el número de soluciones a examinar durante la fase de diálogo mediante la aplicación de los criterios indicados en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo, indicándose en éstos si se va a hacer uso de esta posibilidad. El número de soluciones que se examinen en la fase final deberá ser lo suficientemente amplio como para garantizar una competencia efectiva entre ellas, siempre que se hayan presentado un número suficiente de soluciones o de candidatos adecuados.

El órgano de contratación proseguirá el diálogo hasta que se encuentre en condiciones de determinar, después de compararlas, si es preciso, las soluciones que puedan responder a sus necesidades.

Tras declarar cerrado el diálogo e informar de ello a todos los participantes, el órgano de contratación les invitará a que presenten su oferta final, basada en la solución o soluciones presentadas y especificadas durante la fase de diálogo, indicando la fecha límite, la dirección a la que deba enviarse y la lengua o lenguas en que puedan estar redactadas, si se admite alguna otra además del castellano.

El órgano de contratación evaluará las ofertas presentadas por los licitadores en función de los criterios de adjudicación establecidos en el anuncio de licitación o en el documento descriptivo y seleccionará la oferta económicamente más ventajosa. Para esta valoración habrán de tomarse en consideración, necesariamente, varios

criterios, sin que sea posible adjudicar el contrato únicamente basándose en el precio ofertado.

#### Procedimientos abierto, restringido o negociado

Si se opta por la modalidad de un contrato mixto, se podrán usar cualquiera de los procedimientos de selección previstos en el TRLCSP. Ordinariamente el procedimiento abierto, o el restringido, y el negociado en los supuestos excepcionales previstos por la ley. Por su puesto, también el diálogo competitivo si se considera el contrato particularmente complejo.

El contrato menor normalmente no tendrá cabida en las relaciones contractuales con las ESE dado el límite de su importe (18.000 euros) y su limitada duración (un año sin posibilidad de prórroga).

#### Base de datos de Empresas

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a través del Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía, cuenta con un Directorio de Empresas de Servicios Energéticos. Esta base de datos contiene información de contacto, servicios comercializados y ámbito geográfico de actividad de las ESE. Pueden formar parte de este directorio de Empresas de servicios energéticos (ESE) las personas físicas o jurídicas que proporcionen servicios energéticos, en las instalaciones o locales de un usuario y afronte cierto grado de riesgo económico al hacerlo. Todo ello, siempre que el pago de los servicios prestados se base, ya sea en parte o totalmente, en la obtención de ahorros de energía por introducción de mejoras de la eficiencia energética y en el cumplimiento de los demás requisitos de rendimiento convenidos.

No obstante, no parece que el Ministerio haya sido muy riguroso en la selección de las empresas que acceden al Directorio, incluyendo un total de 879 registros, es decir, a prácticamente a cualquiera que se autocalificara como ESE.

Este Directorio no tiene una función análoga o similar al registro Oficial de Licitadores y empresas clasificadas, por lo que no ofrece una garantía de solvencia técnica o económica de quienes se hayan inscrito en el mismo.

#### Doctrina de las Juntas Consultivas

El informe 6/2011 , de 5 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña permitió que el ayuntamiento dirigiera un procedimiento de licitación

expresamente a empresas de eficiencia energética, mediante la exigencia de un determinado perfil de solvencia técnica a los licitadores:

*La exigencia de una experiencia referida a unos ámbitos materiales, y temporales y territoriales determinados se puede aceptar cuando se establezca con la finalidad de garantizar que la empresa adjudicataria del contrato es la que dispone de las condiciones necesarias para ejecutar adecuadamente el objeto contractual y siempre que su determinación se efectúe con un respeto total y absoluto al principio de proporcionalidad, de manera que la solvencia exigida mantenga una proporción adecuada entre la complejidad técnica del contrato y su dimensión económica.*

### **Precio del contrato**

El Real Decreto-ley 6/2010 nos indica que estará ligado, en todo o en parte, (al ahorro producido) por la mejora de la eficiencia energética y al cumplimiento de los requisitos de rendimiento convenidos

La normativa española introduce un elemento importante respecto a la Directiva y es que liga el precio no sólo a una mejora de la eficiencia energética, sino al ahorro que dicha mejora suponga (art. 19.1), exigiendo que el contrato lleve asociado un ahorro de energía verificable, medible o estimable (art. 19.2).

Puede haber variaciones en la remuneración del contrato a lo largo de su vida, pero los criterios que determinen estas variaciones han de estar perfectamente determinados en el contrato.

### Doctrina de las Juntas de Consultivas de Contratación

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa examinó si lo dispuesto en el TRLCSP respecto al precio de los contratos resulta compatible con el régimen de contraprestaciones previsto en el artículo 19 del Real Decreto-ley 6/2010 para las ESE.

El TRLCSP prevé la regla del precio cierto de los contratos (artículo 87 del TRLCSP) que deberá reflejarse en el contrato así como la forma de determinación (artículo 26.f) del TRLCSP).

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en informe 52/09, de 26 de febrero, ya había señalado respecto a esta cuestión que: "Como ya adelantó el

*Consejo de Estado antes de que el legislador introdujera el actual artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, como por otra parte exige el actual artículo 75.1 de la Ley de Contratos del Sector Público y exigía antes el ya derogado artículo 14 de la Ley de Contratos las Administraciones Públicas, "precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquello que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias" (dictamen del Consejo de Estado de 4 de marzo de 1993). Así el principio del precio cierto admite un precio sujeto a variaciones, aunque determinable en todo caso.*

*Ahora bien, estas variaciones deben introducirse respetando lo dispuesto en el artículo 75.4 de la Ley de Contratos del Sector Público. El mismo dispone que los contratos, cuando su naturaleza y objeto lo permitan, podrán incluir cláusulas de variación de precios en función del cumplimiento de determinados objetivos de plazos o de rendimiento."*

Aplicada esta doctrina al presente supuesto, en el que el precio se fija en todo o en parte sobre un porcentaje sobre la diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto, si se tiene en cuenta que el ahorro de energía deberá ser, de acuerdo con el artículo 19 del Real Decreto-ley 6/2010 "verificable, medible o estimable", en principio, puede cumplir con la doctrina expuesta en el informe citado. En estos casos el precio, si bien no es fijo, resulta determinable si se introducen los correspondientes parámetros que permitan cuantificar su variación en base a los ahorros de consumo energético verificados.

Incluso podría darse el caso de la aplicación del régimen excepcional de precios provisionales previsto en el artículo 87.5 del TRLCSP para el supuesto de hecho previsto en ese apartado, es decir, "cuando, tras la tramitación de un procedimiento negociado o de un diálogo competitivo, se ponga de manifiesto que la ejecución del contrato debe comenzar antes de que la determinación del precio sea posible por la complejidad de las prestaciones o la necesidad de utilizar una técnica nueva, o que no existe información sobre los costes de prestaciones análogas y sobre los elementos técnicos o contables que permitan negociar con precisión un precio cierto." El precio en estos contratos, siguiendo el citado artículo, "se determinará dentro de los límites fijados para el precio máximo, en función de los costes en que realmente incurra el contratista y del beneficio que se haya acordado, para lo que, en todo caso, se detallarán en el contrato los siguientes extremos:

a) *El procedimiento para determinar el precio definitivo, con referencia a los costes efectivos y a la fórmula de cálculo del beneficio.*

*b) Las reglas contables que el adjudicatario deberá aplicar para determinar el coste de las prestaciones.*

*c) Los controles documentales y sobre el proceso de producción que el adjudicador podrá efectuar sobre los elementos técnicos y contables del coste de producción."*

Por otra parte, cabe reseñar que la regulación contenida en el mencionado artículo 87 del TRLCSP, por su ubicación en el Libro I, referido a la configuración general de la contratación del sector público y elementos estructurales de los contratos, es aplicable con carácter general a la contratación de todo el sector público incluido en el ámbito de aplicación de la Ley.

Bien es cierto que esta posibilidad resulta especialmente aplicable a los contratos de colaboración público-privada en los que se prevé expresamente la remuneración variable asociada a determinados objetivos de rendimiento (11.4 y 136 del TRLCSP), pero igualmente son aplicables para el caso de que los contratos sean calificados como mixtos, de suministro y servicios, o bien como contrato de servicios.

En el ámbito del contrato administrativo de servicios se establece un precepto específico sobre el pago del precio en el artículo 302 del TRLCSP ( que establece que *"En el pliego de cláusulas administrativas se establecerá el sistema de determinación del precio de los contratos de servicios, que podrá estar referido a componentes de la prestación, unidades de ejecución o unidades de tiempo, o fijarse en un tanto alzado cuando no sea posible o conveniente su descomposición, o resultar de la aplicación de honorarios por tarifas o de una combinación de varias de estas modalidades"*, pero dicha previsión no está en modo alguno en contradicción con lo expuesto, ya que deja abierta la posibilidad a que el precio sea fijo o variable por referencia a parámetros que permitan su determinación, siguiendo las regla general expuesta.

Por todo ello la Junta Consultiva de Contratación Administrativa llegó a la conclusión de que en los contratos del sector público con ESE para la implantación de un proyecto de mejora de la eficiencia energética, resulta posible que el precio se fije en todo o en parte sobre un porcentaje sobre la diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto.



## **Duración del contrato**

Independientemente de la modalidad contractual que se utilice, está claro que la duración del contrato deberá estar ligada a la amortización de las inversiones realizadas o a las fórmulas de financiación que se prevean.

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado tiene una duración máxima de 20 años (art. 314 TRLCSP), lo que debe ser suficiente para la amortización de la inversión realizada por una ESE.

El contrato de suministro no tiene establecido plazo máximo de duración.

El contrato de servicio tiene una duración máxima de cuatro años, seis con prórroga (art. 303 TRLCSP), lo que resulta totalmente inadecuado para la contratación con las ESE.

Si nos encontramos ante un contrato mixto servicios-suministro, el artículo 12 TRLCSP nos indica que deberemos atenernos a la prestación que tenga más importancia desde el punto de vista económico "para la determinación de las normas que deban observarse en su adjudicación", pero no hace referencia al contenido mismo del contrato.

El contenido del contrato será el propio del contrato de suministro o de servicios, según lo que estemos regulando. En cuanto al plazo, habrá que estar a las reglas del contrato de suministro, so pena de hacer inviable la contratación con las ESE.

No obstante, y dada la naturaleza política de las Administraciones Locales, con elecciones periódicas cada cuatro años, no convendría alargar la vida de estos contratos más allá de los 10 años, plazo que vincularía ya de por sí nada menos que a tres corporaciones.

## **Peculiaridades legales en la contratación de las ESE**

El Real Decreto-ley 6/2010 estableció durante un plazo de dos años una serie de peculiaridades que afectan únicamente a los contratos con las ESE. Dado que dicho plazo venció el 14/04/2012 sin que haya sido prorrogado, no se mencionan en estas notas.

### **III. CONCLUSIONES**

La regulación en España de la contratación con las ESE es muy parca, lo que da lugar a cierta inseguridad jurídica, pero, por contra, deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad de las partes.

En cuanto a la contratación con el sector público ha de hacerse en el marco del TRLCSP, bien íntegramente para las Administraciones públicas, bien parcialmente para el resto de entes que componen el sector público.

Las Juntas Consultivas de Contratación, tanto estatal como autonómicas, se están mostrando flexibles en su interpretación del ordenamiento jurídico en relación con la contratación con las ESE, facilitando su contratación.

El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, seleccionando al contratista mediante diálogo competitivo, parece el instrumento idóneo cuando se trate de contratos de Administraciones locales de gran tamaño.

El contrato mixto de suministro y servicios, con selección del contratista por procedimiento restringido, o mediante el procedimiento negociado, parece el más adecuado para las Administraciones locales de menor tamaño.

En los contratos deben aparecer claras las condiciones del reparto del riesgo del contrato, el precio debe estar determinado o ser determinable conforme a las reglas del propio contrato y su duración ha de ponderarse en razón de la inversión a realizar y al naturaleza política de las Administraciones locales.

En cualquier caso, es imprescindible que los pliegos de prescripciones técnicas o, en su caso, el contrato regulen con todo el pormenor posible las relaciones entre las partes.