

Ref. SUB/SCC/my-jb
Asunto: Informe 6/2009

INFORME 6/2009, DE 17 DE JULIO. TITULARIDAD DE LAS OBRAS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS. MODIFICACIÓN DEL CONTRATO. OBRAS COMPLEMENTARIAS.

Con fecha 13 de marzo de 2009, ha tenido entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, solicitud de informe por el Ayuntamiento de Benicàssim, con el siguiente tenor literal:

"A continuación se detalla consulta formulada por el Ayuntamiento de Benicàssim a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Valencia, a los efectos de esperar la respuesta correspondiente.

Agradecidos de antemano.

CONSULTA DIRIGIDA A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA:

El Ayuntamiento de Benicàssim adjudicó a la empresa RENOS SL la construcción y explotación del servicio de Piscina Municipal -contrato de concesión de obra pública- mediante Acuerdo Plenario, adjuntándose copia del contrato administrativo en el que se reproducen los Pliegos de Condiciones que rigen la contratación.

El contratista adjudicatario llevó a cabo la construcción del edificio pero en cuanto a la explotación se recogieron diferentes variantes como:

- 
- .explotación zona gimnasio.*
 - .explotación zona cafetería.*
 - .explotación zona piscina.*

El contratista adjudicatario únicamente optó a la explotación de la piscina a pesar de haber llevado a cabo la totalidad de la construcción del edificio.

Estando en estos momentos en explotación únicamente la piscina por parte del concesionario RENOS SL, por parte del Ayuntamiento existe interés en poner en marcha la explotación del resto de servicios, tales como la cafetería y el gimnasio, siendo la mejor solución que dichos servicios fueran explotados por el contratista principal -RENOS-. Planteándonos las siguientes preguntas:

1.- Del artículo 227 LCSP 30/2007 se deduce que a la finalización de la obra se procede a la firma de un "Acta de Comprobación" a los efectos de observar el correcto cumplimiento del contrato por parte del concesionario pero que, no obstante, hasta que no se produzca la finalización de la concesión no se procede a la firma del "Acta de recepción formal", a la vista de ello nos planteamos la situación de si el Ayuntamiento puede disponer sobre esas zonas de cafetería y gimnasio, construidas por el concesionario, es decir, si puede poner en marcha las diferentes

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 6/2009

soluciones para su explotación o por el contrario el edificio hasta que no finalice la construcción no es nuestro.

2.- En el caso de que sí podamos poner en marcha fórmulas para su explotación, es obvio, que la mejor solución es reconducirlo al contratista principal, actual concesionario, por lo tanto, planteamos dos soluciones, considerando más adecuada la segunda, siendo las siguientes:

▪ A través de una modificación del contrato de concesión de obra pública: artículo 202 y 226 LCSP 30/2007.

- Implica variación de su objeto: se añaden nuevas zonas de explotación.*
- Implica variaciones económicas: nuevo plan económico-financiero.*
- Justificación de la modificación: improbable la justificación de "causas imprevistas".*
- Modificación que previsiblemente supondrá más de un 20%.*

▪ Vía ampliación del contrato/realización de obras complementarias: artículo 233 con 155 LCSP.

El artículo 202 segundo párrafo establece que no tienen la consideración de modificaciones del contrato las ampliaciones de su objeto que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo o que consistan en la realización de una prestación susceptible de utilización o aprovechamiento independiente o dirigida a satisfacer finalidades nuevas no contempladas en la documentación preparatoria del contrato, debiendo ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse, en su caso, el régimen previsto para la contratación de prestaciones complementarias si concurren las circunstancias previstas en el artículo 155b) de la LCSP: "aplicación del procedimiento negociado sin publicidad para llevar a cabo la adjudicación del "contrato complementario".

El citado artículo 155b) añade además dos requisitos:

Se ha de tratar de obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, o en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla y cuya ejecución se confíe al contratista de la obra principal o al concesionario de la obra pública de acuerdo con los precios que rijan para el contrato primitivo o que, en su caso, se fijen contradictoriamente.

Que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar graves inconvenientes a la Administración (la obra global ya la ha hecho el concesionario actual y además esas zonas de cafetería y gimnasio forman parte del todo y a algunas de ellas se accede por la zona de la piscina) o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 6/2009

para su perfeccionamiento y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50% del precio primitivo del contrato.

Nos gustaría recibir respuesta en relación a:

-Posibilidad de poner en marcha los trámites necesarios para la explotación de las zonas de cafetería y gimnasio, es decir, aclaración relativa a si somos los propietarios del edificio o no.

-De las dos vías expuestas anteriormente la posibilidad de indicar la más idónea teniendo en cuenta que el edificio ha sido construido por el concesionario y, previsiblemente, es titular del mismo pues hasta la concesión no se firmará el acta de recepción. “

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Ante todo hay que afirmar que la contratación sometida a consulta se rige por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, dada la fecha de su adjudicación en 2006, a excepción de las obras complementarias, dado que se trata de un procedimiento que se iniciaría con la Ley de Contratos del Sector Público ya en vigor.

La primera de las cuestiones que plantea el Ayuntamiento consultante, no es propiamente una cuestión objeto de esta Junta, puesto que se trata de reconocer la titularidad o no de las obras, siendo más una cuestión de Patrimonio. No obstante esta Junta hace una serie de consideraciones al respecto.

1ª.- El contrato de concesión de obra pública ha sido tratado en nuestra legislación de contratación de diferente manera que en el Derecho comunitario. Mientras en éste se incardina en el contrato de obras, en nuestra legislación, con motivo de la Ley 13/2003 de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas y posteriormente su inclusión en el Texto Refundido 2/2000, de 16 de junio, de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y la actual Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, forma un tipo contractual distinto al contrato de obras a diferencia de su regulación en la Directiva 2004/18/CE y precedentes. Duramente criticada fue la Ley 13/2003, así como los correspondientes artículos introducidos en el Texto Refundido al considerar la mera explotación de una obra ya construida objeto de un contrato de concesión de obras públicas. No es sino en la actual Ley de Contratos del Sector Público cuando desaparece esta conceptualización, definiendo dicho contrato prácticamente en los términos de la Directiva 2004/18/CE.

2ª.- Lo que es incuestionable en el contrato de concesión de obras públicas es que las obras son el objeto principal, por lo que si estas fueran meramente accesorias estaríamos ante otra figura contractual distinta, (STJCEE sentencia de 19 de abril de 1994 en el Asunto C-331/92. Gestión Hotelera Internacional S.A. e Informe de esta Junta superior 3/2004 de 11 de marzo). Evidentemente la lógica consecuencia es que en la ejecución de las obras rigen las disposiciones del contrato de obras (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 23 de enero de 2006).

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 6/2009

3ª.- Ahora bien el hecho de que éstas deban necesariamente ejecutarse en el dominio público, por la figura concesional propia de nuestro derecho, convierten al contratista en concesionario, no en propietario de las obras pero sí en titular de un derecho del uso y disfrute en condiciones similares al propietario, por tanto equiparable a la posesión, que, de acuerdo con la doctrina y legislación, se denomina *derecho real administrativo*.

Así el Art. 97 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas dispone:

1. *El titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión.*

2. *Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la presente sección de esta ley, los derechos y obligaciones del propietario.*

Es de hacer notar que esta vis del status de concesionario, ha llevado incluso a manifestar a la Dirección General de Tributos del Ministerio de Economía y Hacienda que el órgano concedente detenta una titularidad "formal" que no "real" (Vid. Resoluciones de 05/11/2007 y 10/10/2008, en respuesta a las consultas vinculantes núm.V2339-07 y V1823-08, respectivamente).

4ª. Unido a todo lo anterior, no debemos dejar pasar que, como bien dice el consultante, la recepción de las obras, instalaciones y otros bienes se produce una vez finalizado el plazo concesional, momento en el cual revierten a la Administración concedente y se integran en su patrimonio, y consecuentemente, desaparece la carga que pesa sobre la obra pública, es decir el derecho real administrativo.

El acta de comprobación no puede subsumir los efectos del acta de recepción, dado que la función del acta de comprobación no es otra que la de constatar que la ejecución de las obras se ha realizado de acuerdo con el proyecto, previsiones y cláusulas de los pliegos correspondientes. Resulta imprescindible confirmar que las obras se encuentran en condiciones de prestar el servicio. Se trata, en definitiva, del pronunciamiento previo del concedente de que el bien resulta apto para su finalidad. Por ello no podemos menos que refutar el pliego de cláusulas administrativas remitido por el órgano consultante que, lejos de atenerse a este tipo de contrato, una vez finalizada las obras, exige un acta de recepción de las mismas.

Todas estas consideraciones nos llevan a afirmar que, aún siendo la titularidad de las obras del Ayuntamiento de Benicàssim, el concesionario ostenta un derecho real administrativo asimilable a la posesión sobre todo el inmueble aunque su contrato únicamente prevea la explotación de la piscina y zonas directamente relacionadas con ésta. Por lo que el Ayuntamiento consultante no podría en ningún modo actuar al margen del concesionario.

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 6/2009

Esta problemática deviene del planteamiento del contrato controvertido y la solución arbitrada en el pliego de cláusulas administrativas, en el que la Fase II (gimnasio) y Fase III (cafetería) no fueran objeto del contrato desde su inicio, sino posible "mejora"- lo que tampoco estimamos que pueda definirse como tal, pues las mejoras recaen sobre la ejecución de lo que se contrata- lo que lleva a una situación de difícil solución al margen del concesionario contratista, por cuanto, que respondiendo a las posibles soluciones planteadas por el Ayuntamiento :

1º.- La posible modificación del contrato que plantea el Ayuntamiento, es contraria al ordenamiento jurídico de la contratación pública dado que se trataría de una alteración sustancial del objeto de la concesión contratada, introduciendo prestaciones nuevas no previstas y que determinarían en todo caso la quiebra del principio de libre concurrencia, transparencia e igualdad (vid STJCEE asunto C-496/99 "CAS Succhi di Fruta).

2º.- Las obras complementarias únicamente se pueden realizar cuando la obra principal no ha finalizado, en el caso general una vez suscrita el acta de recepción y en el caso de la concesión de obras públicas, del acta de comprobación que indica la finalización de las obras y marca el inicio de su explotación y por tanto su puesta al uso y servicio.

Llegados a este punto si las obras han sido comprobadas y puestas al uso y servicio (explotación) para lo que fueron contratadas y concedidas, no caben obras complementarias y, a mayor abundamiento las obras complementarias son aquellas que no figuren en el proyecto de concesión y su contrato inicial, pero que debido a una circunstancia imprevista pasen a ser necesarias para ejecutar la obra tal y como estaba descrita en el proyecto o en el contrato sin modificarla, siempre que las obras no puedan separarse técnica o económicamente del contrato primitivo sin causar grandes inconvenientes a la Administración o que, aunque resulten separables, sean estrictamente necesarias para su perfeccionamiento, y que el importe acumulado de las obras complementarias no supere el 50 por ciento del precio primitivo del contrato.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La titularidad del inmueble corresponde al Ayuntamiento de Benicàssim si bien el contratista concesionario dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. Este título otorga a su titular, durante el plazo de validez de la concesión y dentro de los límites establecidos en la Ley, los derechos y obligaciones del propietario.

SEGUNDA.- La modificación del contrato que plantea el Ayuntamiento es contraria al ordenamiento jurídico de la contratación pública dado que se trataría de una alteración sustancial del objeto de la concesión, introduciendo elementos nuevos no previstos a priori y que determinarían en todo caso la quiebra de los principio de libre concurrencia, transparencia e igualdad.

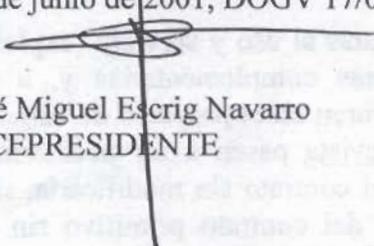
Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 6/2009

TERCERA.- Las obras complementarias únicamente se pueden realizar cuando la obra principal no ha finalizado. En el caso de la concesión de obra pública el acta de comprobación indica la finalización de las obras y su aptitud para el inicio de su explotación. Llegados a este punto si las obras han sido comprobadas y puestas al uso y servicio (explotación) para lo que fueron contratadas y concedidas, no caben obras complementarias, siendo, y a mayor abundamiento, que estas obras deben contener los elementos propios definidos en la Ley de Contratos del Sector Público para considerarse "obras complementarias".

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

VºBº EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)




José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

LA SECRETARIA DE LA
JUNTA




Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
en fecha 17 de julio de 2009.