

INFORME 6/2009, DE 17 DE JULIOL. TITULARITAT DE LES OBRES EN EL CONTRACTE DE CONCESSIÓ D'OBRES PÚBLIQUES. MODIFICACIÓ DEL CONTRACTE. OBRES COMPLEMENTÀRIES.

Amb data 13 de març del 2009, ha tingut entrada en esta Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat, sol·licitud d'informe per l'Ajuntament de Benicàssim, amb el següent tenor literal:

“A continuació es detalla consulta formulada per l'Ajuntament de Benicàssim a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de València, a l'efecte d'esperar la resposta corresponent.

Agraïts per endavant.

CONSULTA DIRIGIDA A LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA:

L'Ajuntament de Benicàssim va adjudicar a l'empresa RENOS SL la construcció i explotació del servei de Piscina Municipal -contracte de concessió d'obra pública- Mitjançant un Acord Plenari, adjuntant-se còpia del contracte administratiu en què es reproduïxen els Plecs de Condicions que regixen la contractació.

El contractista adjudicatari va dur a terme la construcció de l'edifici però quant a l'explotació es van arregar diferents variants com:

- .Explotació zona gimnàs.*
- .Explotació zona cafeteria.*
- .Explotació zona piscina.*

El contractista adjudicatari únicament va optar a l'explotació de la piscina a pesar d'haver dut a terme la totalitat de la construcció de l'edifici.

Estant en estos moments en explotació únicament la piscina per part del concessionari RENOS SL, per part de l'Ajuntament hi ha interès a posar en marxa l'explotació de la resta de servicis, com ara la cafeteria i el gimnàs, sent la millor solució que els dits servicis foren explotats pel contractista principal -RENOS-. Plantejant-nos les preguntes següents:

1.- De l'article 227 LCSP 30/2007 es deduïx que a la finalització de l'obra es procedix a la firma d'una "Acta de Comprovació" a l'efecte d'observar el correcte compliment del contracte per part del concessionari però que, no obstant això, fins que no es produïska la finalització de la concessió no es procedix a la firma del "Acta de recepció formal", a la vista d'això ens plantejem la situació de si l'Ajuntament pot disposar sobre eixes zones de cafeteria i gimnàs, construïdes pel concessionari, és a dir, si pot posar en marxa les diferents solucions per a la seua explotació o al contrari l'edifici fins que no finalitze la construcció no és nostre.

2.- En el cas que sí que puguem posar en marxa fórmules per a la seua explotació, és obvi, que la millor solució és reconduir-ho al contractista principal, actual concessionari, per tant, plantejem dos solucions, considerant més adequada la segona, sent les següents:

•A través d'una modificació del contracte de concessió d'obra pública: article 202 i 226 LCSP 30/2007.

– Implica variació del seu objecte: s'afigen noves zones d'explotació.

Implica variacions econòmiques: nou pla econòmic-financer.

Justificació de la modificació: improbable la justificació de "causes imprevistes".

Modificació que previsiblement suposarà més d'un 20%.

•Via ampliació del contracte/realització d'obres complementàries: article 233 amb 155 LCSP.

L'article 202 segon paràgraf estableix que no tenen la consideració de modificacions del contracte les ampliacions del seu objecte que no puguin integrar-se en el projecte inicial per mitjà d'una correcció del mateix o que consistisquen en la realització d'una prestació susceptible d'utilització o aprofitament independent o dirigida a satisfer finalitats noves no previstes en la documentació preparatòria del contracte, havent de ser contractades de forma separada, podent aplicar-se, si és el cas, el règim previst per a la contractació de prestacions complementàries si concorren les circumstàncies previstes en l'article 155b) de la LCSP: "aplicació del procediment negociat sense publicitat per a dur a terme l'adjudicació del "contracte complementari".

El citat article 155b) afig a més dos requisits:

S'ha de tractar d'obres complementàries que no figuren en el projecte ni en el contracte, o en el projecte de concessió i el seu contracte inicial, però que a causa d'una circumstància imprevista passen a ser necessàries per a executar l'obra tal com estava descrita en el projecte o en el contracte sense modificar-la i l'execució del qual es confie al contractista de l'obra principal o al concessionari de l'obra pública d'acord amb els preus que regisquen per al contracte primitiu o que, si és el cas, es fixen contradictòriament.

Que les obres no puguin separar-se tècnica o econòmicament del contracte primitiu sense causar greus inconvenients a l'Administració (l'obra global ja l'ha fet el concessionari actual i a més eixes zones de cafeteria i gimnàs formen part del tot i a algunes d'elles s'accedix per la zona de la piscina) o que, encara que resulten separables, siguen estrictament necessàries

per al seu perfeccionament i que l'import acumulat de les obres complementàries no supere el 50% del preu primitiu del contracte.

Ens agradaria rebre resposta en relació a:

-Possibilitat de posar en marxa els tràmits necessaris per a l'explotació de les zones de cafeteria i gimnàs, és a dir, aclariment relatiu a si som els propietaris de l'edifici o no.

-De les dos vies exposades anteriorment la possibilitat d'indicar la més idònia tenint en compte que l'edifici ha sigut construït pel concessionari i, previsiblement, és titular del mateix perquè fins a la concessió no es firmarà l'acta de recepció. “

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

Abans que res cal afirmar que la contractació sotmesa a consulta es regix pel Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, donada la data de la seua adjudicació en 2006, a excepció de les obres complementàries, atés que es tracta d'un procediment que s'iniciaria amb la Llei de Contractes del Sector Públic ja en vigor.

La primera de les qüestions que planteja l'Ajuntament consultant, no és pròpiament una qüestió objecte d'esta Junta, ja que es tracta de reconèixer la titularitat o no de les obres, sent més una qüestió de Patrimoni. No obstant esta Junta fa una sèrie de consideracions respecte d'això:

1a.- El contracte de concessió d'obra pública ha sigut tractat en la nostra legislació de contractació de diferent manera que en el Dret comunitari. Mentre en este s'incardina en el contracte d'obres, en la nostra legislació, amb motiu de la Llei 13/2003 de 23 de maig, reguladora del contracte de concessió d'obres públicament i posteriorment la seua inclusió en el Text Refós 2/2000, de 16 de juny, de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, i l'actual Llei 30/2007, de Contractes del Sector Públic, forma un tipus contractual distint del contracte d'obres, a diferència de la seua regulació en la Directiva 2004/18/ CE i precedents. Durament criticada va ser la Llei 13/2003, així com els corresponents articles introduïts en el Text Refós al considerar la mera explotació d'una obra ja construïda objecte d'un contracte de concessió d'obres públiques. No és sinó en l'actual Llei de Contractes del Sector Públic quan desapareix este concepte, definint tal contracte pràcticament en els termes de la Directiva 2004/18/CE.

2a.- El que és inqüestionable en el contracte de concessió d'obres públiques és que les obres són l'objecte principal, per la qual cosa si estes foren merament accessòries estaríem davant d'una altra figura contractual distinta, (STJCEE sentència de 19 d'abril de 1994 en l'Assumpte C-331/92. Gestió Hotelera Internacional S.A. i informe d'esta Junta 3/2004 d'11 de març). Evidentment la lògica conseqüència és que en l'execució de les obres regixen les disposicions del contracte d'obres (vid. Sentència del Tribunal Suprem de data 23 de gener del 2006).

3a.- Ara bé el fet que estes deguen necessàriament executar-se en el domini públic, per la figura concessional pròpia del nostre dret, convertixen el contractista en concessionari, no en propietari de les obres però sí en titular d'un dret de l'ús i gaudi en condicions semblants al propietari, per tant equiparable a la possessió, que, d'acord amb la doctrina i legislació, es denomina *dret real administratiu*.

Així l'Art. 97 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de Patrimoni de les Administracions Públiques disposa:

1. El titular d'una concessió disposa d'un dret real sobre les obres, construccions i instal·lacions fixes que haja construït per a l'exercici de l'activitat autoritzada pel títol de la concessió.

2. Este títol atorga al seu titular, durant el termini de validesa de la concessió i dins dels límits establits en la present secció d'esta llei, els drets i obligacions del propietari.

És de fer notar que esta vis de l'estatus de concessionari, ha portat inclús a manifestar a la Direcció General de Tributs del Ministeri d'Economia i Hisenda que l'òrgan concedent té una titularitat “formal”, que no “real” (Vid. Resolucions de 05/11/2007 i 10/10/2008, en resposta a les consultes vinculants núm.V2339-07 i V1823-08, respectivament).

4a. Unit a tot l'anterior, no hem de deixar passar que, com bé diu el consultant, la recepció de les obres, instal·lacions i altres béns es produïx una vegada finalitzat el termini concessional, moment en el qual revertixen a l'Administració concedent i s'integren en el seu patrimoni, i consegüentment, desapareix la càrrega que pesa sobre l'obra pública, és a dir el dret real administratiu.

L'acta de comprovació no pot subsumir els efectes de l'acta de recepció, atés que la funció de l'acta de comprovació no és una altra que la de constatar que l'execució de les obres s'ha realitzat d'acord amb el projecte, previsions i clàusules dels plecs corresponents. Resulta imprescindible confirmar que les obres es troben en condicions de prestar el servici. Es tracta, en definitiva, del pronunciament previ del concedent sobre que el bé resulta apte per a la seua finalitat. Per això no podem menys que refutar el plec de clàusules administratives remés per l'òrgan consultant que, lluny d'atindre's a este tipus de contracte, una vegada finalitzada les obres, exigeix una acta de recepció de les mateixes.

Totes estes consideracions ens porten a afirmar que, encara sent la titularitat de les obres de l'Ajuntament de Benicàssim, el concessionari ostenta un dret real administratiu assimilable a la possessió sobre tot l'immoble encara que el seu contracte únicament preveja l'explotació de la piscina i zones directament relacionades amb ella. Per la qual cosa l'Ajuntament consultant no podria de cap manera actuar al marge del concessionari.

Esta problemàtica esdevé del plantejament del contracte controvertit i la solució arbitrada en el plec de clàusules administratives, en el que la Fase II (gimnàs) i Fase III (cafeteria) no foren objecte del contracte des del seu inici, sinó possible “millora” -cosa que tampoc estimem que pugua definir-se com a tal, perquè les millores recauen sobre l'execució del que es contracta- el que porta a una situació de difícil solució al marge del concessionari contractista, per quant, que responen a les possibles solucions plantejades per l'Ajuntament :

1r.- La possible modificació del contracte que planteja l'Ajuntament, és contrària a l'ordenament jurídic de la contractació pública atés que es tractaria d'una alteració substancial de l'objecte de la concessió contractada, introduint prestacions noves no previstes i que determinarien en tot cas la fallida del principi de lliure concurrència, transparència i igualtat (vid STJCEE assumpte C-496/99 “CAS Succhi di Fruta”).

2n.- Les obres complementàries únicament es poden realitzar quan l'obra principal no ha finalitzat, en el cas general una vegada subscrita l'acta de recepció i en el cas de la concessió d'obres públiques, de l'acta de comprovació que indica la finalització de les obres i marca l'inici de la seua explotació i per tant la seua posada a l'ús i servici.

Arribats a este punt si les obres han sigut comprovades i posades a l'ús i servici (explotació) per al que van ser contractades i concedides, no caben obres complementàries i, amb més motiu, les obres complementàries són aquelles que no figuren en el projecte de concessió i el seu contracte inicial, però que a causa d'una circumstància imprevista passen a ser necessàries per a executar l'obra tal com estava descrita en el projecte o en el contracte sense modificar-la, sempre que les obres no puguen separar-se tècnica o econòmicament del contracte primitiu sense causar grans inconvenients a l'Administració o que, encara que resulten separables,

siguen estrictament necessàries per al seu perfeccionament, i que l'import acumulat de les obres complementàries no supere el 50 per cent del preu primitiu del contracte.

CONCLUSIONS

PRIMERA.- La titularitat de l'immoble correspon a l'Ajuntament de Benicàssim si bé el contractista concessionari disposa d'un dret real sobre les obres, construccions i instal·lacions fixes que haja construït per a l'exercici de l'activitat autoritzada pel títol de la concessió. Este títol atorga al seu titular, durant el termini de validesa de la concessió i dins dels límits establits en la Llei, els drets i obligacions del propietari.

SEGONA.- La modificació del contracte que planteja l'Ajuntament és contrària a l'ordenament jurídic de la contractació pública atés que es tractaria d'una alteració substancial de l'objecte de la concessió, introduint elements nous no previstos a *priori* i que determinarien en tot cas la transgressió dels principis de lliure concurrència, transparència i igualtat.

TERCERA.- Les obres complementàries únicament es poden realitzar quan l'obra principal no ha finalitzat. En el cas de la concessió d'obra pública l'acta de comprovació indica la finalització de les obres i la seua aptitud per a l'inici de la seua explotació. Arribats a este punt si les obres han sigut comprovades i posades a l'ús i servici (explotació) per al que van ser contractades i concedides, no caben obres complementàries, sent, i amb més motiu, que estes obres han de contindre els elements propis definits en la Llei de Contractes del Sector Públic per a considerar-se "obres complementàries".

El present informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel que es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Vist i plau:
EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(Per substitució, art. 1.a) Orde de
11 de juny del 2001, DOGV 17/07/2001)

Margarita Vento Torres

José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENT

*APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA,
en data 17 de juliol del 2009.*