

*Nuevas formas del contrato de
obra pública y del de concesión
de obra pública en la nueva Ley
de Contratos del Sector Público*


GARRIGUES

Joaquim Triadú i Vila-Abadal

- Introducción

- Contrato de obras
 - Concepto
 - Novedades
 - Aspectos más relevantes

- Contrato de concesión de obras públicas
 - Concepto
 - Novedades
 - Aspectos más relevantes

- Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).
- La Ley entró en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, (salvo su Disposición Transitoria 7ª, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación).
- La LCSP va más allá de la trasposición de la Directiva 2004/18/CE.

CONTRATO DE OBRAS

- Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto (Art. 6):
 - La realización de una obra, definida por la LCSP como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.
 - La ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I de la LCSP.
 - La realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante.
- Además de dichas prestaciones, el contrato de obras podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

- La LCSP define las diferentes prestaciones que pueden formar parte del contrato de obras (artículo 106 LCSP):
 - **Primer establecimiento:** las que dan lugar a la creación de un bien inmueble.
 - **Reforma:** ampliación, mejora, modernización, adaptación, adecuación o refuerzo.
 - **Reparación:** cuando el menoscabo se ha producido por causas fortuitas o accidentales.
 - **Gran reparación:** cuando afecten fundamentalmente a la estructura.
 - **Reparación simple:** restantes casos.
 - **Conservación y mantenimiento:** cuando el menoscabo se produce en el tiempo por el normal uso del bien.
 - **Restauración:** reparación de una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y manteniendo su funcionalidad.
 - **Rehabilitación:** reparación de una construcción conservando su estética, respetando su valor histórico y dotándola de una nueva funcionalidad, compatible con los elementos y valores originales del inmueble.
 - **Demolición:** las que tengan por objeto el derribo o la destrucción de un bien inmueble.

- Contratos de obras a tanto alzado:
 - La LCSP distingue dos supuestos:
 - Precio cerrado: podrá establecerse de acuerdo con lo establecido en el artículo 216 LCSP.
 - Restantes supuestos: podrá establecerse en las circunstancias y condiciones que determinen las normas de desarrollo de la LCSP.
- La nueva LCSP concreta las características de las obras a tanto alzado con precio cerrado (art. 216 LCSP).
 - Efecto: el precio ofertado por el adjudicatario se mantiene invariable
 - Abono mensual del precio, en la misma proporción que la obra ejecutada en el mes a que corresponda guarde con el total de la unidad o elemento de la obra de que se trate.
 - Las variantes y mejoras sobre unidades de obra con precio cerrado deberán ser ofertadas bajo esta modalidad.

- Plazo para expedir la certificación final de obra: se pasa de 2 a 3 meses desde la recepción de la obra (artículo 218.1 LCSP).
- Contrato menor: se incrementa el precio de 30.050,51 € a 50.000 € (artículo 122.3 LCSP).
- Se elimina la posibilidad de financiar una obra no susceptible de explotación con una concesión de dominio público en el área de influencia de la obra (artículos 130 - 134 TRLCAP).

- Diferentes regímenes jurídicos en función de la naturaleza del ente y del tipo y cuantía del contrato.
- Administraciones Públicas
 - Contratos administrativos (artículo 19 LCSP) .
 - Preparación, adjudicación, efectos y extinción: LCSP.
 - **Adjudicación** de los contratos de obras: podrán adjudicarse por los siguientes procedimientos (artículo 122.2. LCSP):
 - Con carácter ordinario:
 - Abierto
 - Restringido
 - En los supuestos previstos en la LCSP:
 - Negociado
 - Diálogo competitivo (nuevo procedimiento previsto para la adjudicación de contratos particularmente complejos)

● Otros entes del sector público

- Contratos privados (artículo 20 LCSP).
- Preparación y adjudicación: LCSP: distinguir entre:
 - Poderes adjudicadores: régimen aplicable en función contrato sujeto o no a regulación armonizada:
 - Contrato de obras sujeto a regulación armonizada (si cuantía igual o superior a 5.150.000 €):
 - Preparación (artículo 121.1 LCSP): aplicación de los artículos 101 a 104 de la LCSP (definición de prescripciones técnicas, condiciones especiales de ejecución del contrato, información sobre obligaciones relativas a fiscalidad, protección del medio ambiente, empleo y condiciones laborales, información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo).
 - Adjudicación (artículo 174 LCSP): aplicación de las normas establecidas para la adjudicación de los contratos de las Administraciones Públicas con matices:

- Contrato de obras no sujetos a regulación armonizada (si cuantía inferior a 5.150.000 €):
 - Preparación (artículo 121.2 LCSP): en contratos de cuantía superior a 50.000 euros se deberá aprobar un pliego en el que se establezcan las características básicas del contrato, el régimen de admisión de variantes, las modalidades de recepción de ofertas, los criterios de adjudicación, y las garantías que deban constituir, en su caso, los licitadores o el adjudicatario, siendo de aplicación lo previsto en el artículo 104 de la LCSP respecto de la información sobre las condiciones de subrogación en los contratos de trabajo.
 - Adjudicación (artículo 175 LCSP):
 - * Sometida a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.
 - * Instrucciones internas de contratación que garanticen la efectividad de los citados principios y que el contrato es adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa.
- Otros entes del sector público que no sean poderes adjudicadores (artículo 176 LCSP):
 - Adjudicación sometida a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación.
 - Instrucciones internas de contratación que garanticen la efectividad de los citados principios y que el contrato es adjudicado a la oferta económicamente más ventajosa.
 - Efectos y extinción: Derecho Privado.

- Aspectos más relevantes relativos a la **ejecución** del contrato de obras:
 - Trámites principales:



- Responsabilidad del contratista por vicios ocultos (artículo 219 LCSP):
 - Si la obra se arruina con posterioridad a la expiración del plazo de garantía por vicios ocultos de la construcción, debido a un incumplimiento del contrato por parte del contratista, responderá éste de los daños y perjuicios.
 - Plazo de esta responsabilidad del contratista: 15 años desde la recepción de las obras.
- Modificaciones del contrato (artículo 217 LCSP):
 - Obligatorias para el contratista las modificaciones que produzcan aumento, reducción o supresión de unidades de obra o sustitución de una clase de fábrica por otra, cuando ésta sea una de las comprendidas en el contrato. Necesidad de los requisitos del art. 202 LCSP y no encontrarse en los supuestos previstos en la letra e) del artículo 220 LCSP (modificaciones que impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones en el precio del contrato, en cuantía superior, en más o en menos, al 20% del precio primitivo del contrato (excluido el IVA) o represente una alteración sustancial del proyecto inicial.

- Introducción de unidades de obra no comprendidas en el contrato:
 - Los precios serán fijados por la Administración, previa audiencia del contratista.
 - Si el contratista no los aceptase, se podrán contratar con otro empresario (podrá utilizarse el procedimiento negociado sin publicidad siempre que su importe no exceda del 20% del precio primitivo del contrato).

- No tendrán la consideración de modificación del contrato las ampliaciones de su objeto:
 - Que no puedan integrarse en el proyecto inicial mediante una corrección del mismo.
 - Que consistan en la realización de una prestación:
 - (i) Susceptible de utilización o aprovechamiento independiente, o
 - (ii) Dirigida a satisfacer finalidades nuevas

En estos caso, deberán ser contratadas de forma separada, pudiendo aplicarse el régimen del artículo 155.b) LCSP.

- Las obras complementarias que no figuren en el proyecto ni en el contrato, pero que por 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, 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% del precio primitivo del contrato podrán ser adjudicadas por el procedimiento negociado sin publicidad (artículos 155 y 161 LCSP).

CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS PUBLICAS

- Contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de alguna de las siguientes prestaciones:
 - Las propias del contrato de obras:
 - Realización de una obra, definida por la LCSP como el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.
 - Ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I LCSP.
 - La realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidades del sector público contratante.
 - Se incluyen específicamente las siguientes prestaciones:
 - Reforma
 - Reparación
 - Gran reparación
 - Reparación simple
 - Conservación y mantenimiento
 - Restauración
 - A pesar de que no se incluyen expresamente, deben entenderse comprendidas entre las prestaciones de este contrato el primer establecimiento y la rehabilitación.

- El contrato podrá prever que el concesionario esté obligado a:
 - Proyectar, ejecutar, conservar, reponer y reparar aquellas obras que sean accesorias o estén vinculadas con la principal y que sean necesarias para que ésta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación.

Si las obras vinculadas o accesorias pueden ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, éstos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.
 - Efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las obras que en ellos se prevean.
- La contraprestación del concesionario puede consistir:
 - Explotación de la obra.
 - Explotación de la obra + precio.

- Objeto:
 - Ya no cabe concesión sólo para explotación.
 - Ahora sólo: primer establecimiento / reforma / reparación / conservación y mantenimiento / restauración / rehabilitación + explotación.
- Así, al suprimirse las concesiones de sólo explotación desaparecen los plazos máximos específicos de duración de dichas concesiones, estableciéndose un único plazo máximo de 40 años (artículo 244 LCSP).
- Modificación del régimen de prórrogas del contrato:
 - Se mantiene la prórroga en fase de ejecución de las obras: por retraso derivado de fuerza mayor o de causa imputable a la Administración concedente. El concesionario tendrá derecho a una prórroga en el plazo de ejecución de la obra y correlativamente y acumulativamente en el de concesión, por lo menos, igual al retraso habido, salvo que pidiere uno menos (artículo 225 LCSP).

- Sólo procederá la prórroga como mecanismo de mantenimiento del equilibrio de la concesión cuando:
 - Concurra fuerza mayor o actuaciones de la Administración.
 - Exigiéndose, adicionalmente, que más del 50% de los ingresos provenga de tarifas abonadas por los usuarios.

En este caso, la prórroga no podrá exceder del 15% de la duración inicial del contrato (artículo 241.3 LCSP)

Como el plazo inicial no podría exceder de 40 años, en este supuesto, con prórrogas, sólo podría alcanzar 46 años (frente a a los 60 años del artículo 263 del TRLCAP) .

- Se mantiene en vigor la regulación del TRLCAP relativa a la financiación privada de las concesiones de obras públicas.

- Diferentes regímenes jurídicos en función de la naturaleza del ente y del tipo y cuantía del contrato.
 - Idem contrato de obras.



- Aspectos más relevantes relativos a la **ejecución** del contrato de concesión de obras públicas:

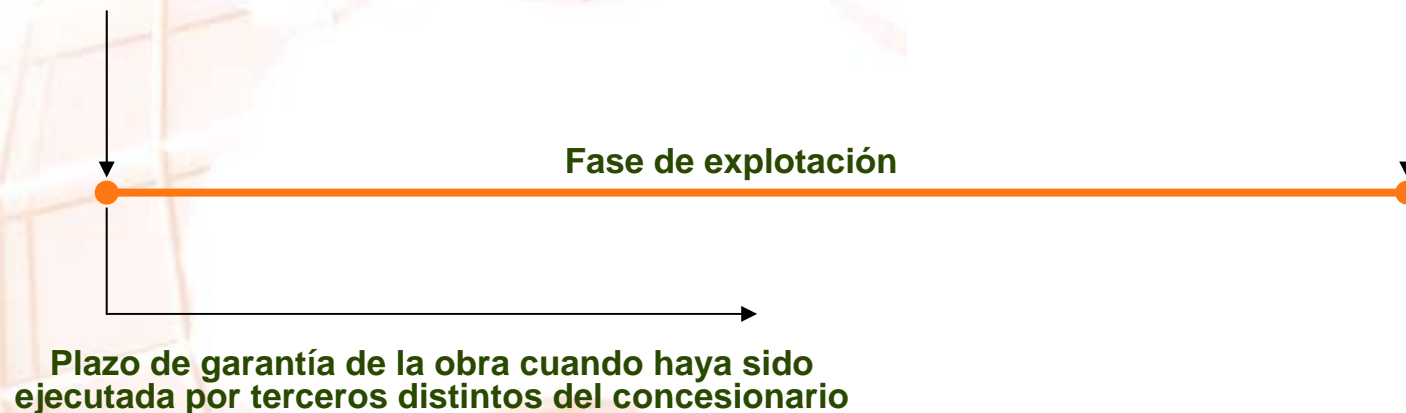
- Trámites principales:

Terminación de las obras:

- Acta de comprobación
- Documento de valoración
- Declaración de cumplimiento condiciones DIA
- Certificación final de obra (en las financiadas parcialmente por la Administración)

Termino de la concesión

- Acta de recepción



- Riesgo y ventura en la ejecución de las obras (artículo 225 LCSP).
 - Ejecución de las obras por terceros
 - El concesionario controlará la ejecución de las obras y será responsable ante el órgano de contratación de los contratos que celebre con terceros (artículo 224 LCSP).
 - Especialidad frente al régimen general de subcontratación: en caso de que se imponga al concesionario que subcontrate un porcentaje de los contratos, éste deberá representar como mínimo el 30% del valor global de las obras, frente al régimen general en el que el 30% actúa como límite máximo (artículos 210 y 249 LCSP).
 - Regulación de los procedimientos de adjudicación de estos contrato:
 - Concesionario poder adjudicador: deberá respetar las disposiciones de la LCSP sobre adjudicación del contrato de obras respecto de aquellas obras que hayan de ser ejecutadas por terceros.

- Concesionario no poder adjudicador: cuando se trate de una adjudicación a tercero, de un contrato de cuantía igual o superior a 5.150.000 euros y salvo que concurren circunstancias para su adjudicación por el procedimiento negociado sin publicidad:

- * Se aplicarán las normas de publicidad del artículo 126 LCSP.

- * El concesionario fijará:

- El plazo de recepción de solicitudes de participación (no inferior a 37 días desde la fecha de envío del anuncio de licitación).

- Plazo de recepción de las ofertas (no inferior a 40 días desde la fecha de envío del anuncio de licitación al DOUE o de la invitación a presentar una oferta).

- Zonas complementarias de explotación comercial (artículo 231 LCSP):

- Las obras públicas podrán incluir otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado (i.e. establecimientos de hostelería o estaciones de servicio).

- Incrementan la retribución del concesionario.

- Determinación de parámetros de calidad que sirvan como indicadores de la adecuada prestación del servicio, fijando las ventajas o penalizaciones que se consideren adecuadas (artículo 230.5 LCSP).

- Reequilibrio económico del contrato (artículo 241 LCSP):
 - En beneficio del concesionario o del concedente.
 - Supuestos:
 - Modificación, por razones de interés público, de las condiciones de explotación.
 - Causas de fuerza mayor o actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía de la concesión.
 - Supuestos que se prevean en el propio contrato para su revisión.
 - Medidas para el restablecimiento del equilibrio:
 - Modificación tarifas establecidas por la utilización de la obra.
 - Reducción plazo concesión.
 - Modificación cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.
 - Prórroga concesión. Sólo en el supuesto de que concurra fuerza mayor o actuaciones de la Administración y que, adicionalmente, más del 50% de los ingresos provenga de tarifas abonadas por los usuarios.
 - En este caso, la prórroga no podrá exceder del 15% de la duración inicial del contrato.
 - Financiación de la concesión (artículos 236 – 240 LCSP y 253 – 260 TRLCAP):
 - Financiación por las Administraciones Públicas.
 - Financiación privada de la concesión:
 - Se mantiene en vigor la regulación del TRLCAP hasta la aprobación de una norma específica.
 - Distintos medios de financiación: financiación por entidades de crédito, emisión de obligaciones y otros títulos, créditos participativos, etc.
 - Garantías a favor de los acreedores del concesionario.