

Consulta sobre la devolución de la parte proporcional de la garantía definitiva antes de la recepción total de la obra en un contrato de concesión de obra pública. Informe 02/2007, de 28 de junio.

Tipo de informe: Facultativo.

DICTAMEN

ANTECEDENTES.

1. El Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dirige escrito a esta Junta Regional de Contratación Administrativa con el siguiente contenido:

El art. 147.5 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, establece que "podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato".

Por otra parte, el apartado 6 del citado artículo señala que "siempre que por razones excepcionales de interés público debidamente motivadas en el expediente el órgano de contratación acuerde la ocupación efectiva de las obras o su puesta en servicio para el uso público, aún sin el cumplimiento del acto formal de recepción, desde que concurren dichas circunstancias se producirán los efectos y consecuencias propias del acto de recepción de las obras en los términos que reglamentariamente se establezcan".

La Ley de Contratos contempla la posibilidad, en su artículo 47.2, de que el contratista, en el supuesto de recepción parcial, solicite la devolución o cancelación de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego de condiciones administrativas particulares.

En virtud del artículo 13 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia y se dictan normas en materia de clasificación de empresas, se solicita la Junta la emisión de informe en relación a la siguiente cuestión:

¿En el supuesto de que en un contrato de concesión de obra pública que tiene por objeto la construcción de un aparcamiento subterráneo para vehículos automóviles, zonas de servicios (helipuerto, jardines, plaza peatonal, etc....) y locales comerciales, así como su posterior explotación, se realicen diversas recepciones parciales de las obras a través de Actas de ocupación efectiva o de puesta en servicio para el uso público, cabe la devolución de la parte proporcional de la garantía prestada para responder de la ejecución de las obras, aún



Región de Murcia

Consejería de Economía y Hacienda

JUNTA REGIONAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
Consejo Asesor

cuando no se hubiera previsto en el pliego de condiciones administrativas particulares?

Con el citado escrito acompaña el pliego de condiciones administrativas particulares, acta de puesta en servicio para uso público del área de parking subterráneo, actas de ocupación de zona ajardinada, del área de usos complementarios y del área de aparcamiento de superficie, solicitud de recepción total de las obras junto con el certificado final de las obras de la dirección, contestación del Servicio Murciano de Salud a dicha solicitud, informe del Servicio de Obras y Contratación y del Servicio Jurídico de dicho Ente.

2. Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de fecha 3 de junio de 2003 fue adjudicada a HIDRACUR, S.A. y SIETE RIOS, S.A. UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, mediante procedimiento abierto por concurso, LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA DEL APARCAMIENTO DEL HOSPITAL VIRGEN DE LA ARRIXACA Y POSTERIOR EXPLOTACIÓN DEL MISMO, formalizándose en escritura pública de fecha 24 de julio de 2003 el contrato administrativo suscrito.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Esta Junta Regional de Contratación Administrativa emite informe facultativo de conformidad con lo establecido en el artículo 2.1 del Decreto 175/2003, de 28 de noviembre, por el que se regula la Junta regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia y se dictan normas en materia de clasificación de empresas, que le atribuye, entre otras, la función de informar sobre las cuestiones de contratación administrativa que le sometan las diferentes Consejerías, Organismos Autónomos y Entes Públicos, que se encuentren dentro del ámbito de aplicación de la legislación en materia de contratación administrativa.

2. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta se desprende claramente que la única cuestión planteada por el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud se ciñe a consultar el criterio de esta Junta Regional de Contratación Administrativa acerca de si en un contrato de concesión de obra pública, tras diversas ocupaciones y puestas en servicio de diversas zonas de la obra construida, cabe la devolución de la parte proporcional de la garantía definitiva prestada para responder de la ejecución de las mismas, aún cuando ello no se haya previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

3. Antes de entrar en dicha cuestión esta Junta considera conveniente realizar una consideración previa en cuanto a la normativa a la que está sujeta el contrato de concesión de obra pública sobre el que versa la cuestión planteada y que determinará los aplicación de los preceptos concretos de la legislación de contratos de las administraciones públicas a la vista de los cuales habrá de dar respuesta a la misma.

Y es que en la actualidad el contrato de concesión de obra pública aparece regulado en el nuevo Título V del Libro II del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que introdujo la Ley 13/2003, de 23 de



Región de Murcia

Consejería de Economía y Hacienda

JUNTA REGIONAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
Consejo Asesor

mayo, donde se le dota de una regulación completa y singularizada a este tipo contractual.

Sin embargo el contrato de concesión del aparcamiento del Hospital Virgen de la Arrixaca, de acuerdo con lo dispuesto en la Disposición final tercera de la referida norma, al haberse licitado e incluso adjudicado y formalizado antes del 24 de agosto de 2003, fecha de su entrada en vigor, no resulta de aplicación la misma quedando sujeto su régimen jurídico a lo dispuesto en los artículos 130 a 139 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por R.D.L. 2/2000, de 16 de junio (en adelante L.C.A.P.) en su redacción introducida por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre.

De acuerdo con lo anterior, de lo dispuesto en el mencionado artículo 130 de la L.C.A.P. se desprende claramente que las normas de publicidad del contrato de obras son aplicables en todo caso a los de concesión de obras públicas, que el concesionario deberá ajustarse en la explotación de la obra a lo establecido en el artículo 161; pero habrá que acudir a lo dispuesto en el artículo 6 de la L.C.A.P. para los contratos mixtos (aquellos que contienen prestaciones de otro u otros contratos administrativos) para calificar y aplicar el régimen jurídico correspondiente a la prestación más importante desde el punto de vista económico.

Ello significa que hay que proceder a la ponderación económica de las prestaciones del contrato y si en el contrato en cuestión la prestación más importante es la de la ejecución de las obras frente a la explotación del aparcamiento, el contrato habrá de regirse por las normas que la legislación de contratos dedica al de obras y en caso contrario por normas propias del contrato de gestión de servicios públicos.

Y aunque en el caso presente la calificación jurídica del contrato no aparece de manera explícita, las citas continuas a preceptos propios del contrato de obras en los informes y documentación aportada así como en la propia consulta presumen que se ha calificado y determinado su régimen jurídico de conformidad con la prestación económica más importante –la ejecución de las obras del aparcamiento– debiendo de aplicarse pues, los preceptos propios de este tipo de contratos.

4. De acuerdo con lo anterior, la cuestión planteada por el órgano consultante deberá ser resuelta a la vista de los preceptos contenidos en el Libro I de la LCAP, aplicables a todos los contratos de la Administración y de los preceptos contenidos en el TÍTULO I del LIBRO II de L.C.A.P. aplicables al contrato de obras y las correspondientes normas reglamentarias de ambos.

El informe que se emite debe centrarse en dar respuesta a la única cuestión planteada, es decir si se puede proceder a la devolución parcial de la garantía en los términos reflejados en consulta.

Según se desprende de la documentación aportada por el Ente consultante se han llevado a cabo ocupaciones y puestas en servicio de varias partes de la obras, todas excepto de la correspondiente a la zona de heliosuperficie, que no se ha realizado por estar pendiente de resolver por la Dirección General de Aviación Civil la solicitud de autorización de establecimiento del helipuerto construido, todo ello en base a lo previsto en el apartado 6 del artículo 147 de la L.C.A.P.



Región de Murcia

Consejería de Economía y Hacienda

JUNTA REGIONAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
Consejo Asesor

En relación con las recepciones parciales conviene señalar que el artículo 147.5 de la L.C.A.P. dispone textualmente que *"Podrán ser objeto de recepción parcial aquellas partes de obra susceptibles de ser ejecutadas por fases que puedan ser entregadas al uso público, según lo establecido en el contrato"*. Ello significa, tal como ha manifestado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su informe 47/97, de 10 de noviembre, que la posibilidad de recepciones parciales no previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares ni, en consecuencia en el contrato, sólo pueden introducirse por vía de su modificación, sin que en el presente caso de la documentación remitida se haya podido comprobar la previsión de tal posibilidad.

Por su parte el apartado 6 del artículo 147 regula la llamada recepción tácita de las obras, que tiene lugar por su ocupación efectiva o puesta en servicio para el uso público, aún sin el cumplimiento del acto formal de la recepción siempre que respondan a razones excepcionales de interés público debidamente motivadas en el expediente, desarrollándolo el artículo 168 del R.G.C.A.P., supuesto de recepción tácita que admitían con anterioridad la doctrina y la jurisprudencia y que ahora se consagra legalmente.

Lo importante del mencionado apartado 6 del artículo 147 de la LCAP es que, además de consagrar legalmente la recepción tácita de las obras, equipara a todos los efectos la recepción formal a la tácita, ya que indica que desde que concurran las circunstancias previstas en el mismo, *"se producirán los efectos y consecuencias propias de la recepción de las obras."*, requiriendo el apartado 2 del artículo 168 del R.G.C.A.P. para la referida equiparación que, de acuerdo con el acta de comprobación, las obras estuviesen finalizadas y fueran conformes con las prescripciones previstas en el contrato.

5. Si la ocupación o puesta en servicio obedece a razones excepcionales de interés público y se dan las circunstancias para esta equiparación con la recepción formal, los efectos deben ser los mismos previstos para esta en la L.C.A.P.

Así, el artículo 47.2 de la L.C.A.P. establece que en el supuesto de recepción parcial sólo podrá el contratista solicitar la devolución o cancelación de la parte proporcional de la garantía cuando así se autorice expresamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

La interpretación de dicho artículo a juicio de esta Junta no admite dudas al respecto por lo que, si la posibilidad de solicitar el contratista la devolución o cancelación parcial de la garantía no se ha previsto en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas o, realizando una interpretación más amplia, no se ha introducido posteriormente durante la ejecución del contrato por vía de su modificación como ocurre en el presente caso, habrá que estar a lo establecido en el referido pliego y por lo tanto, esperar a que la obra se ejecute en su totalidad y transcurra el plazo establecido para proceder a la devolución o cancelación de la garantía definitiva de conformidad con lo establecido por la L.C.A.P. para la generalidad de los contratos de la Administración, no existiendo fundamento legal alguno para exceptuar a estos contratos del sometimiento al régimen general de devolución y cancelación de las garantías definitivas de éstos.



Región de Murcia
Consejería de Economía y Hacienda

JUNTA REGIONAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA
Consejo Asesor

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Regional de Contratación Administrativa entiende:

Que en el supuesto de un contrato de concesión de obra pública que tiene por objeto la construcción de un aparcamiento y su posterior explotación en el que se han llevado a cabo ocupaciones y puestas en servicio de diversas zonas, no cabe la posibilidad de acordar la devolución o cancelación parcial de la garantía solicitada por el concesionario, al no estar autorizada la misma en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas tal como dispone el artículo 47.2 de la L.C.A.P., ni haberse introducido posteriormente durante la ejecución del contrato por vía de su modificación.