



Informe 1/2012, de 30 de març, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya (Comissió Permanent)

Assumpte: Determinació del concepte d'import del contracte de l'article 114 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat per Reial decret legislatiu 2/2000, de 12 d'octubre, a l'efecte de la cessió d'un contracte de concessió d'obres públiques.

ANTECEDENTS

I. L'alcalde de l'Ajuntament d'Argentona ha sol·licitat l'informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa sobre *"la possibilitat de transmissió majoritària de les accions d'una societat anònima concessionària d'una obra pública municipal"*.

II L'escrit de consulta adjunta, d'acord amb la Instrucció 1/2005, de 4 d'octubre, de la Comissió Permanent d'aquesta Junta Consultiva, l'informe emès per la Secretaria de l'Ajuntament, en el qual s'assenyala que:

"En relació a la possibilitat de transmissió majoritària de les accions d'una societat anònima concessionària d'una obra pública municipal es demana informe a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa en els següents termes:

- I. La societat anònima adjudicatària d'una concessió d'obra pública demana autorització municipal per tal de transmetre el 51% de les accions de la societat, el que suposaria un canvi en el control efectiu de l'esmentada societat concessionària. (...)*
- III. De conformitat amb el que es preveu al plec de clàusules administratives particulars la transmissió que impliqui un canvi en el control efectiu de la societat concessionària està subjecte al que es preveu a l'article 114 del RDL 2/2000, de 16 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques (en endavant RDL 2/2000), aplicable en virtut del que es disposa a la disposició transitòria primera de la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant Llei 30/2007).*
- IV. Donat que l'article 114 del RDL 2/2000 exigeix, per tal de poder autoritzar la cessió, que el cedent tingui executat el 20% de l'import del contracte, es tracta de determinar què s'ha d'entendre per "import del contracte" (...)*
Al RDL 2/2000 no es troba un article similar al 76 de la Llei 30/2007, i únicament s'han trobat referències al valor del contracte, per exemple, a l'article 135.3 (pel que fa a la publicació d'anuncis) i a l'article 232 (pel que fa al càlcul de la garantia provisional). (...)"

III. L'article 4.9 del Decret 376/1996, de 2 de desembre, de reestructuració de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de la Generalitat de Catalunya, estableix que aquesta Junta informa sobre les qüestions que, en matèria de contractació, li sotmetin les entitats que integren l'Administració local. D'altra banda, l'article 11.4 del mateix Decret atribueix a la Comissió Permanent l'aprovació dels informes corresponents.



CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

I. Consideracions prèvies

1. L'Ajuntament d'Argentona formula una consulta, segons s'assenyala en l'informe de la Secretaria, en relació amb els dubtes interpretatius que es plantegen sobre les previsions del plec de clàusules administratives particulars que regeixen un contracte de concessió d'obres públiques d'aquest Ajuntament pel que fa al règim de transmissió d'accions de l'empresa concessionària.

En particular, els dubtes interpretatius es generen arran del fet que aquest plec determina que la transmissió d'accions que impliqui un canvi efectiu de la societat concessionària està subjecte al que preveu l'article 114 del Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny (d'ara endavant, TRLCAP) i, més concretament, la qüestió que es planteja és la interpretació del requeriment establert per aquest precepte en relació amb l'execució del 20 per cent de l'import del contracte.

Per tant, en aquest informe s'analitzarà quin és l'abast del concepte "import del contracte" a què fa referència l'article 114 del TRLCAP pel que fa a un contracte de concessió d'obres públiques i quines despeses i costos s'han de considerar inclosos.

2. Atès que la consulta plantejada té el seu origen en la interpretació de les condicions estipulades en un contracte que, segons s'indica, es regeix pel TRLCAP, l'anàlisi de la qüestió s'ha de fer sota la perspectiva d'aquesta disposició, per aplicació de l'apartat segon de la disposició transitòria primera del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (d'ara endavant, TRLCSP), que disposa que els contractes administratius adjudicats abans de l'entrada en vigor d'aquesta Llei es regiran per la normativa anterior pel que fa als seus efectes, compliment i extinció.

3. L'article 114 del TRLCAP regulava la possibilitat que el contractista pogués cedir el contracte de què és titular, sempre i quan les seves qualitats tècniques i personals no hagin estat una raó determinant per a l'adjudicació del contracte i quan es donessin els requisits legalment establerts. Per la seva part, l'article 242 del mateix text legal reconeixia, com un dret dels concessionaris, el de cedir la concessió i remetia a l'article 114 del TRLCAP per tal de determinar quins requisits i quines condicions són exigibles.

A més, específicament respecte del contracte de concessió d'obres públiques el TRLCAP disposava, pel que fa a la cessió dels contractes, en el seu article 231.3.d, que els possibles concessionaris de la concessió havien de complir les condicions específiques establertes en els plecs en funció del grau de desenvolupament del negoci jurídic concessional en el moment en què es produís la cessió.

Efectivament, d'acord amb l'article 114 del TRLCAP, són requisits necessaris perquè els adjudicataris d'un contracte puguin cedir els seus drets i les seves obligacions a tercers:



- 1) Que l'òrgan de contractació autoritzi la cessió expressament i amb caràcter previ.
- 2) Que el cedent hagi executat com a mínim un 20 per 100 de l'import del contracte, o hagi efectuat l'explotació almenys durant el termini d'una cinquena part del temps de durada del contracte, si aquest és de gestió de serveis públics.
- 3) Que el cessionari tingui capacitat per contractar amb l'Administració i la solvència exigible i ha d'estar degudament classificat, si aquest requisit ha estat exigint al cedent, i no estar incurs en una causa de prohibició per contractar.
- 4) Que la cessió es formalitzi, entre l'adjudicatari i el cessionari, en escriptura pública.

4. En un altre ordre de consideracions, procedeix observar que en el supòsit de cessió dels contractes es produeix una novació subjectiva en virtut de la qual el cessionari del contracte es subroga en tots els drets i totes les obligacions que correspondrien al cedent i, per tant, existeix un canvi de titular de la concessió. Aquesta figura s'ha de distingir de la transferència de la titularitat d'accions, en la qual no es modifiquen les parts del contracte i, per tant, la societat concessionària és la mateixa encara que s'hagi variat la composició del seu accionariat.

No obstant les diferències existents entre ambdues figures, a criteri del Consell d'Estat¹, els supòsits de transferència de la titularitat de totes o part de les accions representatives del capital social d'una societat s'ha d'equiparar als de la transmissió de la concessió, qualsevol que sigui el percentatge efectivament tramès, sempre que suposi una alteració del control efectiu de la societat concessionària. Aquesta afirmació té el seu fonament, segons el Consell d'Estat, en el fet que a l'administració no li és indiferent qui és el titular de la concessió o, en altres paraules, la importància de la identitat del concessionari no resulta una qüestió menor.

II. Primera aproximació al concepte d'import del contracte

Fetes aquestes consideracions de caràcter previ, ara procedeix delimitar el concepte d'import del contracte contingut a l'article 114 del TRLCAP.

Com s'ha vist, d'acord amb l'article 114 del TRLCAP, perquè els adjudicataris poguessin cedir els seus drets i les seves obligacions a tercers era imprescindible que, entre altres requisits, el cedent hagués executat com a mínim un 20 per 100 de l'import del contracte, o hagués efectuat l'explotació almenys durant el termini d'una cinquena part del temps de durada del contracte, si aquest és de gestió de serveis públics².

¹ Dictamen 3375/2001, de 5 de desembre, emès amb relació a l'Avantprojecte de llei reguladora de la concessió d'obres públiques, en el qual es fa esment al Dictamen 998/94, de 23 de juny, emès en relació amb l'expedient de caducitat per a la construcció i explotació d'un port esportiu d'hivernada en el tram de costa de la Albufereta, t.m. d'Alacant, per incompliment de condicions per part de l'entitat concessionària.

² La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat ha considerat d'aplicació aquest últim requisit en cas de cessió de contractes de concessió d'obres públiques quan aquesta es produeix en



El concepte d'“import del contracte” no estava definit en la part general del TRLCAP ni tampoc en la regulació específica del contracte de concessió d'obra pública. Certament, de la regulació continguda en el TRLCAP s'observa que en la fase de licitació l'expressió que s'utilitzava era la de “preu de les obres” (article 231, en relació amb l'article 135) o la de “pressupost estimat de la inversió” per a la determinació de la garantia provisional (article 232). En fase d'execució, les expressions utilitzades eren la d'“import total de les obres” als efectes de la modificació del projecte (article 240) i la de “preu primitiu del contracte” respecte de les modificacions en general (articles 248, 249 i 250, en relació amb l'article 59).

Centrada la qüestió en aquests termes, es poden prendre com a punt de partida per resoldre la qüestió plantejada, l'Informe d'aquesta Junta Consultiva de Contractació Administrativa 17/2009, de 21 de desembre i els informes de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat 43/2008, de 28 de juliol i 26/2008, de 2 de desembre, atès que, tot i no referir-se al TRLCAP, les seves conclusions resulten aplicables. En aquests informes s'afirma que la LCSP, conjuntament amb els conceptes de preu, valor estimat del contracte i pressupost, utilitza altres termes per fer esment a l'aspecte quantitatiu dels contractes, entre els quals es poden citar, com a més freqüents, els de quantia, import o valor íntegre. S'assenyala que la determinació del significat concret d'aquests termes s'ha de fer en funció del context en què s'incloguin; això no obstant i, com a norma general, s'han d'identificar amb el terme que, en funció de la fase en què es trobi el contracte, indiqui el valor d'aquest d'acord amb la Llei. Així, en l'Informe 17/2009 esmentat, es va considerar que de la regulació que d'aquests conceptes es conté en la normativa de contractes es desprèn que en la fase de preparació dels contractes, cal fer referència al valor estimat del contracte i al pressupost de licitació –que ha de servir de base per celebrar la licitació pública i per determinar el preu futur del contracte– i que, en canvi, en la fase d'execució dels contractes procedeix parlar de preu del contracte, el qual queda fixat amb la seva adjudicació i es correspon amb la quantia íntegra que ha de percebre l'adjudicatari per l'execució del contracte.

Segons el que s'ha exposat, i atès que la cessió del contracte es produeix en fase d'execució, s'ha de considerar que el concepte que s'ha de tenir en compte és el de preu. Aquest concepte es trobava regulat, però no definit, en l'article 14 del TRLCAP. Tanmateix, a l'efecte de resoldre la qüestió objecte d'aquest Informe, es pot tenir en compte la definició de preu del contracte que es conté en l'article 87 del TRLCSP, tot i que aquesta disposició no resulti d'aplicació al cas que ens ocupa. Segons aquest precepte el preu del contracte és l'import íntegre que percep el contractista per l'execució del contracte.

fase d'explotació, entre altres, en l'Informe 15/2006, de 24 de març de 2006, titulat “*Cessió del contracte. Consideracions sobre l'aplicació del percentatge de l'article 114 de la Llei de contractes de les administracions públiques en el contracte per a la construcció i explotació d'aparcament*” i, anteriorment, en el seu Informe 24/1996, de 30 de maig de 1996 que porta per títol “*Requisits de capacitat de les empreses per a concórrer a un contracte de concessió d'obra pública, d'adaptació d'un immoble per a residència universitària i posterior explotació del servei*”.



Concretament, en el contracte de concessió d'obres públiques, el contractista percep un preu abonat directament per l'usuari o per l'administració com a contraprestació per la utilització de l'obra i, si escau, pels rendiments procedents de l'explotació de la zona comercial i per les aportacions de la pròpia administració.

Arribats a aquest punt, la següent qüestió a tractar és identificar quins són els costos i les despeses assumides pel contractista que s'han de tenir en compte per determinar el preu que ha de percebre el contractista durant l'explotació de l'obra, com a retribució.

III. Els costos i les despeses que assumeix el concessionari en un contracte de concessió d'obres públiques

Per poder determinar quines són les despeses que s'han de computar per determinar la retribució del contractista és necessari partir de la definició que d'aquest contracte es contenia en l'article 220.1 del TRLCAP. Segons la redacció d'aquest article donada per la Llei 13/2003, el contracte de concessió d'obres públiques és aquell contracte en virtut del qual una administració pública o una entitat de dret públic atorga a un concessionari, durant un termini, la construcció i l'explotació, o només l'explotació d'obres públiques o, en general, de les que són susceptibles d'explotació i, a més, són necessàries per a la prestació de serveis públics de naturalesa econòmica o per al desenvolupament d'activitats o serveis econòmics d'interès general, i es reconeix al concessionari el dret a percebre una retribució consistent en l'explotació de la pròpia obra o en aquest dret acompanyat del de percebre un preu³.

En l'àmbit comunitari, el contracte de concessió d'obres públiques es definia en l'article 1.d de la Directiva 93/37/CEE del Consell, de 14 de juny de 1993, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, com aquell contracte que presenta les mateixes característiques que el contracte d'obres, llevat que la contrapartida de les obres consisteix, o bé únicament en el dret a explotar l'obra, o bé en aquest dret acompanyat d'un preu.

D'aquestes definicions es desprèn que els principals elements identificadors d'aquest tipus de contracte són: d'una banda, que el contractista s'obliga a l'execució d'una obra al seu càrrec, d'acord amb el projecte promogut i aprovat per l'administració i, d'altra banda, que la

³ Aquesta regulació presenta diferències respecte de la que conté, actualment, l'article 7 del TRLCSP, entre les quals es poden destacar, a l'efecte d'aquest informe, les següents:

- a) S'elimina la possibilitat que aquest tipus de contracte pugui tenir per objecte únicament l'explotació de l'obra, sense exigir-ne la construcció,
- b) L'explotació de l'obra es configura, únicament, com la forma de remuneració i deixa de ser també una prestació a la qual s'obliga el contractista.
- c) S'inclouen com a prestacions dins de l'objecte del contracte les de restauració i les de reparació de les construccions existents i les de conservació i manteniment dels elements construïts,
- d) S'estableixen amb caràcter potestatiu les prestacions següents: adequació, reforma i modernització de l'obra, com també la reposició i gran reparació.



retribució del contractista consisteix en el dret d'explotació de l'obra o en aquest dret acompanyat del de percebre un preu⁴.

Del que s'ha exposat, s'observa que la forma de retribució del contractista és, efectivament, una de les principals característiques d'aquest contracte i, a més, un dels aspectes que el diferencia del contracte d'obres. Així, en el contracte d'obres la retribució que percep el contractista és amb càrrec a recursos públics i es fa efectiva mitjançant certificacions emeses periòdicament durant l'execució de les obres a compte de la seva liquidació final. En canvi, en el contracte de concessió d'obres públiques, el concessionari assumeix, en primera instància, l'execució i el finançament de les obres i recupera la inversió realitzada, incrementada en un determinat percentatge com a benefici, amb l'explotació per un determinat termini de temps, mitjançant el cobrament de les tarifes, cànon o peatges als usuaris, sens perjudici de les aportacions que pugui realitzar el titular de l'obra o aquell que licita.

El fet que la retribució que percep el concessionari provingui del preu que abonen els usuaris porta a identificar un altre aspecte característic d'aquest tipus de contracte, com és l'assumpció per part d'aquest del risc concessional. Efectivament, el principi de risc i ventura és un principi comú a tots els contractes administratius, però en el contracte de concessió d'obres públiques assoleix una especial importància per les seves pròpies característiques. Així, segons ha afirmat el Tribunal de Justícia de la Unió Europea⁵, aquest element pot condicionar la qualificació d'un contracte, de manera que, si no concorre aquest element, el contracte s'haurà de qualificar com a contracte d'obres. De fet, en aquest contracte el concessionari, a més d'assumir el risc vinculat a qualsevol construcció, com pot ser un major cost de la obra, també ha de suportar els riscos vinculats a la gestió i utilització de la infraestructura o equipament, que incidiran directament en la recuperació de la inversió realitzada i dels capitals invertits. Dit en altres paraules, el concessionari assumeix la responsabilitat tècnica, financera i qualsevol altra que es pugui derivar de l'explotació de l'obra.

Per últim, com a nota característica d'aquest tipus de contracte s'ha de fer referència a la diversitat de les fonts de finançament. Normalment, els contractes de concessió d'obres públiques tenen per objecte l'execució de determinades infraestructures o equipament que tenen un cost econòmic elevat. És per aquest motiu que s'ha de recórrer al sector privat per trobar la col·laboració necessària perquè es pugui executar. Però, fins i tot, en aquest cas, és habitual que el contractista concessionari no tingui disponibilitat econòmica suficient per fer front a la despesa que requereix l'execució del contracte, de manera que pot recórrer a altres fonts de finançament, com són les previstes en la normativa de contractació pública. Segons reconeixia l'exposició de motius de la Llei 13/2003, la llei introdueix un règim regulador que té per objecte evitar la congelació de la inversió que es realitzi i que la

⁴ Aquest darrer element –explotació de l'obra com a forma de retribució– és el que s'identifica en la Comunicació Interpretativa de la Comissió sobre les concessions en el dret comunitari (2000/C 121/02) com a característica distintiva d'aquest contracte i que el diferencia del contracte d'obres.

⁵ Entre d'altres sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, de 10 de novembre de 2011 (Ass. C-348/10, Norma-A Sia i d'altres).



concessió, com a bé jurídic, s'integri en el tràfic mercantil i pugui ser objecte de cessió i hipoteca.

Del que s'ha exposat, s'observa que les notes fonamentals característiques d'aquest contracte fan referència tant a l'execució de les obres com a la seva posterior explotació, encara que totes giren al voltant del fet que el rescabament al concessionari per la inversió efectuada es produeix a partir de la retribució que percep per la utilització de l'obra que, normalment, adopta la forma de tarifa, sens perjudici dels possibles pagaments o de les possibles aportacions públiques que puguin existir.

Arribats a aquest punt i tenint en compte el que s'ha exposat, ja d'entrada es poden identificar un seguit de costos i de despeses que són inherents a l'execució de l'obra i que, en definitiva, abasten el cost de totes i cadascuna de les actuacions que permetin que l'obra pugui posar-se a disposició dels usuaris.

D'altra banda, de conformitat amb els articles 220 a 223 del TRLCAP, el concessionari s'obligava a la realització de les prestacions següents⁶:

- a) la conservació de les obres;
- b) l'adequació, la reforma i la modernització de les obres per adaptar-les a les característiques tècniques i funcionals requerides per a la utilització correcta de l'obra;
- c) les actuacions de reposició i gran reparació que siguin exigibles amb relació als elements que ha de reunir cadascuna de les obres per mantenir-se apta per als serveis i activitats a què serveixen.

Potestativament, també es podia incloure entre les prestacions que s'han de dur a terme la redacció del projecte de construcció de les obres, com també la projecció, execució, conservació, reposició i reparació d'aquelles obres que fossin accessòries o que estiguessin vinculades amb la principal i fossin necessàries per a la correcta utilització de l'obra, com també l'execució de les corresponents actuacions ambientals.

Així mateix, segons establí l'article 224 del TRLCAP, el concessionari havia d'assumir el finançament, total o parcial, de les obres públiques objecte de concessió, de manera que al concessionari li corresponia obtenir els fons necessaris per executar l'obra, i podia recórrer al finançament privat, si bé aquest quedava limitat als instruments regulats en la pròpia Llei. Per aquest motiu, i tenint en compte el cost elevat que en la majoria dels casos tenen aquestes obres, el TRLCAP també va incloure la regulació de les diferents formes de finançament privat a què podia recórrer el concessionari per assumir el cost de les prestacions a les quals s'obligava (articles 253 a 260).

També, s'ha de tenir en compte que la durada del contracte inclou tant la fase d'execució de les obres com l'explotació posterior i, per tant, les despeses i els costos que ha d'assumir el contractista durant aquest període perquè estan previstos en el contracte també s'han de

⁶ Les prestacions incloses en el TRLCAP són diferents a les contingudes en el TRLCSP, com ja s'ha exposat en el peu de pàgina número 4.



tenir en compte. Confirma aquesta afirmació el fet que la garantia definitiva, segons s'estableix en l'article 95 del vigent TRLCSP, s'ha de constituir per tot aquest temps, sens perjudici que, tenint en compte les característiques i la durada del contracte, es pugui preveure en els plecs la possibilitat de reduir l'import de la garantia definitiva, una vegada executada l'obra i durant el període previst per a la seva explotació.

Finalment, del que s'ha exposat, es pot afirmar que els costos a tenir en compte per fixar la remuneració que ha de percebre el concessionari com a retribució s'havien de determinar en funció de les característiques concretes de cada contracte, valorant especialment les prestacions integrants de l'objecte del contracte i de la necessitat que tingui el concessionari de recórrer al finançament per part de tercers. Amb caràcter general, es pot considerar que, com a mínim, s'havien d'incloure el cost de les inversions realitzades i els costos d'explotació en funció de les prestacions que integraven l'objecte del contracte, les obligacions de pagament i, si escau, les despeses financeres, directes i indirectes.

Sobre la base de les consideracions anteriors, la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa formula la següent

CONCLUSIÓ

A l'efecte de determinar el compliment del requisit previst en l'article 114 del TRLCAP per a la cessió de contractes, el concepte d'import del contracte s'ha de considerar equiparable al de preu del contracte, entès com l'import íntegre que ha de percebre el contractista per l'execució del contracte.

Barcelona, 30 de març de 2012