

EL CONTRATO DE SUMINISTRO

Y

EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE

OBRA

EN LA LCSP 2017.



Ponente: Federico Suárez Cancelo.
Secretario de Administración Local.

EL CONTRATO DE SUMINISTRO.

Introducción.

La entrada en vigor de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, no ha supuesto grandes novedades en relación al contrato de suministros respecto de la regulación contractual anterior.

Los primeros antecedentes legislativos del contrato administrativo de suministros podemos encontrarlos en la Ley de Bases de Contratos del Estado 198/1963 que en su exposición de motivos, apartado XIV, recoge lo que constituyen nuestros precedentes legislativos del contrato de suministros, señalando que la regulación legal se refiere al suministro propio, entendido como aquél mediante el cual la Administración compra de forma reiterada una pluralidad de bienes y servicios, identificando así, dentro del concepto, los bienes muebles y los servicios, que posteriormente serían delimitados como figuras contractuales independientes.

Por su parte el artículo 83 del Decreto 923/1965 de 8 de abril, estableció el concepto legal de suministro como contrato para la compra de bienes muebles consumibles o de fácil deterioro, con la obligación de entregar el empresario una pluralidad de los mismos de forma sucesiva.

Las sucesivas regulaciones posteriores han ido matizando la figura del contrato de suministros deslindándola del contrato de servicios y del contrato de obras y estableciendo un régimen específico para este tipo de contratos, que pasa por ser uno de los más utilizados en el día a día de las Administraciones Públicas.

Las limitaciones impuestas a la utilización del contrato menor por el artículo 118 de la LCSP 2017, si bien matizadas o incluso podemos atrevernos a decir que vaciadas de contenido en la interpretación que de este artículo ha realizado la Junta Consultiva de Contratación del Estado en Informes 41/2017; 42/2017 y 5/2018, obligarán en los próximos tiempos a realizar a las Administraciones Locales un importante esfuerzo licitatorio en materia de contratación de suministros, por lo que resulta importante analizar la regulación de este contrato contenida en la Ley 9/2017.

1.-CONCEPTO Y OBJETO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO.

El contrato de suministros aparece ahora regulado en el artículo 16 de la LCSP 2017 en los siguientes términos:

Artículo 16 Contrato de suministro

1. Son contratos de suministro los que tienen por objeto la adquisición, el arrendamiento financiero, o el arrendamiento, con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en la letra b) del apartado 3 de este artículo respecto de los contratos que tengan por objeto programas de ordenador, no tendrán la consideración de contrato de suministro los contratos relativos a propiedades incorpóreas o valores negociables.

3. En todo caso, se considerarán contratos de suministro los siguientes:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente.

b) Los que tengan por objeto la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos, en cualquiera de sus modalidades de puesta a disposición, a excepción de los contratos de adquisición de programas de ordenador desarrollados a medida, que se considerarán contratos de servicios.

c) Los de fabricación, por los que la cosa o cosas que hayan de ser entregadas por el empresario deban ser elaboradas con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la entidad contratante, aun cuando esta se obligue a aportar, total o parcialmente, los materiales precisos.

d) Los que tengan por objeto la adquisición de energía primaria o energía transformada.

Si lo comparamos con el artículo 9 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público podemos observar que las únicas variaciones serían la omisión en el apartado 3 a) que hacía el TRLCSP al acuerdo marco cuando establecía:

a) Aquellos en los que el empresario se obligue a entregar una pluralidad de bienes de forma sucesiva y por precio unitario sin que la cuantía total se defina con exactitud al tiempo de celebrar el contrato, por estar subordinadas las entregas a las necesidades del adquirente. No obstante, la adjudicación de estos contratos se efectuará de acuerdo con las normas previstas en el Capítulo II del Título II del Libro III para los acuerdos marco celebrados con un único empresario.

Y la aparición del apartado 3 d) relativo a la adquisición de energía primaria o energía transformada, objeto que ya venía mereciendo igualmente la calificación de contrato de suministro y que fue incluida en virtud de una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, que se basa en la habitualidad de los contratos de alumbrado público municipal o de gestión energética de edificios.

En este sentido ya la Junta Consultiva de Contratación del Estado en informe 59/05 de 24/03/2006, entendía que los contratos de suministro de energía eléctrica que realicen las Administraciones Públicas estaban sometidos al ámbito de la Ley de Contratos, teniendo además en cuenta que la STJCE de 17/11/1993, declaró en su día que el reino

de España incumplía sus obligaciones al excluir de la Ley de Contratos de 1965 del ámbito de aplicación de las Directivas, el suministro de energía eléctrica.

Por su parte, la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero, establece en su artículo 2: Contratos públicos de suministro: *los contratos públicos cuyo objeto sea la compra, el arrendamiento financiero, el arrendamiento o la venta a plazos, con o sin opción de compra, de productos. Un contrato público de suministro podrá incluir, de forma accesorio, operaciones de colocación e instalación.*

Este acercamiento al concepto de contrato de suministro no debe limitarse a las previsiones del artículo 16 y así debemos tener en cuenta una serie de negocios o contratos de suministros o que pudieran confundirse con el contrato de suministros que la propia LCSP 2017 excluye de su ámbito de aplicación y así debemos citar:

El artículo 5 de la LCSP 2017 que considera como contratos excluidos de la Ley entre otros a los contratos de suministro que se celebren en el ámbito de la seguridad o de la defensa que estén comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y seguridad;

El artículo 9.2 también considera excluidos de la Ley de Contratos: los contratos de compraventa, donación, permuta, arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles, valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministros o servicios, que tendrán siempre el carácter de contratos privados y se registrarán por la legislación patrimonial.

El artículo 10 también excluye del ámbito de la Ley los contratos relativos a servicios financieros relacionados con la emisión, compra, venta o transferencia de valores o de otros instrumentos financieros.

El artículo 11.4 considera excluidos del ámbito de esta Ley los contratos por los que una entidad del sector público se obligue a entregar bienes o derechos o a prestar algún servicio.

Por su parte el artículo 298 de la LCSP regula de forma específica **el arrendamiento** afirmando: *“En el contrato de arrendamiento, el arrendador o empresario asumirá durante el plazo de vigencia del contrato la obligación del mantenimiento del objeto del mismo. Las cantidades que, en su caso, deba satisfacer la Administración en concepto de canon de mantenimiento se fijarán separadamente de las constitutivas del precio del arriendo.”*

En relación al contrato de arrendamiento, con o sin opción de compra, sólo se considerará como contrato de suministro cuando esté referido a bienes muebles, ya que como acabamos de indicar cuando afecte a bienes inmuebles conforme establece el artículo 9.2 quedará excluido del ámbito de aplicación de la LCSP rigiéndose por la legislación patrimonial.

NOVEDAD.-En relación al contrato de arrendamiento de bienes muebles, mientras el TRLCSP establecía en el artículo 290.2 “en el contrato de arrendamiento no se admitirá

la prórroga tácita y la prórroga expresa no podrá extenderse a un período superior a la mitad del contrato inmediatamente anterior” el artículo 298 de la LCSP 2017 ha suprimido dicha referencia por lo que habrá que estar a las normas generales previstas en el artículo 29.4 de tal forma que los contratos de suministros (...) de prestación sucesiva tendrán un plazo máximo de 5 años, incluyendo las posibles prórrogas”. De tal forma que se elimina la obligatoriedad de que la prórroga no pueda exceder de la mitad del contrato inicial.

Dentro del arrendamiento financiero se diferencian dos figuras; **el renting y el leasing**. A este respecto resulta de gran interés el informe emitido por la Junta Consultiva de Contratación del Estado 4/2002, de 7 de junio que diferencia ambas modalidades en los siguientes términos (se adjunta el informe con la documentación del curso):

“Las diferencias entre leasing y renting se concretan en las siguientes características. En la modalidad de leasing necesariamente debe incluirse una opción de compra del bien arrendado y financiado por un tercero que previamente lo adquiere al dueño del mismo, es decir intervienen tres partes, arrendador y financiador, arrendatario que dispone de una opción de compra, y vendedor del bien. El contrato se limita al alquiler con opción de compra, exclusivamente y en su precio se incluye el importe del arrendamiento y de las cuotas para la amortización de la financiación aportada por el arrendador.

En la modalidad de renting, que es un contrato en el que solo intervienen dos personas, pueden incluirse además del arrendamiento de un bien mueble, otras prestaciones conexas o relacionadas con el uso del producto, en el que en ningún caso existirá la citada opción de compra, por lo que las cuotas no se distinguen las amortizaciones derivadas de la financiación.”

Para completar la visión del concepto del contrato de suministros perfilado por la LCSP 2017, resta señalar que el artículo 299 se refiere de forma específica a los **contratos de fabricación** estableciendo que:

“A los contratos de fabricación se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad y procedimiento de adjudicación que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.”

A este respecto procede señalar que al tratarse de un contrato de suministro, se hace referencia siempre a la fabricación de bienes muebles, en ningún caso a bienes inmuebles.

Según Merino Molíns son suministros de bienes hechos a medida bajo pedido, debiendo ser elaboradas las cosas a entregar por el empresario contratista con arreglo a características peculiares fijadas previamente por la Administración; es de reseñar que una nota distintiva de ese contrato es su aproximación a la figura del contrato de obras, si bien en el supuesto del contrato de fabricación su objeto son determinados bienes muebles

En segundo lugar, aún cuando se aplican las normas del contrato de obras que el órgano de contratación determine en los pliegos, es necesario observar los límites del propio

precepto y en este sentido la JCCA consideró en su informe 19/1999, de 3 de junio que no resultaban aplicables los límites económicos del contrato menor de obras, sino los propios del contrato menor de suministros.

Para finalizar esta breve exposición del concepto de contrato de suministro procede aclarar el **concepto de suministro informático**. De esta manera y a la luz de lo establecido en el artículo 16 de la LCSP 2017 podemos establecer que:

- El contrato de suministro se limita a la adquisición y el arrendamiento de equipos y sistemas de telecomunicaciones o para el tratamiento de la información, sus dispositivos y programas, y la cesión del derecho de uso de estos últimos. Es decir, que consiste en esencia en la adquisición de bienes muebles que, como ya se ha señalado, es el resultado caracterizador de todos los negocios jurídicos que se insertan en el concepto legal de suministro, y su arrendamiento, además de la cesión del derecho de uso de los programas.

- - El contrato de servicios, por su parte, abarca todas las actividades materiales diferentes de la adquisición de los equipos y sistemas informáticos.

De esta manera el contrato que tengo como objeto el mantenimiento de los equipos informáticos debería ser considerado como un contrato de servicios y no de suministro. Sin embargo aquel que tenga como objeto la adquisición o arrendamiento de equipos informáticos incluyendo como prestación o condición accesoría el mantenimiento, arreglo o sustitución de los mismos durante un determinado plazo de garantía o durante el tiempo de duración del arrendamiento debería ser considerado como contrato de suministro y no de servicios.

Por lo tanto desde el punto de vista de la definición y objeto del contrato de suministro la LCSP 2017 no implica excesivas novedades respecto del concepto de contrato de suministros que ya se venía manejando en la legislación anterior. Pese a ello, esto no impide que en la práctica puedan existir supuestos complejos en los que resulte difícil deslindar la figura del contrato de suministros de otros contratos administrativos como el contrato de servicios o el contrato de obras. A continuación analizamos algunos ejemplos prácticos.

Supuesto nº 1. Contrato de construcción de un barco.

Planteamiento:

El Ayuntamiento encarga la construcción de un barco tradicional a fin de utilizarlo como reclamo turístico y dar paseos por la ría a los numerosos visitantes de la población especialmente en la época veraniega. El Alcalde quiere que dicho barco sea construido con unas características muy determinadas, en cuanto a colores, materiales, lugar de ubicación de asientos, etc... Se plantean dudas sobre si el tipo de contrato puede ser considerado como contrato de obra, administrativo especial o de suministro.

Resolución.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal, en su Informe núm. 51/1997, de 2 de marzo de 1998 (sic), con ocasión del pronunciamiento sobre la naturaleza jurídica de un contrato para la construcción de un barco, nos ofrecía muy claramente las notas que definen el contrato de fabricación; así, señala la Junta en sus Consideraciones Jurídicas segunda y siguientes:

« (...) el régimen jurídico de los contratos de suministro fabricación viene determinado en el art. 176 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que a los mismos se les aplicarán directamente las normas generales y especiales del contrato de obras que el órgano de contratación determine en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad que se acomodarán, en todo caso, al contrato de suministro.

El comentario que este último precepto sugiere es el de que el legislador ha configurado el contrato de suministro fabricación, en lo relativo a su régimen jurídico, como propio contrato de suministro, si bien teniendo en cuenta sus especialidades, en cuanto en cierta manera lo acercan un contrato de obras, si bien sobre bienes muebles, permite que en el pliego de cláusulas administrativas particulares el órgano de contratación determine las normas generales y especiales del contrato de obras que resulten aplicables, sin que esta determinación pueda alcanzar a las normas relativas a su publicidad que, como indica el art. 176 se acomodarán, es decir, se aplicarán, en todo caso, las propias del contrato de suministro y no las del contrato de obras.

3. Calificado el contrato para la construcción de un barco como contrato de suministro, en su modalidad de suministro fabricación, pueden ser descartadas las dos alternativas restantes que se consignan en el escrito de consulta. La configuración de este contrato como contrato de obras choca frontalmente con la naturaleza de bien mueble del barco que resulta del [art. 585 del Código de Comercio \(LA LEY 1/1885\)](#), sin que en el caso concreto de la contratación exista modificación o restricción alguna (como por ejemplo sucede a efectos de hipoteca naval, art. 1 de la Ley de 21 de agosto de 1893) habiendo tenido en cuenta la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas las semejanzas del contrato con el contrato de obras, al permitir la aplicación de determinadas normas de este último, lo que no altera su calificación. En cuanto a la configuración como relación administrativa no tipificada, parte del supuesto de que el contrato no pudiera ser incluido en alguno de los tipos regulados en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que no sucede en el presente caso en el que el contrato, por lo razonado, debe configurarse como suministro en su modalidad de fabricación.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el contrato para la fabricación de un barco sanitario por el Instituto Social de la Marina es un contrato de suministro de fabricación, dada la naturaleza de bien mueble de su objeto, al que se aplican las normas del contrato de suministro y las generales y especiales del contrato de obras, que el órgano de contratación determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares, salvo las relativas a su publicidad, de conformidad con el art. 176 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.»

Otros ejemplos de contratos de suministros de fabricación: vehículos de policía, vehículos de recogida de residuos cuando por las características del casco urbano y las pequeñas calles del municipio requieran de un diseño determinado y específico para que puedan circular por las mismas. La fabricación de bancos a medida con unas características estéticas definidas por el propio Ayuntamiento, color, escudo municipal, etc...La colocación de marquesinas realizadas siempre que fuesen fabricadas en exclusiva para ese Ayuntamiento.

Supuesto nº 2.

Planteamiento.

Una empresa ha propuesto al Alcalde un contrato a 10 años, por el que una empresa sustituiría el alumbrado público por lámparas de inducción magnética; lo que dicen supondrá un importante ahorro. Como contraprestación, la empresa se retribuirá por el ahorro generado.

Resolución.

En primer lugar, hemos de señalar que parece desprenderse que la voluntad del Ayuntamiento, en caso de que el proyecto se llevara a cabo, sería la de realizar el contrato con la empresa que se lo ha propuesto; y hemos de señalar que si se llevara a cabo tal contrato, sería necesario un procedimiento de licitación pública al que pudieran presentarse todas las empresas que cumplieran los requisitos para la prestación de ese servicio. Esto es, no podría llevarse a cabo una adjudicación directa a la citada empresa.

Por otra parte, no vemos tan claras las ventajas del contrato. Quitando la reposición de las lámparas, que sería el único ahorro que tendría el ayuntamiento en el gasto de energía eléctrica, el coste sería el mismo para el ayuntamiento; ya que el ahorro que supone la instalación de lámparas de inducción magnética, sería la retribución que corresponderá a la empresa, lo que significa que el coste de suministro de energía eléctrica en alumbrado se mantendría invariable en un plazo de 10 años.

En cuanto a la naturaleza del contrato a realizar es dudoso, porque, en realidad, no hay una explotación clara de un servicio (el de alumbrado público); lo único que existe es un contrato de suministro de las lámparas en el que el precio sería el ahorro del consumo durante los diez años siguientes. De forma que la única especialidad es la forma de pago del precio; que en vez de tratarse de un precio fijo, estaríamos ante un precio variable en función del ahorro generado. Por tanto, desde nuestro punto de vista, más que de contrato de gestión de servicio público cabría hablar o de contrato de suministro o, en su caso, de contrato administrativo especial.

Por otra parte, existe el inconveniente de que, si se carece en el ayuntamiento de un técnico capaz de evaluar la forma de calcular el ahorro que supone la instalación de estas lámparas, se plantearían problemas a la hora de determinar el precio de este contrato.

Por lo tanto en conclusión sería más correcto contratar el suministro consistente en la sustitución de las luminarias y que el ahorro repercuta directamente en el Ayuntamiento.

Supuesto nº 3.

Planteamiento.

El Ayuntamiento quiere contratar el suministro de una aplicación para el móvil para que los ciudadanos puedan comunicar incidencias o deficiencias que puedan existir. ¿Es posible suscribir un contrato menor por el suministro de la aplicación para el móvil y posteriormente licitar el mantenimiento de la APP?

Resolución.

Sin duda que se trata de dos prestaciones íntimamente relacionadas, y lo más recomendable sería la aplicación de un contrato mixto (suministro – servicios)

Sin embargo no se puede negar que se trata de dos objetos diferentes, uno el suministro de una APP y otro el contrato de servicio de mantenimiento de la misma, lo que nos llevaría a considerar que, si bien insistiendo en que lo más recomendable sería la contratación conjunta de ambos, sería posible siempre que se justificase adecuadamente en el expediente, la contratación independiente. En apoyo de tal afirmación podríamos citar aquí el antiguo informe 11/95, de 8 de junio de 1995, de la Junta Consultiva de Contratación del Estado en el que se consideran como contratos autónomos el suministro de equipos informáticos y el mantenimiento de los mismos.

Supuesto nº 4.

Planteamiento.

Una empresa ofrece al Ayuntamiento la colocación de mobiliario urbano y el mantenimiento del mismo durante un determinado tiempo a cambio de que se pueda por esta explotar la publicidad de dicho mobiliario. Propone la realización del oportuno convenio.

Resolución.

De plano debería rechazarse la posibilidad de la suscripción de un convenio, ya que limitaría las opciones de concurrencia pública que deben imperar. Así mismo, el artículo 6.1 de la LCSP excluye de la aplicación de la misma a los convenios cuyo contenido no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley, que no parece ser el caso.

Ante este planteamiento cabrían dos posibles soluciones:

- 1.-Considerar que estamos ante un contrato mixto de suministro de mobiliario urbano y servicios mantenimiento del mismo, que deberá tramitarse conforme a las normas del contrato que sea la prestación principal conforme a lo previsto en el artículo 18 de la LCSP 2017, en todo caso a través de la correspondiente licitación pública.
- 2.-Considerarlo como una ocupación de dominio público y sujeto a licencia de ocupación especial (artículo 77 del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio) que en todo caso al tratarse de un espacio limitado, de nuevo sería necesario proceder a su licitación.

2.-LICITACIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO.

En cuanto a la licitación del contrato de suministro esta se regirá por la normas generales de licitación de los contratos contenidas en la LCSP 2017 sin perjuicio de que la Ley dedique el Capítulo IV del Título II del Libro II (artículos 298 a 307) a regular una serie de peculiaridades de este contrato que por lo demás difieren poco respecto a la regulación establecida en el TRLCSP para estos contratos.

De nuevo se considera de utilizar establecer de forma esquemática los procedimientos de contratación que pueden ser aplicables para la licitación de un contrato de suministros incluyendo igualmente una referencia a los supuestos en los que se podrá interponer el recurso especial en materia de contratación. De manera esquemática podríamos representarlo del siguiente modo:

Procedimiento	Permitido en la concesión de servicios	Artículo LCSP 2017
Contrato menor	SI	Art. 118
Procedimiento con negociación	SI	Sólo podrá utilizarse en los supuestos del artículo 167. Nunca por cuantía
Procedimiento abierto	SI	Art. 131.2
Procedimiento restringido	SI	Art. 131.2.
Procedimiento abierto simplificado	SI	Art.159.1 (valor estimado igual o inferior a 100.000 €)
Procedimiento abierto super – simplificado o simplificadísimo	SI	Art. 159.6 (valor estimado inferior a 35.000 €)
Diálogo competitivo	SI	Art. 131, 167 y 172
Contratos SARA	SI	Art.21.1 (valor estimado igual o superior a 221.000 euros)
Recurso especial en materia de contratación	SI	Art. 44.1 a) (valor estimado superior a 100.000 euros)

Igualmente resulta interesante señalar que dadas las mayores limitaciones introducidas en el contrato menor por el artículo 118. 3 de la LCSP 2017, es el campo de los suministros en donde mayor importancia cobra la posibilidad de la utilización de mecanismos de racionalización de la contratación tales como los acuerdos marco, los sistemas dinámicos o las centrales de contratación.

3.-LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO. (ARTS. 300 a 303).

La LCSP 2017 dedica cuatro artículos (300 a 303) a regular los aspectos específicos de la ejecución del contrato de suministros.

El artículo 300 regula **la entrega y recepción** en los siguientes términos:

1. El contratista estará obligado a entregar los bienes objeto de suministro en el tiempo y lugar fijados en el contrato y de conformidad con las prescripciones técnicas y cláusulas administrativas.

2. Cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración, salvo que esta hubiere incurrido en mora al recibirlos.

3. Cuando el acto formal de la recepción de los bienes, de acuerdo con las condiciones del pliego, sea posterior a su entrega, la Administración será responsable de la custodia de los mismos durante el tiempo que medie entre una y otra.

4. Una vez recibidos de conformidad por la Administración bienes o productos perecederos, será esta responsable de su gestión, uso o caducidad, sin perjuicio de la responsabilidad del suministrador por los vicios o defectos ocultos de los mismos.

Dicho precepto no supone modificación alguna respecto a lo ya regulado en el TRLCSP, y en todo caso el contratista será responsable de los bienes a suministrar hasta la entrega de los mismos y una vez entregados traslada dicha responsabilidad a la Administración, sin perjuicio de la responsabilidad por vicios ocultos. El contratista será responsable de la pérdida de los bienes antes de la entrega a la Administración, incluso cuando dicha pérdida se deba a supuestos de fuerza mayor.

Si bien esto es así no debemos olvidar la posibilidad de que se establezca una garantía definitiva que responderá de los supuestos establecidos en el artículo 110 de la LCSP y en concreto el apartado e) establece que

Además, en los contratos de obras, de servicios y de suministros, la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes construidos o suministrados o de los servicios prestados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

(En todo caso a los vicios surgidos durante el período de garantía nos referiremos más adelante cuando analicemos el artículo 305).

Y la responsabilidad del contratista por los vicios ocultos que puedan existir en los bienes suministrados, lo cual nos obligaría a acudir a la legislación civil. En concreto el artículo 1484 del Código Civil establece que:

“El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.”

Y el artículo 1490 establece que *“Las acciones que emanan de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida.”*

Fuera de estos supuestos de garantía, el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha manifestado de forma contraria a que por la vía de los pliegos de cláusulas administrativas se puede modificar las condiciones de entrega y recepción reguladas en el artículo 300 en orden a trasladar o ampliar responsabilidades.

Igualmente no es admisible demorar los plazos, ni es admisible que la entrega y la recepción puedan demorarse a voluntad de la Administración contratante (STSJ de Castilla y León de 15 de marzo de 2005).

NOVEDAD.- Si bien con carácter general, pero dada la importancia que puede tener en el caso de los contratos de suministros, conviene recordar que la Disposición Adicional tercera de la LCSP 2017 establece la obligación del Interventor de asistir a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores. Sin olvidar igualmente la necesidad de nombrar a un responsable del contrato que actuará conforme a las previsiones del artículo 62 de la LCSP 2017.

Supuesto práctico.

Supuesto 1.-

Planteamiento:

Con motivo de la celebración de las fiestas patronales, fue alquilada una alternadora para reforzar el suministro eléctrico. Se situó en la vía pública sin ningún tipo de protección. Un vecino vertió, en el depósito de gasoil, algún tipo de ácido, lo que produjo desperfectos en la alternadora. La empresa arrendadora nos solicita que abonemos el precio de la reparación. ¿Hasta qué punto la responsabilidad es imputable al Ayuntamiento? ¿La responsabilidad es contractual o extracontractual? ¿Se debería abonar el coste de las pruebas realizadas para determinar la causa de la avería?

Resolución.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 16.3 de la LCSP 2017 el contrato de arrendamiento de bienes muebles tiene la consideración de un contrato de suministro, por lo que le es aplicable la normativa de contratos de las Administraciones Públicas. Según el art. 300.2 del mismo cuerpo legal, «cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración», de donde se desprende, a sensu contrario, que una vez recibidos por la Administración, el adjudicatario sí tiene derecho a indemnización por pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes.

Por otra parte, si tenemos en cuenta las normas generales del Derecho civil, que rigen supletoriamente en materia de contratos, hay que señalar que el arrendatario de bienes muebles está obligado a conservarlas con la diligencia de un buen padre de familia y devolverlas en el estado que las recibió, sin más deterioro que el producido por el uso normal de la cosa, y que según el art. 1101 del Código Civil «quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas». En el caso que nos ocupa es clara la negligencia del

Ayuntamiento en las obligaciones de custodia y conservación de la cosa arrendada, por lo que no cabe duda de la responsabilidad del Ayuntamiento.

En cuanto al tipo de responsabilidad, por lo señalado anteriormente, entendemos que se trata de una responsabilidad contractual, en cuanto las partes estaban vinculadas por un contrato, y la indemnización se solicita por daños derivados de la falta de diligencia en la custodia y conservación de la cosa arrendada.

Si se determina la responsabilidad del Ayuntamiento por incumplimiento de contrato, esto es, por devolver la cosa arrendada en estado de no servir para su finalidad habitual, es claro que está obligado a indemnizar al arrendador, y la indemnización del daño emergente no es otro que el coste de la reparación de la cosa. En cuanto a si el Ayuntamiento debe abonar el coste de las pruebas realizadas para saber cuál fue la causa de la avería, hay que tener en cuenta que el contratista es quien debe acreditar que los desperfectos en el alternador no se han debido al uso normal de la misma, por lo que será éste quien deberá probar que en el momento de la entrega a la Administración el alternador estaba en perfectas condiciones de funcionamiento, y que por circunstancias ajenas al normal funcionamiento ha sido devuelta con desperfectos o averías importantes que impiden su normal funcionamiento. Este extremo requeriría un dictamen técnico de peritos en la materia, siendo a cargo de la Administración los gastos en que, justificadamente, haya incurrido el suministrador para probar la imputación del daño y su autor.

Todo esto sin perjuicio de la responsabilidad que posteriormente la Administración pueda exigir al vecino que vertió el ácido que se trataría de una responsabilidad extracontractual.

El artículo 301 de la LCSP 2017 regula por su parte **el pago del precio** en los siguientes términos:

- 1. El adjudicatario tendrá derecho al abono del precio de los suministros efectivamente entregados y formalmente recibidos por la Administración con arreglo a las condiciones establecidas en el contrato.*
- 2. En el contrato de suministros en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 por ciento del precio del contrato, a que se refiere el artículo 205.2.c).3.º, sin que sea preciso tramitar el correspondiente expediente de modificación, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.*

El derecho al pago por parte del suministrador nacerá en el momento en el que este haya entregado los bienes objeto del contrato y se haya producido la recepción formal por parte de la Administración.

En relación a esta recepción formal del suministro, se entiende que en buena técnica administrativa, requeriría de la formalización de la correspondiente acta de recepción, que a la vista de las novedades introducidas por la LCSP 2017 debería estar firmada al menos por:

- ✓ 1 Representante de la Administración (Alcalde o Concejál).
- ✓ Interventor de la corporación (Que deberá estar presente salvo cuando se trate de contratos menores).
- ✓ Contratista

Más dudosa parece la obligación de que este acta de recepción tenga que estar firmada igualmente por el responsable del contrato (nada dice de forma específica el artículo 62) y por el Secretario de la Corporación. A este último respecto el Real Decreto 128/2018, de 16 de marzo, por el que se regula el régimen jurídico de los funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional establece en su artículo 3.2.i) como funciones de fe pública reservadas a los Secretarios de la Corporación la de “actuar como fedatario en la formalización de todos los contratos, convenios y documentos análogos en que intervenga la Entidad Local” Por lo que salvo que consideremos que dentro de ese genérico concepto “documentos análogos” se encontrarían las actas de recepción de los suministros municipales, la presencia del Secretario no sería necesaria.

Teniendo en cuenta los términos de la Disposición Adicional Decimoquinta de la LCSP 2017, que únicamente se refiere al obligatorio carácter electrónico de la licitación y las comunicaciones entre el órgano de contratación y los licitadores, sin referirse a la ejecución del contrato, cabría la posibilidad de defender la posibilidad de que este acta de recepción pueda ser realizada en papel. No obstante teniendo en cuenta la obligación general establecida en el artículo 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común, que establece la obligación de todas las personas jurídicas de relacionarse electrónicamente con la Administración, nada impediría que se estableciese en los pliegos de cláusulas administrativas la obligación de que dicha acta sea expedida en formato electrónico, lo que sería congruente con la afirmación del artículo 70.2 de la misma Ley 39/2015, al establecer el formato electrónico como el único válido para los expedientes.

Igualmente, y aunque nada se establezca de forma expresa en el artículo 301.1, se entiende que para que se pueda exigir por el contratista el pago del precio será igualmente necesario la presentación de la correspondiente factura en la forma legalmente establecida.

El pago del precio ha de realizarlo directamente la Administración contratante, sin que quepa la posibilidad de diferirlo a un tercero, como ha establecido el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco en sentencia 400/2016, de 26 de septiembre, de la Sala de lo Contencioso – Administrativo.

NOVEDAD.-En relación al TRLCSP se añade un nuevo párrafo en el artículo 301, que contempla el supuesto en el que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios. En este caso, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el 10% del precio del contrato, sin que sea preciso tramitar un expediente de modificación, siempre que lo contemple el pliego y cuente con financiación suficiente

en el expediente originario del contrato. Dicha modificación es acorde a lo que ya se venía estableciendo en el antiguo artículo 234 del TRLCSP para los contratos de obras y en la LCSP 2017 para los contratos de servicios en el artículo 309.

El artículo 302 de la LCSP 2017 se refiere al pago en metálico y en otros bienes estableciendo:

1. Cuando razones técnicas o económicas debidamente justificadas en el expediente lo aconsejen, podrá establecerse en el pliego de cláusulas administrativas particulares que el pago del precio total de los bienes a suministrar consista parte en dinero y parte en la entrega de otros bienes de la misma clase, sin que, en ningún caso, el importe de estos pueda superar el 50 por cien del precio total.

A estos efectos, el compromiso de gasto correspondiente se limitará al importe que, del precio total del contrato, no se satisfaga mediante la entrega de bienes al contratista, sin que tenga aplicación lo dispuesto en el artículo 27.4 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, en el apartado 3 del artículo 165 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobada por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, o en análogas regulaciones contenidas en las normas presupuestarias de las distintas Administraciones Públicas sujetas a esta Ley.

2. La entrega de los bienes por la Administración se acordará por el órgano de contratación, implicando dicho acuerdo por sí solo la baja en el inventario y, en su caso, la desafectación de los bienes de que se trate.

3. En este supuesto el importe que del precio total del suministro corresponda a los bienes entregados por la Administración será un elemento económico a valorar para la adjudicación del contrato y deberá consignarse expresamente por los empresarios en sus ofertas.

4. El contenido de este artículo será de aplicación a los contratos de servicios para la gestión de los sistemas de información, los de servicios de telecomunicación y los contratos de mantenimiento de estos sistemas, suministros de equipos y terminales y adaptaciones necesarias como cableado, canalizaciones y otras análogas, siempre que vayan asociadas a la prestación de estos servicios y se contraten conjuntamente con ellos, entendiéndose que los bienes a entregar, en su caso, por la Administración han de ser bienes y equipos informáticos y de telecomunicaciones.

Por lo tanto la LCSP 2017 sigue contemplando la posibilidad de que en el contrato de suministros el pago por parte de la Administración no tenga porque ser realizado exclusivamente en metálico siendo posible que parte del precio se satisfaga en especie. Para ello será necesario el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Deben existir razones técnicas o económicas que lo justifiquen y deben quedar tales razones debidamente acreditadas en el expediente de contratación.
- Debe estar expresamente previsto en los pliegos.
- El importe del pago en especie no podrá nunca superar el 50% del precio total (se entiende que del valor estimado).
- Tiene obligatoriamente que ser valorado para la adjudicación del contrato y deberá consignarse expresamente por los empresarios en sus ofertas.

Esta modalidad de pago resulta especialmente útil en contratos de suministro de equipos informático, fotocopadoras, vehículos municipales etc... en los cuales la Administración ya cuenta con unos equipos previamente y pretende que le sean suministrados nuevos bienes, normalmente más avanzados, para sustituir a los que han quedado obsoletos. De esta manera los bienes obsoletos se pueden incluir como parte del precio del contrato lo que implica una serie de ventajas:

- Se abarata el precio efectivo a abonar por la Administración.
- Se produce la baja automática de los bienes entregados en el inventario y la desafectación de los mismos.
- Se tramita un único expediente, mientras que de otra forma sería necesario tramitar un expediente de desafectación de los bienes, otro para la venta de los mismos y un tercero para la baja en el inventario de bienes.

Ejemplo.

Como ejemplo podemos citar la licitación del suministro de un tractor en el Ayuntamiento de Oroso en el que se establecía en sus cláusulas:

1.1. *El **presupuesto base de licitación**, sobre los que los licitadores presentarán oferta a la baja será el siguiente:*

1.1.1. *LOTE 1: TRACTOR AGRÍCOLA: 57.000,00 euros más IVA de 11.970,00 euros.*

1.1.2. *LOTE 2: BRAZO DESBROZADOR LATERAL HIDRÁULICO: 19.000,00 euros más IVA de 3.990,00 euros.*

1.2. *Igualmente los licitadores ofertarán obligatoriamente el precio de adquisición del tractor propiedad del ayuntamiento que figura en el pliego de prescripciones técnicas, de conformidad con el precio mínimo de adquisición previsto.*

Finalmente el artículo 303 reconoce las **facultades de la Administración en el proceso de fabricación** de los bienes a suministrar estableciendo:

“La Administración tiene la facultad de inspeccionar y de ser informada del proceso de fabricación o elaboración del producto que haya de ser entregado como consecuencia del contrato, pudiendo ordenar o realizar por sí misma análisis, ensayos y pruebas de los materiales que se vayan a emplear, establecer sistemas de control de calidad y dictar cuantas disposiciones estime oportunas para el estricto cumplimiento de lo convenido.”

Este artículo se incardina dentro de las prerrogativas que con carácter general se le reconocen a la Administración y debe ser conectado ahora con las facultades del responsable del contrato regulado en el artículo 62 de la LCSP 2017.

4.-CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE SUMINISTRO (ARTS 304 Y 305)

Ninguno de los artículos contempla modificaciones respecto a la legislación anterior que se contenía en los artículos 297 y 298 del TRLCSP. Así el artículo 304 establece que:

Artículo 304 Gastos de entrega y recepción

1. Salvo pacto en contrario, los gastos de la entrega y transporte de los bienes objeto del suministro al lugar convenido serán de cuenta del contratista.

2. Si los bienes no se hallan en estado de ser recibidos se hará constar así en el acta de recepción y se darán las instrucciones precisas al contratista para que subsane los defectos observados o proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado.

En canto a los gastos derivados de la entrega (transporte al lugar convenido, manipulación, depósito....) como regla general, serán de cuenta del contratista, salvo que en el pliego se haya establecido otra cosa. Pese lo previsto en el artículo 304.1 no procedería pacto en contrario no previsto en los pliegos es decir, pese a que se afirme “salvo pacto en contrario” no parece admisible pactar en el contrato – una vez adjudicado a favor de un determinado empresario – el reparto de los gastos o la asunción de estos por la Administración si tal posibilidad no estaba previamente prevista en los pliegos pues supondría quebrar tanto la objetividad como la transparencia de la adjudicación.

Por lo que respecta al apartado 2, cuando en el momento de entrega la Administración compruebe que los bienes objeto de suministro no están en estado de ser recibidos, se hará constar tal extremo en el acta de recepción, dándose al contratista las instrucciones necesarias para que subsane los defectos observados o proceda a un nuevo suministro de conformidad con lo pactado. En el caso de que fuesen varios los objetos a suministrar y solo parte presentasen deficiencias no cabría una recepción parcial (siempre que esta no se contemplase en el pliego) ya que la recepción debe ser única y definitiva, no siendo posible tampoco las recepciones condicionadas. Piénsese en los problemas que podría acarrear a efectos de cómputo de plazos de garantía el recepcionar parte de los bienes en un momento y parte en otro no estando prevista la recepción parcial en los pliegos de cláusulas administrativas.

El artículo 305 por su parte establece:

Artículo 305 Vicios o defectos durante el plazo de garantía

1. Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los bienes suministrados tendrá derecho la Administración a reclamar del contratista la reposición de los que resulten inadecuados o la reparación de los mismos si fuese suficiente.

2. Durante este plazo de garantía tendrá derecho el contratista a conocer y ser oído sobre la aplicación de los bienes suministrados.

3. Si el órgano de contratación estimase, durante el plazo de garantía, que los bienes suministrados no son aptos para el fin pretendido, como consecuencia de los vicios o defectos observados en ellos e imputables al contratista y exista la presunción de que la reposición o reparación de dichos bienes no serán bastantes para lograr aquel fin, podrá, antes de expirar dicho plazo, rechazar los bienes dejándolos de cuenta del contratista y quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.

4. Terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia a que se refieren los apartados 1 y 3 de este artículo, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de los bienes suministrados.

Respecto a la garantía definitiva debemos igualmente en cuenta la previsión establecida en el artículo 107. de la LCSP que establece:

1. A salvo de lo dispuesto en los apartados 4 y 5, los licitadores que, en las licitaciones de los contratos que celebren las Administraciones Públicas, presenten las mejores ofertas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, deberán constituir a disposición del órgano de contratación una garantía de un 5 por 100 del precio final ofertado por aquellos, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido. En el caso de los contratos con precios provisionales a que se refiere el apartado 7 del artículo 102, el porcentaje se calculará con referencia al precio máximo fijado, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido.

No obstante, atendidas las circunstancias concurrentes en el contrato, el órgano de contratación podrá eximir al adjudicatario de la obligación de constituir garantía definitiva, justificándolo adecuadamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares, especialmente en el caso de suministros de bienes consumibles cuya entrega y recepción deba efectuarse antes del pago del precio, contratos que tengan por objeto la prestación de servicios sociales o la inclusión social o laboral de personas pertenecientes a colectivos en riesgo de exclusión social, así como en los contratos privados de la Administración a los que se refieren los puntos 1.º y 2.º de la letra a) del apartado 1 del artículo 25 de la presente Ley. Esta exención no será posible en el caso de contratos de obras, ni de concesión de obras.

2. En casos especiales, el órgano de contratación podrá establecer en el pliego de cláusulas administrativas particulares que, además de la garantía a que se refiere el apartado anterior, se preste una complementaria de hasta un 5 por 100 del precio final ofertado por el licitador que presentó la mejor oferta de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145, excluido el Impuesto sobre el Valor Añadido, pudiendo alcanzar la garantía total un 10 por 100 del citado precio.

A estos efectos se considerará que constituyen casos especiales aquellos contratos en los que, debido al riesgo que en virtud de ellos asume el órgano de contratación, por su especial naturaleza, régimen de pagos o condiciones del cumplimiento del contrato, resulte aconsejable incrementar el porcentaje de la garantía definitiva ordinaria a que se refiere el apartado anterior, lo que deberá acordarse mediante resolución motivada. En particular, se podrá prever la presentación de esta garantía complementaria para los casos en que la oferta del adjudicatario resultara inicialmente incurso en presunción de anormalidad.

3. Cuando el precio del contrato se formule en función de precios unitarios, el importe de la garantía a constituir se fijará atendiendo al presupuesto base de licitación, IVA excluido.

A este respecto debemos recordar que el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en resolución 61/2013, de 6 de febrero, considera como error insubsanable la defectuosa constitución de garantía definitiva.

Supuestos prácticos.

Supuesto nº 1.

Planteamiento.

La empresa TECNOVE, S.L., que había resultado adjudicataria, entregó el remolque al Laboratorio el 30 de abril de 2002. Dado que fue entregado sin matricular, el Laboratorio se vio obligado a realizar dicha gestión en el mes de mayo. El remolque traía instalado el grupo electrógeno de forma fija en su interior, lo que afectaba gravemente a su capacidad de funcionamiento como laboratorio móvil de medida y calibración y lo invalidaba para el uso al que estaba destinado; por ello, el Laboratorio requirió a la empresa adjudicataria su subsanación. Habida cuenta que TECNOVE, S.L. rehusó subsanar los defectos observados, que ya habían sido advertidos por el personal técnico del Laboratorio, exigiendo una cantidad extra importante sobre el coste del remolque para hacerlo extraíble, se adjudicó esta prestación a la empresa fabricante del grupo electrógeno, la firma LESTÓN, S.A. de A Coruña.

Para conseguir que el remolque suministrado fuese apto para la finalidad para la que había sido contratado, se decidió trasladarlo a las instalaciones de LESTÓN, S.A. Realizando este trayecto, el vehículo de marca Land Rover Discovery, matrícula OU7895-W que tiraba del remolque (R-8673-BBJ) tuvo un accidente en la autovía A-52 que dejó el remolque totalmente inservible para cualquier utilidad o aplicación, siendo calificado por la entidad que cubría su seguro, "Winthertur", como siniestro total. Esta parte dio traslado de lo ocurrido a la empresa suministradora con el objeto de que pudiese alegar o practicar las pruebas que estimase convenientes para determinar las causas del accidente; sin embargo, TECNOVE, S.L. se limitó a requerir urgentemente el pago del remolque suministrado, sin respetar siquiera el plazo de pago habitual del Laboratorio Oficial de Metrología de Galicia de 60 días.

Con el objeto de determinar las causas del accidente, el Laboratorio solicitó los siguientes informes: Informe del Ministerio de Ciencia y Tecnología, de fecha 14 de agosto de 2002, en el que se indica que el esfuerzo del vehículo no podía ser superior a 150 kilogramos; Informe del Departamento de Seguridad de la Universidad Carlos III, de fecha 23 de octubre de 2002, en el que se concluyó que el resultado de la medida del esfuerzo en la lanza de enganche del remolque con el vehículo era superior al doble del máximo permitido y que la causa del accidente fue el defectuoso diseño del remolque por parte del constructor, que producía una mala distribución de cargas en la transformación realizada sobre el remolque que rebasa los límites permitidos, con un esfuerzo sobre la lanza del enganche al vehículo que supera en más del doble el esfuerzo permitido por la legislación actual.

Una vez recibidos los informes anteriores, el Laboratorio Oficial de Metrología de Galicia se puso en contacto con TECNOVE, S.L. en octubre de 2002, con el objeto de comunicarle estos resultados a fin de que procediese a la reposición de un remolque que se ajustase las prescripciones técnicas convenidas, sin que hasta la fecha se haya recibido respuesta alguna sobre el particular.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Laboratorio Oficial de Metrología de Galicia considera que el suministro efectuado por TECNOVE SL no se ha realizado a satisfacción y que por lo tanto, no procede su recepción al no haber superado satisfactoriamente las pruebas de conformidad según lo dispuesto en el Pliego de prescripciones técnicas.

Resolución.

(Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia 2023/2008 del 14 de abril, sala contencioso – administrativo.)

Teniendo en cuenta en este caso los vicios o defectos observados durante el plazo garantía en el remolque suministrado por TECNOVE, S.L. que se han descrito en el informe del Director del Laboratorio de Metrología emitido con fecha 31 de julio de 2003 y presumiendo que el contratante, dado el tiempo transcurrido, que no va a proceder a la reposición de un remolque que sea apto para el fin pretendido, es conforme a derecho rechazar el remolque suministrado, poniéndolo a su disposición y resolverle el contrato con él celebrado, quedando la FUNDACIÓN PARA EL FOMENTO DE LA CALIDAD INDUSTRIAL Y DESARROLLO TECNOLÓGICO DE GALICIA exenta de la obligación de pago de dicho suministro o teniendo derecho , en su caso, a la recuperación del precio satisfecho de conformidad con el art. 191.3 in fine del REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2000, de 16 de junio (RCL 2000, 1380, 2126) por el que se aprueba el texto refundido de la LCAP; luego no procede estimar el recurso ni condenar a los demandados al pago de la cantidad de 63.016,11 euros más intereses legales devengados desde la fecha y al tipo que se pretende hasta el día en que efectivamente se realice el abono reclamado.

Supuesto nº 2.-

Planteamiento.

Por Decreto de 17 de abril de 2002, le fue adjudicado a la empresa XXX, por el procedimiento negociado sin publicidad, un contrato de suministros, por importe de 29.297,42 euros, para el "embellecimiento de los accesos a Venta del Charco y Mirador de Azuel", fijándose la obligación de prestar fianza, y un plazo de garantía de un año. Efectuados los suministros se presentó factura que fue aprobada el 6 de mayo de 2002. El 26 de junio de 2002, el Arquitecto Técnico del Ayuntamiento de Cerdeña emite certificado de finalización de obra de embellecimiento de accesos a Venta del Charco y de iluminación y adecuación turística del Mirador de Azuel, en el que se indica que dichas obras finalizaron en su totalidad el 2 de mayo de 2002.

En diciembre de 2002 y abril de 2003 la actora solicitó la devolución de las fianzas constituidas. Ante dichas solicitudes se emite informe del Arquitecto Técnico de 12 de mayo de 2002 en el que se indica la existencia de defectos en los suministros manifestándose contrario a la devolución de las fianzas -debe destacarse que la fecha de dicho informe ha de entenderse errónea respecto al año, debiéndose entender que corresponde al 2003, pues es evidente que no puede informarse desfavorablemente respecto de unas solicitudes que no se habían producido en dicha fecha-. Finalmente se dicta resolución acordando incautar las fianzas. Dicha resolución de incautación es recurrida por la empresa XXX.

El recurrente sostiene que transcurrió el plazo de garantía sin que se le indicaran la existencia de defectos en los suministros, no existiendo defecto alguno en los mismos, habiéndose abonado las facturas sin poner objeción alguna.

Por el contrario el Ayuntamiento sostiene la existencia de defectos habiéndose requerido en numerosas ocasiones para la subsanación de forma oral.

Resolución.

(Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) 9950/2006 de 11 de julio de 2006)

No consta en el expediente que se efectuara a la actora comunicación alguna de la existencia de defectos en los suministros efectuados, hasta que se le notificó la resolución por la que se le incautan las fianzas prestadas el 27 de mayo de 2005. El letrado de la Administración demandada se limita a indicar que dichos reparos fueron constantes de forma oral, pero lo cierto es que no existe constancia alguna de la realidad de dichas afirmaciones. Habiéndose aprobado el pago sin reparo alguno de las facturas correspondientes a los suministros el 20 de abril de 2001 y el 6 de mayo de 2002, desde dichas fechas debe comenzar a computarse el plazo del año de garantía, no habiéndose comunicado la existencia de vicios en dicho plazo procedía su devolución, por lo que el recurso ha de ser estimado.

Existiendo retraso en la devolución de las garantías prestadas, la actora ha de ser indemnizada en los daños y perjuicios que le haya causado la no devolución de las fianzas una vez finalizado el plazo de garantía.

De esta sentencia se puede deducir la importancia de realizar desde la Administración los reparos o denuncia a los que se refieren los apartados 1 y 3 del artículo 305 antes de finalizar el plazo de garantía y que tales reparos sean realizados por medios que permitan dejar constancia de los mismos.

Supuesto nº 3.-

Planteamiento.

La empresa YYY ha contratado con el Ayuntamiento el suministro de un tractor. Previa a la formalización del contrato ha constituido en metálico la correspondiente garantía definitiva. Antes de la finalización del plazo de garantía se le comunica por parte de la Agencia Tributaria providencia de embargo contra la empresa YYY ordenando al Ayuntamiento que proceda a la retención de cualquier pago que tuviese pendiente con dicha empresa. Se plantea si ha de retenerse también la garantía en su día constituida.

Resolución.

En un sentido amplio, se puede afirmar que la garantía definitiva responde de la correcta ejecución del contrato. Cumpliendo, así, dos funciones esenciales: una función penal o sancionadora respecto a la demora del contratista o el incumplimiento de otras obligaciones en la ejecución del contrato; y una función indemnizatoria de los daños y perjuicios que se causen a la Administración.

El artículo 110 de la LCSP 2017 establece actualmente que:

La garantía definitiva únicamente responderá de los siguientes conceptos:

- a) De la obligación de formalizar el contrato en plazo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 153.
- b) De las penalidades impuestas al contratista conforme al artículo 192 de la presente Ley.
- c) De la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato incluidas las mejoras que ofertadas por el contratista hayan sido aceptadas por el órgano de contratación, de los gastos originados a la Administración por la demora del contratista en el cumplimiento de sus obligaciones, y de los daños y perjuicios ocasionados a la misma con motivo de la ejecución del contrato o por su incumplimiento, cuando no proceda su resolución.
- d) De la incautación que puede decretarse en los casos de resolución del contrato, de acuerdo con lo que en él o en esta Ley esté establecido.
- e) Además, en los contratos de obras, de servicios y de suministros, la garantía definitiva responderá de la inexistencia de vicios o defectos de los bienes construidos o suministrados o de los servicios prestados durante el plazo de garantía que se haya previsto en el contrato.

La enumeración que realiza el artículo 110 de la LCSP 2017 debe considerarse cerrada, en el sentido de que la garantía responderá única y exclusivamente del cumplimiento de la obligación garantizada y no del resto de las obligaciones que tuviera el deudor que prestó la garantía. De forma que la garantía no puede ser incautada para fines diferentes. En este sentido se pronuncia el Informe 36/1999, de 12 de noviembre de la JCCA, que señala:

«(...) A la más elemental noción del derecho responde la idea de que las garantías en general, los avales en particular, responden exclusivamente del cumplimiento de la obligación garantizada y no del resto de las obligaciones del deudor garantizado, pues si bien este último responde con todos sus bienes presentes y futuros del cumplimiento de sus obligaciones (art. 1911 del Código Civil (LA LEY 1/1889)) la responsabilidad del garantista o avalista se limita a la obligación que se garantiza, en este caso la correcta ejecución del contrato de limpieza viaria, como inequívocamente se desprende de la regulación de la fianza en el Código Civil (art. 1822 a 1856) y de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo art. 44 al enumerar los conceptos de los que responden las garantías definitivas (penalidades, obligaciones, gastos y daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato e incautación en casos de resolución) y liga lógicamente tales conceptos al incumplimiento del contratista y, además, frente a la Administración y no frente a terceros. En este sentido la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 1985 ha declarado que "... tampoco puede aceptarse la afirmación de que las fianzas incautadas estuviesen afectas a fines distintos de los que han motivado su incautación, pues es bien notorio que las fianzas constituidas quedan afectadas al estricto cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la relación contractual para cuya garantía se constituyesen".

Sin necesidad de extenderse más en estas ideas elementales sobre la finalidad de las garantías definitivas en la ejecución de los contratos que permiten concluir que un tercero, ajeno a la Administración y al contratista, cual es el caso en este supuesto de la Seguridad Social, no puede incautar o hacerse con el importe de la garantía definitiva (...).»

Por tanto, si la garantía lo es en forma de aval, está claro que sólo puede ejecutarse por una de las causas que se establecen en la normativa contractual. Ahora bien, tratándose de una garantía en metálico, existe una excepción a esta regla general, que es la prevista en el art. 65.3 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Publicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre que establece:

“la Caja General de Depósitos o sus sucursales u órgano ante el que se encuentren constituidas se abstendrán de devolver las garantías en metálico o en valores, aun cuando resultase procedente por inexistencia de responsabilidades derivadas del contrato, cuando haya mediado providencia de embargo dictada por órgano jurisdiccional o administrativo competente. A estos efectos, las citadas providencias habrán de ser dirigidas directamente al órgano ante el que se encuentren constituidas dichas garantías.”

El referido precepto, incluido en el Reglamento y no en la Ley, ha sido objeto de crítica; ya que hay quien ha considerado que contradice de forma directa lo establecido actualmente en el artículo 110 de la LCSP 2017, pero la realidad es que este artículo 110 establece lo mismo que en su día establecía el artículo 100 del TRLCSP, el artículo 88 de la LCSP y el artículo 43 del TRLCAP 2/2000, por lo que debemos considerarlo en vigor a día de hoy, aunque se pueda considerar que carece de sentido que la garantía pueda ser retenida según si ha sido constituida en metálico o en forma de aval.

La norma recogida en el art. 65.3 RCAP tiene su justificación; y, por eso, se limita a las garantías depositadas en metálico o en valores, y no afecta a las garantías constituidas mediante aval o seguro de caución. La justificación es la siguiente: cuando se trata de metálico o valores, y se produce el acuerdo de devolución de estas garantías, lo que era una garantía afectada a un contrato se convierte en un derecho de crédito para el contratista de una suma de dinero o de unos valores. En tal caso, como simple derecho de crédito de un acreedor, podrá ser embargado o compensado de oficio, si ese acreedor es a la vez deudor en vía ejecutiva de la Hacienda de la Administración pública que deba hacer el pago. De la misma forma, como cualquier otro derecho de crédito a favor de un tercero, puede ser embargado por otra autoridad judicial o administrativa.

5.-RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE SUMINISTRO.

De forma específica el artículo 306 de la LCSP se refiere a las causas específicas de resolución del contrato de suministro en los siguientes términos:

Son causas de resolución del contrato de suministro, además de las generales, las siguientes:

a) El desistimiento antes de la iniciación del suministro o la suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega salvo que en el pliego se señale otro menor.

b) El desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor.

NOVEDAD.-El nuevo artículo 306, del mismo modo que el 313 para el contrato de servicios, rebaja el plazo de seis meses previsto en el artículo 299 a) del TRLCSP para la suspensión de la iniciación del contrato a cuatro meses, y se establece como nueva causa el desistimiento anterior a la iniciación del suministro. Igualmente también se contempla la posibilidad del desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro una vez este ya iniciado que pasa del plazo de un año previsto en el artículo 299 b) del TRLCSP a los ocho meses en la LCSP 2017.

De esta forma la figura del desistimiento se desdobra ahora según se produzca antes o después del inicio del suministro con diferentes efectos previstos en el artículo 307 de la LCSP 2017. De esta manera para los supuestos previstos en el apartado a) del artículo 306 (esto es desistimiento o suspensión anterior al suministro) se establece una indemnización del 3% del precio de adjudicación del contrato IVA excluido. Mientras que en el supuesto del artículo 306 b) el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de los suministros dejados de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por suministros dejados de realizar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran realizado.

Procede igualmente aclarar que la doctrina considera que el desistimiento al que se refiere el artículo 306 (bien antes o después de iniciado el suministro) es diferente al desistimiento regulado en el artículo 152 de la LCSP que en sus apartados 1, 2, 3 y 4 establece:

1. En el caso en que el órgano de contratación desista del procedimiento de adjudicación o decida no adjudicar o celebrar un contrato para el que se haya efectuado la correspondiente convocatoria, lo notificará a los candidatos o licitadores, informando también a la Comisión Europea de esta decisión cuando el contrato haya sido anunciado en el «Diario Oficial de la Unión Europea».

2. La decisión de no adjudicar o celebrar el contrato o el desistimiento del procedimiento podrán acordarse por el órgano de contratación antes de la formalización. En estos casos se compensará a los candidatos aptos para participar en la licitación o licitadores por los gastos en que hubiesen incurrido en la forma prevista en el anuncio o en el pliego o, en su defecto, de acuerdo con los criterios de valoración empleados para el cálculo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a través de los trámites del procedimiento administrativo común.

3. Solo podrá adoptarse la decisión de no adjudicar o celebrar el contrato por razones de interés público debidamente justificadas en el expediente. En este caso, no podrá promoverse una nueva licitación de su objeto en tanto subsistan las razones alegadas para fundamentar la decisión.

4. El desistimiento del procedimiento deberá estar fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa. El desistimiento no impedirá la iniciación inmediata de un procedimiento de licitación.

Como se aprecia, el artículo 152 exige para este desistimiento, anterior a la formalización del contrato, que esté fundado en una infracción no subsanable de las normas de preparación del contrato o de las reguladoras del procedimiento de adjudicación, debiendo justificarse en el expediente la concurrencia de la causa.

Sin embargo, el desistimiento de este artículo 306 (causa de resolución) no exige tal justificación por parte del órgano de contratación, de forma tal que la mera conveniencia de la Administración podría resultar causa justificadora. No obstante, el Consejo de Estado, en su dictamen 644/2014, de 23 de julio, ha determinado que este desistimiento está sujeto al requisito imprescindible de acreditar la concurrencia del interés público que lo justifique:

“Son causas de resolución de los contratos de consultoría y asistencia y de los de servicios las generales señaladas en el artículo 111 TRLCAP y las específicas de esta categoría contractual, que enumera el artículo 214 TRLCAP, entre las que se recoge expresamente en el apartado b) "el desistimiento o la suspensión del contrato por plazo superior a un año acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor".

El reconocimiento legal de la potestad administrativa de resolver unilateralmente un contrato en términos tan amplios no comporta que su ejercicio sea libre ni absoluto, antes bien, es preciso el concurso de un interés público que lo justifique. En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que la potestad de resolver el contrato por voluntad de la Administración exige la concurrencia adecuadamente motivada de un interés público que la legitime (dictamen 1.949/2007, de 22 de noviembre).

El desistimiento unilateral viene admitido en términos generales en el artículo 1454 del Código Civil por lo que se refiere a contratos de obras y para los contratos públicos en diversos preceptos del TRLCAP, si bien constituye un remedio excepcional al que la Administración Pública podrá acudir solo cuando razones de interés público así lo aconsejen.

Con el fin de comprobar el concurso de tales circunstancias, la justificación de la decisión de la Administración de resolver el contrato habrá de "constar en el expediente administrativo y de ella deberá tener oportuno conocimiento el contratista a los efectos pertinentes, incluida la posibilidad de alegar contra la decisión de desistir y de impugnar la realidad misma de sus fundamentos en relación con las exigencias del interés público" (dictamen del Consejo de Estado 1.336/2005, de 17 de noviembre).

En el expediente que ahora se dictamina la propuesta de resolución del contrato identifica como motivo que justifica el interés público del desistimiento contractual (además) del ahorro de costes que deriva de la dirección de las obras con medios propios de la Administración contratante, la pertinencia –que llega a ser evidente- de que la Administración asuma directamente tanto los trabajos de dirección de las obras de reparación de estructura y reforma integral de un edificio que es un Monumento

Histórico y un Bien de Interés Cultural, como los trabajos de coordinación de seguridad y salud asociados relativos al mismo.

No resulta tan evidente como pretende el órgano de contratación el hecho de que la resolución del contrato de asistencia comporte para la Administración Pública contratante un ahorro de las dimensiones pretendidas, y ello porque la repercusión que la modificación proyectada tiene sobre el contrato de dirección de obras, dirección de ejecución y dirección de instalaciones y coordinación de seguridad y salud no ha quedado acreditada en el expediente, ni el debate incoado al respecto ha llegado a resultados convincentes, quizá por la interferencia de los contratos de obras y de asistencia técnica. Pero aparece como cabal y suficiente la relevancia legitimadora que adquiere el hallazgo de restos arqueológicos en una edificación con carácter de Monumento Histórico Artístico de carácter nacional, como el que ha tenido lugar. Tal circunstancia permite reconocer sin discusión el concurso de un interés público en la dirección de las obras con medios propios de la Administración y por tanto en la resolución del contrato por desistimiento.”

A las causas específicas contempladas en el artículo 306 de resolución del contrato de suministro habrá que añadirles las causas generales de resolución de los contratos previstas en el artículo 211 de la LCSP.

Dentro de estas causas generales de resolución del contrato destacan las siguientes:

NOVEDAD.- El apartado d) relativo a la demora por parte del contratista, se precisa más esta demora como causa de resolución del contrato respecto de la regulación contenida en el TRLCSP de tal manera que se establece ahora que:

“En todo caso el retraso injustificado sobre el plan de trabajos establecido en el pliego o en el contrato, en cualquier actividad, por un plazo superior a un tercio del plazo de duración inicial del contrato, incluidas las posibles prórrogas”.

La razón de ser de la causa de resolución por demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista trae su razón en ser la ejecución del contrato en el plazo convenido una obligación capital del contratista (STS de 20 de marzo de 1972) al vincular ese plazo a la satisfacción del interés público inherente al contrato (Dictamen nº 304/2011, de 28 de diciembre del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha) y de la que resulta afectada la sustancia misma del negocio (Dictamen del Consejo de Estado nº 1191/1993, de 25 de noviembre de 1993).

No obstante, la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista no será causa de resolución si se constata una insuficiencia de la actividad instructora que no llegue a acreditar el incumplimiento (solicitando los informes o pericias necesarios para acreditar la realidad del incumplimiento) por la empresa de sus obligaciones contractuales o que resulte imputable al contratista y de los daños y perjuicios que el mismo hubiera acarreado a la Administración (Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha, nº 51/1996, de 26 de diciembre y SSTs de 2 de marzo de 1973 y de 21 de febrero de 1983, STSJCyL 278/2016 de 23 de Febrero). Este incumplimiento del contratista no podrá justificarse en la situación de la crisis económica pues, según el Dictamen nº 128/2013 de 12 de abril del Consejo Consultivo de Canarias, sus efectos en

cierta forma son imputables al contratista por ser consecuencia de su gestión no previsoramente cuando presentó su oferta, cuyo importe a la baja influyó en su adjudicación y más aún si el contrato se licitó varios años después de haberse iniciado la crisis económica, y por tanto, debió ser tenida en cuenta esta situación al optar a la adjudicación del contrato.

NOVEDAD.- El apartado i) “El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los convenios colectivos en vigor para estos trabajadores también durante la ejecución del contrato.”

Que debe ser completado con la previsión del artículo 212.1 que establece que “*La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca.*

No obstante lo anterior, la resolución del contrato por la causa a que se refiere la letra i) del artículo 211.1 solo se acordará, con carácter general, a instancia de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; excepto cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean trabajadores en los que procediera la subrogación de conformidad con el artículo 130 y el importe de los salarios por la empresa contratista supere el 5 por ciento del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio.”

Igualmente resulta reseñable que la **resolución por mutuo acuerdo** solo podrá tener lugar cuando no concurra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato (artículo 212.4).

En este sentido es necesario que se cumplan ambos requisitos debiendo quedar ambos debidamente acreditados en el expediente, no siendo suficiente la concurrencia de unos solo de los mismos.

En relación a la concurrencia del requisito de razones de interés público podemos citar aquí el dictamen del Consejo de Estado 1819/2002, de 26 de septiembre que establece:

“Conviene reiterar que no cabe apreciar el incumplimiento culpable del contrato que se imputa al contratista.

Sí parece deducirse, en cambio, que las relaciones entre las partes del contrato se han deteriorado de tal modo que pudiera convenir al interés público que se resuelva el vínculo que las une. El hecho de que no quepa imputar incumplimiento culpable al contratista unido a las difíciles relaciones entre las partes que parecen aconsejar que el contrato no perviva, permitiría, si fuera la voluntad del Ayuntamiento de Collado-Mediano, incoar expediente de resolución del contrato por mutuo acuerdo, por concurrir, en principio, las circunstancias previstas en el artículo 113.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”

Finalmente el artículo 307 regula los efectos específicos de la resolución del contrato de suministro señalando que:

1. La resolución del contrato dará lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, y, cuando no fuera posible o conveniente para la Administración, habrá de abonar esta el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.

2. En los supuestos establecidos en la letra a) del artículo anterior, solo tendrá derecho el contratista a percibir, por todos los conceptos, una indemnización del 3 por ciento del precio de la adjudicación del contrato, IVA excluido.

3. En los supuestos contemplados en la letra b) del artículo anterior, el contratista tendrá derecho a percibir, por todos los conceptos, el 6 por ciento del precio de adjudicación del contrato de los suministros dejados de realizar en concepto de beneficio industrial, IVA excluido, entendiéndose por suministros dejados de realizar los que resulten de la diferencia entre los reflejados en el contrato primitivo y sus modificaciones aprobadas, y los que hasta la fecha de notificación del desistimiento o de la suspensión se hubieran realizado.

Con las novedades ya comentadas anteriormente respecto a las modificaciones en los apartados 2 y 3 respecto al TRLCSP.

En **conclusión**, la entrada en vigor de la LCSP 2017 no ha supuesto excesivas variaciones en cuanto a la regulación del contrato de suministro. De forma resumida podemos señalar que las principales novedades radican en:

-Se suprime la referencia específica a la prórroga en los contratos de arrendamiento, de tal manera que ahora se regularán por el régimen general de plazos que establece el artículo 29 de tal manera que como cualquier contrato de suministro de prestación sucesiva tendrá un plazo máximo de 5 años incluyendo las posibles prórrogas. (Art. 298)

-Cuando la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, se podrá incrementar el número de unidades a suministrar hasta el 10 % del precio del contrato, sin que sea preciso tramitar un expediente de modificación, siempre que se haya previsto en los pliegos y se cuente con financiación suficiente en el expediente originario. (Art. 301).

-Se reduce el plazo de 6 a 4 meses para la resolución del contrato en los supuestos de desistimiento o renuncia imputable a la Administración antes del inicio del suministro. (Art. 306)

-Se reduce el plazo de 1 año a 8 meses para la resolución del contrato en los supuestos de suspensión del contrato acordada por la Administración una vez iniciado el suministro. (Art. 306).

EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA.

Introducción.

La primera novedad la encontramos en la denominación ya que frente al TRLCSP que hablaba del contrato de concesión de obra pública, la LCSP 2017 se refiere a contrato de concesión de obra. Así el legislador español asume el concepto funcional de obra en el sentido fijado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea “la existencia de una obra debe apreciarse a la luz de la función económica o técnica del resultado de las actividades de obra efectuada” (Sentencia de 18 de enero de 2007, C-220/05). En el concepto de obras lo relevante es la finalidad perseguida (resultado) que se pretende alcanzar con las actividades de construcción e ingeniería. También explica este cambio el hecho de que la Directiva 2014/23 establece un régimen jurídico aplicable no solo a las obras licitadas por los poderes adjudicadores (sujetos cuyo campo de acción propio es la Directiva 2014/24) sino que también las entidades adjudicadoras (Directiva 2014/25).

Como ya se ha tenido ocasión de señalar con motivo del análisis del contrato de concesión de servicios, la nueva legislación contractual, siguiendo la línea marcada por las Directivas de la Unión Europea ha acercado enormemente las figuras del contrato de concesión de servicios y el contrato de concesión de obras, por lo que gran parte de las cuestiones analizadas en relación al contrato de concesión de servicios (transferencia del riesgo operacional, actuaciones preparatorias, restablecimiento del equilibrio económico financiero etc...) serían trasladables al contrato de concesión de obra, por lo que por lo que para evitar la redundancia en las mismas nos centraremos en aquellos aspectos distintivos o peculiares del contrato de concesión de obra y las principales novedades introducidas en la LCSP 2017.

1.-CONCEPTO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA.

El objeto del contrato de concesión de obras está señalado en el artículo 14 de la LCSP 2017. Su concepto, como viene siendo habitual se realiza por referencia a las prestaciones propias del contrato de obras y así se establece:

1. La concesión de obras es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

2. El contrato podrá comprender, además, el siguiente contenido:

a) La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.

b) Las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales.

3. El contrato de concesión de obras podrá también 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 esta cumpla la finalidad determinante de su construcción y que permitan su mejor funcionamiento y explotación, así como a efectuar las actuaciones ambientales relacionadas con las mismas que en ellos se prevean. En el supuesto de que las obras vinculadas o accesorias puedan ser objeto de explotación o aprovechamiento económico, estos corresponderán al concesionario conjuntamente con la explotación de la obra principal, en la forma determinada por los pliegos respectivos.

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

El contrato de concesión de obra nace con la finalidad de lograr interesar a la iniciativa privada en la ejecución de grandes obras e infraestructuras que, por su elevado coste económico, suponen una gravosa carga para el Erario público. En este contexto las Administraciones Públicas se ven obligadas a conciliar el rigor derivado de los objetivos y condicionamientos macroeconómicos de la Unión Europea, con la necesidad de completar o, en su caso, ampliar las redes de obras o infraestructuras públicas, siendo así que la búsqueda de nuevos instrumentos financieros y de gestión aparece como una necesidad de recurso a la participación y capital privado.

En el contrato de obras, el contratista construye la obra y la entrega por un precio a la Administración, quien la explota. En la concesión de obras, además de construirlas, el contratista la financia y la explota durante un período, compensándose de la inversión por los precios que obtiene de los usuarios o las cantidades abonadas por la Administración. Por ello, como puso de manifiesto el Consejo de Estado en reiteradas ocasiones (por todas, los dictámenes 4464/98, de 22 de diciembre y 3375/2001, de 5 de diciembre) – y también han subrayado la doctrina y la jurisprudencia – este tipo de concesión tiene un carácter mixto en el que indisolublemente se presentan perfiles propios de la concesión de obra pública y de servicio público, constituyendo un tipo

intermedio. Los primeros perfiles se hacen especialmente patentes en la fase de construcción de la obra, y los segundos en la fase de exposición y conservación.

De nuevo la nota característica y principal novedad respecto a la regulación del TRLCSP de la concesión de obra pública la encontramos en la asunción por parte del concesionario del riesgo operacional, de tal forma que de nuevo, al igual que en el contrato de concesión de servicios, dicho riesgo operacional se traslada al contratista y ha sido ya ampliamente analizado a la hora de referirse al contrato de concesión de servicios.

En todo caso, dadas las características de este contrato, reservado para la ejecución de obras de gran envergadura, no suele ser habitual su utilización en el ámbito de las Entidades Locales, especialmente aquellas de pequeño o mediano tamaño.

2.-LICITACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA.

En cuanto a la licitación del contrato de concesión de obra esta se regirá por la normas generales de licitación de los contratos contenidas en la LCSP 2017 sin perjuicio de que la Ley dedique el Capítulo II del Título II del Libro II (artículos 247 a 283) a regular una serie de peculiaridades de este contrato destacando especialmente la regulación del régimen económico – financiero de la concesión de obras y la financiación privada de este tipo de contratos.

De nuevo se considera de utilizar establecer de forma esquemática los procedimientos de contratación que pueden ser aplicables para la licitación de un contrato de suministros incluyendo igualmente una referencia a los supuestos en los que se podrá interponer el recurso especial en materia de contratación. De manera esquemática podríamos representarlo del siguiente modo:

Procedimiento	Permitido en la concesión de servicios	Artículo LCSP 2017
Contrato menor	NO	Art. 118
Procedimiento con negociación	SI	Sólo podrá utilizarse en los supuestos del artículo 167. Nunca por cuantía
Procedimiento abierto	SI	Art. 131.2
Procedimiento restringido	SI	Art. 131.2.
Procedimiento abierto simplificado	NO	Art.159.1
Procedimiento abierto super – simplificado o simplificadoísimo	NO	Art. 159.6
Diálogo competitivo	SI	Art. 131, 167 y 172
Contratos SARA	SI	Art.20.1 (valor estimado igual o superior a 5.548.000 euros)
Recurso especial en materia de contratación	SI	Art. 44.1 c) (valor estimado superior a 3.000.000 euros)

3.-PRINCIPALES NOVEDADES DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS.

Como ya se ha señalado la principal novedad estriba en el hecho de la configuración del contrato de concesión entorno al concepto de riesgo operacional y su transmisión al concesionario, cuestión que ya ha sido profundamente analizada a la hora de abordar el contrato de concesión de servicios.

De forma muy resumida, dado la poca utilización que tiene este tipo de contratos en el ámbito de las Entidades Locales, podemos hacer referencia a otras novedades que introduce la LCSP 2017 respecto de su antecesora.

Así de nuevo en la concesión de obra adquiere una gran importancia la figura del estudio de viabilidad, al igual que acontecía en el caso de la concesión de servicios. El artículo 247 de la LCSP establece la necesidad de que previamente a la licitación de esta concesión de obras se cuente con el correspondiente estudio de viabilidad señalando que este ha de justificar “las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización de concesión de obras frente a otros tipos contractuales con indicación de los niveles de calidad que resulta necesario cumplir, la estructura administrativa necesaria para verificar la prestación, así como las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria” Igualmente dicho estudio deberá contener “el valor actual de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento”. Otra novedad será la necesidad de que este estudio de viabilidad contenga o recoja “la posible existencia de una ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los casos en los que la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma.”

El artículo 250 de la LCSP 2017 que regula los pliegos de cláusulas administrativas respecto del artículo 131 del TRLCS añade la posibilidad de fijar distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato. Así mismo establece en relación a la posible cesión del contrato que:

“Preverán también la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214, así como de las participaciones en la sociedad concesionaria cuando se constituyera una sociedad de propósito específico por los licitadores para la ejecución del contrato.

Asimismo, establecerán criterios para la determinación de cuándo la cesión de las participaciones deberá considerarse por suponer un efectivo cambio de control y, en el caso de que estuviera justificado por las características del contrato, se establecerán también mecanismos de control para cesiones de participaciones en la sociedad concesionaria que no puedan equipararse a una cesión del contrato. En todo caso se considerará que se produce un efectivo cambio de control cuando se ceda el 51 por ciento de las participaciones.”

Otra de las novedades la encontramos en el artículo 259 que regula el uso y conservación de las obras señalando en su apartado 5 como ya establecía el TRLCSP que “La Administración podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a este en función de los mismos.” Sin embargo ahora se añade que: *“En todo caso esta opción no podrá ser utilizada para limitar el riesgo*

operacional de la concesión.” Consecuencia lógica de la obligatoriedad de transmisión del riesgo operacional al contratista tantas veces reiterada.

De igual modo a lo señalado al analizar la concesión de servicios debe señalarse que el artículo 267 a la hora de regular la retribución por la utilización de las obras señala que

El concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de las obras en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares y de conformidad con lo establecido en este artículo, que se denominará tarifa y tendrá la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario. Intentado dejar claro de una vez por todas, el carácter de tarifa y no de tasa.

Igualmente resulta destacable la regulación del equilibrio económico contenida en el artículo 270 que ya ha sido objeto de análisis en el contrato de concesión de servicio.

Finalmente los artículos 278 y 279 introducen algunas pequeñas novedades respecto a las causas de resolución y efectos de dicha resolución.

Por lo que respecta a la duración del contrato de concesión de obra, será la misma ya señalada respecto de la concesión de servicios de tal manera que el artículo 29.6 establece que

Los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara el plazo de cinco años, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

En cualquier caso, la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios a la que se refiere el segundo párrafo del presente apartado, no podrá exceder, incluyendo las posibles prórrogas, de:

a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.

b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290.

No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que estas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.”

4.-CONCLUSIÓN.

En conclusión la principal novedad en el contrato de concesión de obra vendrá determinada por la introducción en el propio concepto del contrato de la necesidad de que exista una transferencia efectiva del riesgo operacional al concesionario, elemento coincidente con la nueva configuración otorgada por la LCSP 2017 al contrato de concesión de servicio. Las restantes novedades del contrato de concesión de obra, vienen en gran medida derivadas de este cambio conceptual tipo contractual. Por lo demás la nueva regulación no supone excesivos cambios en un tipo de contrato que, por lo general, no tiene un excesivo uso en el ámbito de las Entidades Locales.

Bibliografía:

Vicente Merino Molins, «El contrato de suministro de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas». *El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados*, núm. 12, Sección Colaboraciones, quincena del 30 de junio al 14 de julio de 2001, Ref. 2004/2001, pág. 2004, tomo 2, Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. LA LEY.

Salma Cantos Sala. “el contrato de suministros” doctrina que forma parte del libro “Contratación pública local 2011: conceptos esenciales y aspectos prácticos. Adaptado a la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.” Editorial El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, Madrid. LA LEY 13281/2011.

Bernabé Palacín Sáez. “novedades en los contratos de obras, servicios y suministros. Los contratos de servicios a las personas” publicado en “El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, nº 23 de 15 de diciembre de 2017. Especial la Ley de Contratos del Sector Público 2017.

Alejandro R. Antelo Martínez: ponencia del “curso la nueva regulación de la contratación del sector público”. Diputación Provincial de A Coruña (Febrero – Marzo 2018).

Ximena, Lazo Vitoria, “los contratos de concesión”, publicado en “El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados nº 23 de 15 de diciembre de 2017. Especial la Ley de Contratos del Sector Público 2017.