



**Expte. 30/16, de 10 de octubre de 2018. Forma de valorar las inversiones realizadas por el concesionario tras la resolución de un contrato de concesión de obra pública por causa imputable al contratista.**

**Clasificación del informe: 17. Cumplimiento, modificación, extinción y resolución. 17.1. Cumplimiento. 17.4. Resolución. 21. Contratos de obras. 21.4. Concesión de obras públicas. 21.6. Ejecución del contrato. 21.7. Régimen de pagos. Certificaciones de obras y abonos a cuenta. Relaciones valoradas. 21.9. Recepción y liquidación. 21.10. Resolución del contrato. 21.11. Otras cuestiones.**

## **ANTECEDENTES**

El Ayuntamiento de Loja dirige escrito a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado solicitando que se emita informe en los siguientes términos:

*“El Alcalde Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Loja (Granada) eleva a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la presente consulta sobre cuestión relativa a contratación administrativa. En concreto, interesa conocer el criterio de ese órgano respecto a la actuación que ha de seguir una Administración para determinar el importe de las inversiones realizadas en los supuestos de resolución contractual conforme a lo dispuesto en el artículo 247.1º de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (artículo 271.1º del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado mediante Real Decreto legislativo 3/2011, en la redacción anterior a*



*la modificación introducida por la disposición final 9.8 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre).*

*El contrato de concesión de obra pública fue formalizado con fecha de 15 de enero de 2010, siendo que durante el ejercicio 2009 se realizaron los trámites de aprobación del expediente, publicación de la convocatoria, adjudicación provisional y adjudicación definitiva, entre otros. Por tanto, se entiende que el contrato se rige por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, conforme a la disposición transitoria primera de Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.*

*El proyecto de obras fue redactado por el concesionario y aprobado por el Ayuntamiento.*

*Con fecha de 7 de octubre de 2014 se acordó la resolución del contrato de concesión de obra pública por concurrir causas de resolución imputables a la entidad concesionaria previstas en los artículos 206 e), con relación al 206 g) y 245 j) de la Ley de Contratos del Sector Público (art. 223 d. del TRLCSP con relación al art. 223 f. y 269 j. del TRLCSP).*

*La resolución del contrato se ha producido antes de la terminación de las obras de construcción de la infraestructura, por tanto, las obras se encuentran en fase de construcción, no habiéndose iniciado la explotación de las mismas.*

*Por su parte, el artículo 247.1º de la LCSP determinaba que "en los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la*



*explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares."*

*En concreto, interesa a esta Administración conocer el criterio de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre las siguientes cuestiones:*

*Cuando el artículo 247.1º de la LCSP se refiere al importe de las inversiones realizadas por ejecución de obras de construcción, interesa conocer cuál es el criterio para determinar tal importe de la inversión. En principio, se proponen dos alternativas:*

*Alternativa 1.- Debe estarse al coste realmente soportado por el concesionario, a cuyo efecto debe presentar documentación acreditativa del mismo (contratos con subcontratistas y suministradores, facturas, transferencias bancarias, cheques, cuentas anuales de la sociedad aprobadas y depositadas, declaraciones fiscales, etc.).*

*Respecto a esta alternativa resultan igualmente distintas cuestiones:*

*1.- ¿Quedaría excluido de la inversión cualquier importe o coste no acreditado suficientemente, aún cuando estuviese previsto en el proyecto de obra?*

*2.- ¿Quedaría excluido de la inversión cualquier importe o coste acreditado por el concesionario, no previsto en el proyecto de obra y no autorizado por el Ayuntamiento? Se diferencian dos situaciones:*



- Una alteración del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto.

- Unidades de obra ejecutadas no previstas en el proyecto sin haber tramitado ninguna modificación del contrato ni del proyecto.

3.- Respecto al Impuesto sobre el Valor Añadido, ¿debe considerarse como inversión la totalidad del IVA soportado, o únicamente el IVA no recuperado?

- Alternativa 2.- Para determinar el importe de la inversión debe estarse a una valoración de las obras realmente ejecutadas con arreglo a los precios previstos en el proyecto de obras.

Respecto a esta alternativa resultan igualmente distintas cuestiones:

1.- ¿Se consideraría como importe de la inversión los gastos generales previstos en el proyecto de obras?

2.- ¿Se consideraría como importe de la inversión, el beneficio industrial previsto en el proyecto de obras?

3.- ¿Se consideraría como importe de la inversión, las unidades de obra realmente ejecutadas pero no previstas en el proyecto, ni autorizadas por el Ayuntamiento? Se diferencian dos situaciones:



- Una alteración del número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en las mediciones del proyecto.

- Unidades de obra ejecutadas no previstas en el proyecto sin haber tramitado ninguna modificación del contrato ni del proyecto.

4.- Respecto del Impuesto sobre el Valor Añadido previsto en el proyecto de obras ¿debe considerarse como importe de la inversión?

Quedando a disposición de ese órgano para cualquier aclaración y agradeciendo de antemano su interés y colaboración, reciban un cordial saludo.”.

### **CONSIDERACIONES JURIDICAS.**

1. Como consideración preliminar a la emisión del presente informe procede destacar que la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado únicamente puede evacuar informes en los términos previstos en el artículo 328 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, desarrollado a estos efectos en el Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, por el que se establece el régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en virtud del cual los informes de la Junta Consultiva solo podrán recaer sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con casos concretos y determinados, sobre un expediente concreto o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los



pliegos, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades consultantes disponen del correspondiente servicio jurídico.

A este respecto, cabe recordar los criterios de esta Junta expuestos, entre otros, en sus informes de 18 de de noviembre de 1996 (informe 62/96), de 17 de marzo y 11 de noviembre de 1998 (expedientes 46/98 y 31/98), de 30 de octubre de 2000 (expediente 32/00), 5 de marzo de 2001 (expediente 54/00), de 28 de octubre de 2011 (expediente 23/11), en el doble sentido de que a la Junta Consultiva no le corresponde emitir informes en expedientes concretos de los distintos órganos de contratación, ni sustituir las funciones que los preceptos legales vigentes atribuyen a órganos distintos de esta Junta, como sucede, por ejemplo, con el examen y valoración de las proposiciones de los interesados, el informe preceptivo de los pliegos o las peticiones que pueden formular en expedientes concretos o relativas a un contrato concreto.

2. Sentado lo anterior, reconduciendo la consulta a términos generales, se nos plantea la interpretación del artículo 247 de la Ley de Contratos del Sector Público de 2007 en relación con los conceptos abonables al concesionario y referido todo ello a un supuesto de resolución de un contrato de concesión de obras públicas por causa imputable al contratista.

El artículo 7 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público nos ofrecía un concepto clásico de las concesiones de obras al establecer que es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de una obra, 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 aquél



consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Una de las fases en que se divide la concesión de obras es la ejecución de la propia obra, respecto de la cual la ley recuerda (artículo 223) que se ejecutarán conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación y en los plazos establecidos en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Las obras se ejecutarán a riesgo y ventura del concesionario, serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo en función de la inversión realizada y a su término (artículo 227) se procederá al levantamiento de un acta de comprobación por parte de la Administración concedente, a la cual se acompañará un documento de valoración de la obra pública ejecutada en el que se hará constar la inversión realizada.

Como especialidad reseñable cabe recordar que en las obras financiadas parcialmente por la Administración concedente, mediante abonos parciales al concesionario con base en las certificaciones mensuales de la obra ejecutada, la certificación final de la obra acompañará al documento de valoración y al acta de comprobación a que se refiere el apartado anterior. En el presente caso no podemos conocer si esta era la modalidad de financiación de la obra objeto de la concesión porque no se nos ofrece este dato en la consulta.

Cuando se aprueba del acta de comprobación de las obras se produce implícitamente la autorización para la apertura de las mismas al uso público, comenzando desde ese momento el plazo de garantía de la obra cuando haya sido ejecutada por terceros distintos del concesionario, así



como la segunda fase de la ejecución del contrato que es el ciclo en el que el concesionario se retribuye por los costes de la obra mediante la explotación de la misma y, en su caso, mediante el cobro del precio que proceda.

El acta de recepción formal se levantará al término de la concesión cuando se proceda a la entrega de bienes e instalaciones al órgano de contratación y se ajustará a lo establecido para este acto en la ley.

3. La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público alude en el artículo 245 a las causas de resolución del contrato de concesión de obras públicas, incluyendo entre ellas “j) *El abandono, la renuncia unilateral, así como el incumplimiento por el concesionario de sus obligaciones contractuales esenciales.*” A continuación expone la ley los efectos de la resolución en su artículo 247.1, del siguiente tenor:

*“En los supuestos de resolución, la Administración abonará al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra objeto de la concesión. Al efecto, se tendrá en cuenta su grado de amortización en función del tiempo que restara para el término de la concesión y lo establecido en el plan económico-financiero. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares.”*





Por su parte, el artículo 113 del Reglamento de la LCAP señala que en los casos de resolución por incumplimiento culpable del contratista, la determinación de los daños y perjuicios que deba indemnizar éste se llevará a cabo por el órgano de contratación en decisión motivada previa audiencia del mismo, atendiendo, entre otros factores, al retraso que implique para la inversión proyectada y a los mayores gastos que ocasione a la Administración.

4. La ley establecía un sistema de indemnización que se basaba en la necesidad de abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la ejecución de obras de construcción efectivamente realizadas. Lo que no indicaba de modo expreso ni la ley ni el RLCAP era si tal importe abarcaba el coste en el que realmente había incurrido el concesionario o si, por el contrario, su cálculo debía hacerse conforme a los precios previstos en el proyecto de obras.

El RLCAP, en su artículo 169 nos indica a este respecto que, transcurrido el plazo de garantía, si el informe del director de la obra sobre el estado de las mismas fuera favorable o, en caso contrario, una vez reparado lo construido, se formulará por el director en el plazo de un mes la propuesta de liquidación de las realmente ejecutadas, tomando como base para su valoración las condiciones económicas establecidas en el contrato. No olvidemos que el propio artículo 222 de la Ley de Contratos del Sector Público, que alude a los efectos de la resolución del contrato de obras, indica cristalinamente que la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista. Es evidente que este artículo está previsto para la concreta regulación de la resolución



del contrato de obras, pero si, como hemos visto, en el caso que se nos consulta el concesionario ni siquiera había terminado la ejecución de la fase de obras, parece razonable entender que en la determinación del importe de la inversiones realizadas por el concesionario en la ejecución de las obras debe seguirse, por una evidente razón de seguridad jurídica, el mismo criterio que el que se marca para la ejecución de una obra pública en la Ley de Contratos del Sector Público. Este criterio no es otro que el de las condiciones económicas establecidas en los documentos contractuales que, según constante doctrina de esta Junta Consultiva y de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, son ley entre las partes del contrato.

5. Una vez aclarado el criterio general de interpretación del precepto sometido a consulta cabe ya plantearse las distintas cuestiones que nos consulta el Ayuntamiento. Y es que es importante destacar en este punto que el hecho de que la ley opte por un criterio de valoración basado en las estipulaciones libremente consentidas en el contrato no exime al contratista de tener que acreditar ante la Administración cuáles han sido las unidades de obra realmente ejecutadas. Por tanto, las dos alternativas que plantea la consulta no son, en realidad, excluyentes en modo alguno. La liquidación de las obras realmente ejecutadas supone la sujeción a las condiciones económicas pactadas y la acreditación expresa y efectiva de las obras realmente ejecutadas.

Por otro lado, el principio jurídico que informa el pago de las obras ejecutadas por el contratista es el que afirma que procede el pago de las unidades de obra pactadas y ejecutadas en beneficio de la Administración contratante. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por ejemplo en la Sentencia de 4 marzo 1997) ha señalado en este punto que las obras



accesorias o añadidas llevadas a cabo por el contratista, si son necesarias para la totalidad de la obra contratada, deberán ser abonadas en la parte que han resultado útiles al dueño de la obra por imperativo precepto de los artículos 453 y 1594 del Código Civil (STS de 30 de enero de 1996). La propia lógica de las cosas impone que, bien entendiendo que se ha producido una ampliación o extensión de la obra y del contrato inicial al que hay que aplicar los principios y reglas del contrato originario, o bien para el caso de que se rechazara dicha solución por el carácter formalista de la contratación administrativa, se debería aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto (ver igualmente la STS de 29 de abril de 2008) a fin de que la Administración haga frente económicamente al exceso de prestación realizada por el contratista respecto de la contractualmente pactada. Señala el Tribunal Supremo en esta Sentencia que *“Entender las cosas de otra manera, en el sentido de que el exceso de obra no obliga al Ayuntamiento, constituye un atentado a la lógica de las cosas. Cuando por la naturaleza de las cosas, o, por acuerdo de las partes, es necesario un aumento de la obra prevista contractualmente las consecuencias habrán de ser soportadas por ambos contratantes. El contratista realizando el exceso de obra, y el ente público pagando el exceso de obra realizado. Tesis acorde con el artículo 47 LCE que proclama el derecho del contratista «al abono de la obra que realmente ejecuta».*”

Otra cosa distinta es la determinación de los efectos de la ausencia del consentimiento de la Administración en la ejecución de las obras. La misma sentencia del Tribunal Supremo nos indica que en la parte de obras realizadas sin consentimiento expreso de la entidad contratante, pero por Orden del Director de la Obra, es evidente la procedencia de su pago, pues al margen de que tales incrementos de obra se hayan realizado siguiendo el



procedimiento legalmente establecido, lo cierto es que el Director de la Obra es el representante en la obra de la Administración, y sus instrucciones si son dadas por escrito son de obligado cumplimiento para el contratista. En el mismo sentido cabe citar la STS núm. 764/2018, de 10 mayo.

Finalmente, por lo que se refiere a las obras pactadas con la Administración, considera el Alto Tribunal que también deben ser soportados sus efectos por aquella, independientemente de que tales obras no se hayan llevado a cabo siguiendo el procedimiento establecido (Sentencia de la Audiencia Nacional de 19 de diciembre de 2002). Señala el TS que *“El principio del enriquecimiento sin causa vuelve a ser de aplicación, y por las mismas razones que antes se expusieron pues la mayor obra realizada, o distinta a la proyectada, ha de ser pagada.”* Estas ideas han sido refrendadas, entre otras muchas por la sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4), de 2 octubre de 2006.

En definitiva, el contratista tiene derecho a que se le abone la obra efectivamente realizada, sin que a ello se oponga la falta de la adecuada y legal formalización de la modificación o actuación contractual a que corresponda pues, como señala la jurisprudencia, la forma no constituye un fin en sí misma sino una manera de control de la actividad administrativa, cuya omisión, no imputable al contratista sino a la Administración, no puede perjudicar los intereses económicos del mismo rompiendo el equilibrio del contrato en su detrimento y con un enriquecimiento injusto de la Administración, que consiente e incluso impulsa tales obras fuera del contrato inicial y luego las recibe y obtiene su aprovechamiento y disfrute, prestación que por lo tanto debe satisfacer. Señala la Jurisprudencia que la inalterabilidad de los contratos administrativos no puede conducir a un



enriquecimiento de la Administración en perjuicio del contratista, aunque se trate de obras no aprobadas u ordenadas formalmente.

6. Sin perjuicio de todo lo anterior, existen límites al pago de las obras ejecutadas fuera del proyecto inicial. El Tribunal Supremo reconoce la necesidad del pago de las obras realizadas en beneficio de la Administración, siempre que ésta las hubiese conocido y cuando menos implícitamente consentido y sin perjuicio de la responsabilidad del causante cuando la misma fuera procedente atendiendo a las circunstancias de cada caso. Desde luego no es admisible que el desequilibrio económico ocasionado al contratista proceda de prestaciones que se deban a su propia iniciativa, sin comunicación ni advertencia alguna a la Administración contratante o a otras que revelen una voluntad maliciosa del mismo. Por el contrario, las prestaciones añadidas deben tener su origen en hechos, procedentes de la Administración Pública, que hayan generado razonablemente en el contratista la creencia de que le incumbía un deber de colaboración con dicha administración.

7. Por lo que hace al IVA, la consulta pregunta si hay que satisfacer el IVA soportado en su totalidad o solamente el IVA no recuperado. Es esta una cuestión que, por lo demás, excede de la competencia de esta Junta Consultiva pues se refiere a una materia tributaria que, aunque relacionada con la contratación pública, debe ser objeto de pronunciamiento por los órganos competentes en la materia.

8. Finalmente, por lo que se refiere a los gastos generales y al beneficio industrial, de nuevo hay que diferenciar la forma de financiación del contrato. Si la entidad concedente no participa en la financiación de la obra



no cabe duda de que no debe pagar cantidad alguna por estos conceptos. Pero es que tampoco le compete pagar por estas cantidades incluso en el supuesto de financiación parcial de la obra. Recordemos que el Artículo 131 del Reglamento exige incluir en el presupuesto base de licitación el 6 por 100 en concepto de beneficio industrial del contratista y también los gastos generales. La razón de la inclusión de estas cantidades obedece a la legítima expectativa del contratista de obtener un lucro razonable como consecuencia de la ejecución del contrato y también la retribución por los gastos necesarios para la ejecución del mismo. Por esta razón, las partidas efectivamente realizadas deben conllevar el pago de la parte de beneficio industrial y de los gastos generales correspondiente a las obras realmente ejecutadas. En cualquier caso, lo más importante en este punto es que tales conceptos ya están incluidos en las cantidades pagaderas conforme al contrato. Si la entidad contratante debe incluirlas en el presupuesto base de licitación no cabe duda alguna de que en la proposición del contratista y en el precio finalmente acordado en el contrato están incluidas. Por tanto, más que determinar separadamente ningún concepto como los que se consultan, lo que la Administración contratante debe hacer en estos casos es pagar las obras ejecutadas conforme a los precios pactados en el contrato, que ya las incluyen.

Esta conclusión es congruente con la formulación general del Reglamento LCAP (Art. 131 y 171) que prevén el pago del beneficio industrial y de los gastos generales de modo ordinario en la liquidación del contrato, precisamente por la misma razón que antes hemos expuesto, y que incluso prevén su pago por la parte de obras no ejecutadas en los supuestos de suspensión de obras a instancia de la Administración y de desistimiento de la misma.



## **CONCLUSION:**

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado considera que:

- El principio jurídico que informa el pago de las obras ejecutadas por el contratista es el que afirma que procede el pago de las unidades de obra pactadas y ejecutadas en beneficio de la Administración contratante. Tal pago deberá efectuarse teniendo en cuenta la obra realmente ejecutada y se pagará conforme a las condiciones económicas pactadas en el contrato.
- Se incluyen las obras ejecutadas a instancia de la Administración aunque no estuviesen en el proyecto de obra original, de modo que se evite un enriquecimiento injusto de aquella.
- Quedarán excluidos los supuestos de enriquecimiento injusto del contratista por su conducta dolosa y no imputable a la Administración.
- La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado no es competente para determinar si a la Administración concedente le corresponde la posición de consumidor final y responsable del pago del tributo por este título.
- En el precio pactado y conforme al cual debe realizarse el pago se incluyen el beneficio industrial y los gastos generales, conceptos que, por tanto, se incluyen automáticamente en la liquidación final pero no como una partida separada.

