

INFORME 2/2007 DE 19 DE JUNIO. CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA PARA LA CONSTRUCCIÓN Y EXPLOTACIÓN DEL EDIFICIO UNIVERSITARIO DESTINADO A ALBERGAR LA ESCUELA TÉCNICA SUPERIOR DE INGENIERÍA. IMPROCEDENCIA DEL CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PÚBLICA

ANTECEDENTES

Con fecha 21 de febrero de 2007 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa, solicitud de informe por la Universitat de València con el siguiente tenor literal:

“ La Univesitat de València tiene la necesidad de construir un nuevo edificio para albergar a la Escuela Técnica Superior de Ingeniería, de reciente creación, en unos terrenos propios procedentes de expropiaciones en el Campus de Burjassot.

Dada la imposibilidad de acudir al contrato típico de obras para llevar a cabo la construcción, al no disponer de la financiación necesaria, con fecha 21 de septiembre de 2006 se suscribió un convenio de colaboración entre la Generalitat y la Unversitat de València en el que se establecía que la Unversitat llevaría a cabo la construcción del edificio mediante la licitación de un contrato de concesión de obra pública. Por su parte, la Conselleria de Empresa, Universidad y Ciencia se comprometía a colaborar mediante la financiación de parte del canon concesional a abonar a la empresa concesionaria como contraprestación de la explotación de la obra.

Con tal objeto se ha procedido por esta Unversitat, con el asesoramiento de la firma Cuatrecasas, a la elaboración de un pliego de cláusulas administrativas particulares y de un pliego de prescripciones técnicas que darían la cobertura jurídica a la contratación pretendida.

El modelo diseñado pretende la puesta en funcionamiento de la infraestructura necesaria sin inversión alguna por parte de la Unversitat, de manera que los gastos de la construcción y el equipamiento sean asumidos por la sociedad concesionaria. Como contraprestación, ésta tendrá derecho a explotar la obra durante el plazo acordado. La explotación consistiría en la puesta a disposición del edificio y sus instalaciones y en la prestación de una serie de servicios de mantenimiento, limpieza, seguridad, etc... a favor de la Unversitat a cambio de lo cual ésta abonará a la concesionaria un canon.

Para que el capital invertido por el concesionario en la construcción y el equipamiento del edificio no se consideren deuda financiera de la Administración, de acuerdo con los criterios del Estado y de la Unión Europea, se establece un sistema de traslación de riesgos al concesionario, tanto en fase de construcción como durante el periodo de explotación de la obra.

En este sentido, entre otras previsiones, el pliego técnico desarrolla un modelo matemático de determinación de la retribución del concesionario mediante la aplicación de una serie de deducciones, de manera que la cantidad a percibir mensualmente por éste vendrá en función de que se alcance o no el grado de disponibilidad y calidad requeridos en la prestación de los servicios. A estos efectos se establecen en el pliego una serie de indicadores en función de los cuales se aplicarán estas deducciones.

A la vista de todo lo anterior, y dadas las características especiales de la contratación pretendida, se ha considerado oportuno recabar el parecer de un órgano especializado como es la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana con carácter previo a la licitación.

Es por ello por lo que solicitamos nos informe acerca de la legalidad y oportunidad de una contratación como la que se diseña en los mencionados pliegos o de las posibles alternativas a las que se podría recurrir de no resultar la misma procedente.

Les remitimos adjuntos los borradores de pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, así como copia del convenio suscrito entre la Universitat y la Generalitat Valenciana, y el informe elaborado por el despacho Cuatrecasas a instancias de la Universitat.”

A la solicitud de referencia se acompaña la siguiente documentación:

- 1.- Borradores de pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la explotación del edificio departamental.
- 2.- Copia del Convenio suscrito entre la Universitat de València y la Generalitat de fecha 21 de septiembre de 2006.
- 3.- Informe elaborado por despacho profesional a instancias de la Universitat de València.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Convenio suscrito con la Generalitat

Con fecha 21 de septiembre se suscribe el convenio de colaboración entre la generalitat y la Universitat de València, para la creación de Infraestructuras universitarias. Concretamente la ETS de Ingeniería y la EU de Magisterio.

El convenio de referencia en la Cláusula Primera establece:

“El objeto del presente convenio es la colaboración de la Generalitat, a través de la Conselleria de Empresa, Universidad y Ciencia, en los términos que se establecen en el presente convenio, en la financiación a la Universitat de València de las cantidades que corresponda abonar a la Universidad como contraprestación derivada del contrato de concesión de obra pública para la construcción, equipamiento y explotación de la obra consistente en la construcción de la ETS de Ingeniería y en la Nueva Facultad de ciencias sociales y EU de Magisterio, y en virtud del cual la empresa concesionaria ejecutará la obra, equipará la infraestructura y la mantendrá operativa durante el tiempo de vigencia de la concesión.”

La Cláusula Segunda relativa a las obligaciones de la Universidad en su apartado F dispone:

“ Del canon concesional resultante del proceso de licitación, la Universidad abonará al concesionario el total de su importe, con cargo a su presupuesto de gastos, sin perjuicio de su financiación por la Generalitat en los términos que se indican en la cláusula siguiente. En todo caso la Universidad asumirá el coste de la parte del canon concesional, correspondiente los

siguientes conceptos: conservación y reparación de la infraestructura, limpieza interior y exterior, vigilancia y seguridad integral, suministros y mantenimiento de equipamiento e instalaciones, servicios que se presten en la infraestructura, y cualquier otro necesario para el funcionamiento y mantenimiento ordinario de la infraestructura de acuerdo con su uso."

La Cláusula Tercera, relativa a la aportación de la Conselleria de Empresa, Universidad y Ciencia, dispone:

"La Generalitat, a través de la Conselleria de Empresa, Universidad y Ciencia, colaborará con la ejecución del proyecto mediante la financiación a la Universidad de la parte del canon concesional vinculados a la Sociedad Concesionaria, esto es los gastos de administración, financieros y de amortización de capital, estableciendo como previsión las cantidades que se adjuntan como Anexo.

La financiación de la Universidad de la parte del canon indicado se efectuará a partir de la anualidad 2009, siempre y cuando se haya ejecutado la obra, recepcionado de conformidad, y se encuentre en condiciones de su pleno funcionamiento."

Por último, es también relevante la Cláusula Quinta in fine que indica:

"En el supuesto de que por causas administrativas no subsanables, las obras a que se refiere el presente convenio no pudieran ser objeto del contrato previsto de concesión de obra pública, la Generalitat se compromete a que durante el ejercicio presupuestario siguiente al de la firma del presente convenio, acordará la financiación de las mismas por alguno de los medios establecidos en la Ley de Presupuestos de la Generalitat vigente para dicho ejercicio."

El contrato concesión de obra pública a la luz de la legislación española y comunitaria.

El objeto del contrato objeto de la consulta es la construcción, sobre suelo de titularidad de la Universitat, del edificio e infraestructuras universitarias que albergarán la Escuela Técnica Superior de Ingeniería, así como su equipamiento y explotación durante un periodo de 30 años.

Del análisis del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas¹ y de la Comunicación interpretativa de la Comisión, de 12 de abril de 2000, sobre

¹ El art. 220.1 dispone " Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración Pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este Título. "

Por su parte, la Directiva 18/2004/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios establece en su art. 1 apartado 3 , define la concesión de obras públicas como .." un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio."

concesiones en el derecho comunitario para que se dé un contrato de concesión de obra pública se debe dar, en términos generales, conjuntamente las siguientes características:

1.- Que se trate de obras susceptibles de explotación económica por estar destinadas a servicios públicos de interés económico, o servicios económicos de interés general.

La expresión «servicios de interés económico general», utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. La “naturaleza” económica vendrá ligada a su actividad, así si esta actividad consiste en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado en el marco de la libre competencia y de acuerdo con las reglas de ese mercado, hablaremos de actividad económica y, por ende, de naturaleza económica de la actividad.

2.- Que el derecho a la explotación de las obras, o esa explotación acompañada de un precio, sea la contrapartida que percibe el concesionario por realizar a su costa la inversión y el mantenimiento de las obras.

3.- El derecho de explotación implica la transferencia de la responsabilidad de explotación (riesgos), que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, se trata de un contrato público de obras y no de una concesión.

Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación o utilización efectiva del equipamiento. (disponibilidad y demanda).

4.- El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario por la utilización de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto periodo de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas.

5.- El hecho de que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Si la Administración asume parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los «precios sociales»; peajes en sombra), esta intervención no cambia necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado (por la utilización de la obra) cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación.

6.- Atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes

por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación. Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración Pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión.

Análisis de la contratación sometida a consulta

Desde un punto de vista económico, no financiero, las necesidades *reales* que se tratan de satisfacer con la contratación regulada en el pliego tipo de cláusulas administrativas (PCAP) objeto de este informe y en su correspondiente Pliego de Prescripciones Técnicas son las siguientes:

- a) La construcción y equipamiento, sobre suelo de dominio público, de una edificación o infraestructura universitaria que va a ser destinada a actividades docentes y de investigación de la Universidad titular de dicho suelo.
- b) En segundo lugar, la propuesta de contratación configurada en el PCAP estudiado incluye, aunque lo hace como si se tratara del objeto principal de la explotación, y no complementario o accesorio, que es su verdadero carácter, el siguiente:

SERVICIOS

- 1.- Servicio de limpieza
- 2.- Servicio integral de seguridad
- 3.- Servicio de residuos urbanos
- 4.- Servicio de gestión de mantenimiento
- 5.- Conservación de viales y jardines
- 6.- Servicio de desinsectación y desratización
- 7.- Servicio de transporte interno-externo y gestión auxiliar

EXPLOTACIONES COMERCIALES

- 1.- Locales comerciales y tiendas
- 2.- Máquinas expendedoras de sólidos y líquidos
- 3.- Servicio de cafetería-bar
- 4.- Servicio de aparcamiento
- 5.- Servicio de reprografía

A las anteriores prestaciones de carácter real o material, se han unido las dirigidas a satisfacer otras necesidades *de carácter financiero* que se derivan en parte de las condiciones de financiación por la Generalitat de la construcción de las infraestructuras universitarias objeto de la contratación, previstas ya en el correspondiente convenio suscrito con cada Universidad el 21 de septiembre de 2006.

En dicho convenio se establece que la financiación de la Generalitat para tal finalidad se efectuará a partir de que se haya ejecutado la obra, previsiblemente en 2009, y a lo largo de un periodo de 30 años, salvo que no fuese posible llevar a cabo dichas obras mediante un contrato de concesión de obra pública, en cuyo caso se ha previsto establecer otro escenario presupuestario.

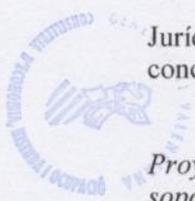
La cuestión esencial, desde cualquier punto de vista, consiste en dirimir si las obras o infraestructuras universitarias a las que se refiere el apartado a) anterior pueden o no ser objeto de explotación económica por un tercero distinto de la propia Universidad contratante, en los términos previstos en la regulación que del contrato de concesión de obra pública hace la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) para prestar el servicio público o realizar las actividades de interés general a las que está destinada tal obra pública, que no son otras que la enseñanza superior, la investigación científica y otras actividades universitarias y la existencia real de riesgos para el contratista.

En cuanto al primer aspecto, señalar que la enseñanza universitaria viene recogida en el artículo 27 de la Constitución Española como derecho fundamental y, como servicio público, en el artículo 1 de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, modificada por la Ley LO 4/2007, de 12 abril 2007, que dice expresamente: *“La Universidad realiza el servicio público de la educación superior mediante la investigación, la docencia y el estudio.”*

Evidentemente, la construcción del edificio o infraestructura universitaria previstos en el Convenio citado es necesaria para la realización de los servicios públicos de educación superior y de las actividades de interés general competencia de la Universidad contratante, que constituyen el objeto principal de tales inmuebles y que sólo la Universidad autorizada para ello puede realizarlos. Es decir, no se trata de crear infraestructuras con las que ofertar aulas, salas de reuniones, laboratorios o equipamientos en general a quien los pueda necesitar, sino que se trata de infraestructuras para la ETS de Ingeniería de la Universitat de València.

No parece, pues, aceptable que tales actividades de interés general se separen del objeto principal de la explotación del edificio, de forma que éste último pasa a convertirse en la “puesta a disposición” de la Universidad contratante, durante años, de tal edificación construida a medida para los fines universitarios señalados y mantenida en condiciones adecuadas de limpieza, seguridad e higiene.

En este sentido ya se manifestó el Dictamen 276/2006, de 24 de mayo, del Consejo Jurídico Consultivo de la Comunitat Valenciana, respecto a la propuesta de contrato de concesión de obra pública de la Ciudad de la Justicia de Elche:



“En el proyecto de Ciudad de la Justicia de Elche remitido, el objeto principal de dicho Proyecto es construir una obra o edificio (artículo 120 del Texto Refundido) que sirva de soporte material a la Administración de Justicia. Un edificio en el que se ubiquen los servicios de la Administración encargados de administrar justicia. Partiendo de esta premisa, la obra principal no sería susceptible de explotación, como exige el artículo 220 del Texto Refundido, pues no es posible conceder el ejercicio de una función constitucional cual es la de impartir justicia.

No bastará a tal fin que la Administración utilice el edificio como sede de sus servicios jurisdiccionales a cambio del pago de un canon. La concesión de obra pública no permite cualquier tipo de uso, sino que ha de tratarse, necesariamente, de una obra pública susceptible de explotación “económica”.

De la propia propuesta se desprende que la explotación no se da en relación con el edificio que da nombre al proyecto propuesto "Ciudad de la Justicia", pues respecto a dicho edificio sólo comprende "la construcción y mantenimiento". La explotación económica de la concesión propuesta únicamente alcanza a "6 espacios comerciales" caracterizados por ser de "aprovechamiento diferenciado" respecto de la obra principal."

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración general del Estado, en su Informe de 12 de marzo de 2004, descartaba la figura de la concesión de obra pública por tratarse de la construcción de un edificio para albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos, entendiéndose que no concurría el requisito de ser el edificio susceptible de explotación por el concesionario, lo que obligaría -decía el informe- "a acudir a otras figuras contractuales distintas como puede ser la del contrato de obras para la construcción del edificio".

Separar del objeto principal del edificio las actividades propias del mismo (docencia, investigación...) nos lleva a otras figuras como el contrato de arrendamiento de inmueble equipado y con servicios comunes incluidos, si el inmueble perteneciera al adjudicatario y se mantuviera en su patrimonio durante el contrato, o bien ante un contrato mixto de obras y de servicios de mantenimiento, en el supuesto de que tras la construcción de las infraestructuras éstas se reciban e integren en el patrimonio de la Universidad contratante, pero en ningún caso estaríamos ante un contrato de concesión de obra pública dedicada a actividades de interés general susceptibles de explotación empresarial por cuenta y riesgo del concesionario.

Un segundo elemento a analizar, es la existencia real de los riesgos que debe asumir el concesionario en la explotación, sustrato necesario de los contratos concesionales.

Los riesgos económicos de cualquier explotación empresarial pueden ser múltiples, pero todos pueden resumirse en una causa o base común: la incertidumbre que en condiciones normales de mercado existe sobre la evolución de las ventas o de los ingresos, principalmente, en relación con la de los costes de explotación. Por ejemplo, cuando se trata de la explotación de un aparcamiento público o de un tramo de autopista de peaje, el concesionario de su explotación afronta claramente el riesgo de que los potenciales usuarios de tales infraestructuras opten por otras alternativas para aparcar o para viajar y, en consecuencia, que los ingresos obtenidos sean insuficientes para cubrir los costes de explotación. Sin embargo, esta circunstancia no se daría en el caso que nos ocupa: el único cliente o usuario de la supuesta actividad principal del concesionario de la obra pública sería la propia Universidad que le otorga la concesión, que además contrata previamente los servicios del concesionario para un periodo que supera con creces el largo plazo y en las condiciones de precio establecidas por él mismo en su oferta.

El único riesgo económico que se deriva de la propuesta de contratación prevista en el pliego estudiado es el que estaría motivado por la negligencia del adjudicatario, bien al formular su oferta económica o bien durante la ejecución del contrato por el sistema de penalizaciones que se establece para sancionar las posibles deficiencias en la prestación de los servicios de mantenimiento, limpieza, seguridad e higiene, etc., previstos en el pliego de prescripciones técnicas. Pero una vez adjudicado el contrato según la propuesta estudiada, no existe ninguna incertidumbre sobre los usuarios potenciales y los precios que están dispuestos a pagar y, en consecuencia, tampoco habrá incertidumbre sobre las ventas originadas por la actividad principal del concesionario, porque éstas están garantizadas por la Universidad antes del inicio de la explotación y no dependen ni están en función de los usuarios finales (estudiantes, investigadores, ...), por lo que tampoco es un sistema de peaje en sombra o pago por uso.

Todo ello hace que la propuesta de contratación no se ajuste tampoco a lo que dispone el artículo 225 de la TRLCAP, según el cual “el concesionario será retribuido directamente mediante el precio que abone el usuario o la Administración por la utilización de la obra, por los rendimientos procedentes de la explotación de la zona comercial y, en su caso, con las aportaciones de la propia Administración de acuerdo con lo previsto en esta Ley, *debiendo respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario*”. Si además de lo expresado anteriormente, tenemos en cuenta que en el pliego estudiado no existe un presupuesto base de licitación, que la retribución o precio que percibirá el adjudicatario lo establece él mismo en su oferta y que éste se obtendrá mediante la suma de una cantidad fija anual, *por el mantenimiento de la infraestructura necesaria*, y otra variable para retribuir los servicios de limpieza, seguridad, residuos, jardinería, etc., efectivamente prestados y cuyas *tarifas* se establecen a partir de una cuantía determinada también por el adjudicatario para un nivel estimado óptimo, tendremos que concluir que no encontramos ningún riesgo económico derivado de la explotación y con origen en causas ajenas al propio concesionario, ya que están previstas las correspondientes revisiones y actualizaciones de precios y respecto de otras causas. como la fuerza mayor o las actuaciones de la Administración, aquél tiene el derecho a que se mantenga el equilibrio económico de la concesión.

Otra prueba de la inadecuación del contrato de concesión de obra pública para las necesidades que se tratan de satisfacer se desprende de lo dispuesto en el artículo 243 de la TRLCAP, al cual se refiere el Pliego estudiado en su cláusula 20.2, relativa a las obligaciones del concesionario. Como no puede ser de otra forma, el mismo Pliego establece, sin citarlas expresamente, que el concesionario estará sujeto al cumplimiento de las obligaciones que se establecen con carácter general en dicho artículo, entre las cuales se incluyen las siguientes:

- a) “...
- b) *Explotar la obra pública, asumiendo el riesgo económico de su gestión con la continuidad y en los términos establecidos en el contrato u ordenados posteriormente por el órgano de contratación.*
- a) *Admitir la utilización de la obra pública por todo usuario, en las condiciones que hayan sido establecidas de acuerdo con los principios de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono, en su caso, de la correspondiente tarifa.*
- b) “...”

Ya hemos expuesto la inexistencia real de riesgos económicos en la gestión de la explotación y que estén originados por factores o circunstancias ajenas al concesionario. Pero además, habría que preguntarse ahora cómo va el concesionario cumplir con la obligación que se le impone de “admitir la utilización de la obra pública por todo usuario” en condiciones de igualdad, universalidad y no discriminación, mediante el abono de la correspondiente tarifa.

Si el objeto de la explotación es la pretendida “puesta a disposición” de la Universidad contratante de las infraestructuras construidas sobre suelo de ésta, entonces dicho objeto incumple ya de por sí una de las obligaciones del concesionario, ya que no puede haber ninguna otra entidad que sea usuaria de esa infraestructura. Si por el contrario, los potenciales usuarios de la explotación fueran las Universidades en general, a las que se les ofertan unas instalaciones universitarias sin discriminación, entonces ello no encajaría con el hecho de que sea una Universidad la entidad contratante y que ésta contrate tales obras para sus propias actividades, tal y como establecen el Convenio suscrito con la Generalitat. La única forma de cumplir con dicho precepto sería que el objeto de la explotación de la obra pública fuera el que realmente es: la enseñanza superior, la investigación científica y las actividades complementarias universitarias, en cuyo caso los usuarios serían los estudiantes y los investigadores, pero en ese

caso no cabe la concesión porque dichas actividades sólo las puede efectuar la propia Universidad autorizada.

Igualmente, hay que traer a colación el artículo 246.2 de la TRLCAP que, *“las tarifas que abonen los usuarios por la utilización de las obras públicas serán fijadas por el órgano de contratación en el acuerdo de adjudicación. Las tarifas tendrán el carácter de máximas y los concesionarios podrán aplicar tarifas inferiores cuando así lo estimen conveniente”*, y a continuación, en su apartado 4, añade también que *“la retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización y en la forma prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares”*. En ambos casos, se presume la existencia de una demanda variable de la utilización de la obra pública, que en la propuesta estudiada no se da, y se hace un especial hincapié en que la retribución principal al concesionario ha de compensar y guardar relación con la utilización efectiva de la obra pública por los usuarios y no, como se pretende en el pliego estudiado, con la mayor o menor excelencia de los servicios de limpieza, seguridad, jardinería y análogos que provea el concesionario para el funcionamiento del establecimiento.

Respecto a esta misma cuestión de las tarifas por utilización, hemos de destacar también que el Pliego estudiado no recoge la obligación de los licitadores de establecer en el plan económico-financiero de la concesión *“la incidencia en las tarifas de los rendimientos de la demanda de utilización de la obra y, cuando exista, de los beneficios derivados de la explotación de la zona comercial, cuando no alcancen o cuando superen, respectivamente, los niveles mínimo y máximo que se consideren en la oferta”*, tal como dispone el artículo 233.1 y se reitera en el número 3 del artículo 246 de la TRLCAP. En cambio, la cláusula 9.5.2 del Pliego exige de los licitadores que en su oferta incluyan en dicho Plan el *“Estudio de viabilidad de la concesión”*, del cual nos vamos a limitar a transcribir lo que disponen los dos primeros números del artículo 227 de la TRLCAP:

“Artículo 227. Estudio de viabilidad.

1. Con carácter previo a la decisión de construir y explotar en régimen de concesión una obra pública, el órgano que corresponda de la Administración concedente acordará la realización de un estudio de viabilidad de la misma.

2. El estudio de viabilidad deberá contener, al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:

a) Finalidad y justificación de la obra, así como definición de sus características esenciales.

b) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de la obra en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.

c) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.

d) Estudio de impacto ambiental cuando éste sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.

e) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.

f) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de la obra.

g) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de la obra con la justificación, asimismo, de la procedencia de ésta.”

Por último en este apartado, dada la relación existente entre la Pliego estudiado y el Convenio suscrito con la Generalitat al que aquél intenta responder, hay que señalar que la configuración del canon concesional al que se refiere el citado convenio no se aleja de la figura de los contratos con pago aplazado del precio, con el handicap que éstos sólo pueden realizarse para un período no superior a 10 años y además deben estar previstos en una norma con rango legal. De hecho, el canon concesional previsto en el convenio se configura en sentido inverso al habitual, es decir, no se trata de una contraprestación pecuniaria que paga periódicamente el concesionario a la Universidad por el aprovechamiento privativo del dominio público (concesión demanial sobre los terrenos de la universidad), sino que se define como la contraprestación que la Universitat abonará al concesionario, tanto por la prestación de los servicios necesarios para el funcionamiento y mantenimiento de la infraestructura (parte variable de la retribución del concesionario, financiada por la universidad con sus recursos ordinarios), como para retribuir los “*gastos de administración, financieros y de amortización del capital*” soportados por la sociedad concesionaria, por la construcción y financiación de la infraestructura y de su explotación (parte fija financiada por la Generalitat a través de la Universidad y con cargo a los recursos previstos en el convenio). En el Pliego estudiado se ha optado, sin embargo, por evitar este atípico concepto de canon y por establecer los conceptos de “Cantidad Fija” y “Cantidad Máxima” para definir los límites mínimo y máximo de la retribución al concesionario por la totalidad de gastos indicados en el convenio, así como por definir como “tarifas” el sistema de precios de los servicios para la explotación incluidos en la contratación.

Consideraciones en cuanto la forma de financiación y la aplicación de SEC 95

Aunque en la valoración que debe hacer esta Junta sobre el objeto de la consulta ha de prevalecer lo dispuesto en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, cabe también traer a colación aquí que, desde el punto de vista de las normas de Contabilidad Nacional, el elemento clave para determinar la influencia que la concesión de una obra pública puede tener en el déficit público viene dado por el hecho de que la misma quede en el balance de la Administración o en el balance del concesionario. Con arreglo a los criterios del Sistema Europeo de Cuentas (SEC-95), los activos resultantes de las obras realizadas permanecen en el balance del concesionario, que es quién contabiliza los gastos de inversión correspondientes, siempre que se produzca de forma efectiva la transferencia al concesionario de los riesgos derivados de la propiedad de los activos, con independencia de que la titularidad de la infraestructura desde un punto de vista jurídico sea de la Administración. Esta regla es de aplicación tanto a concesiones con tarifas pagadas por el usuario como a concesiones en régimen de peaje sombra o tarifas pagadas por la Administración.

En el supuesto de que la concesión se financie exclusivamente a través de la tarifa o peaje correspondiente que abonen los usuarios, y se transfiera riesgo suficiente al concesionario, no habrá un compromiso de aportación de recursos públicos por parte de la Administración, por lo que la influencia de la misma en el déficit público será nula.

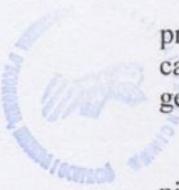
Cuando las tarifas son abonadas en su totalidad por la Administración, Eurostat establece una serie de criterios adicionales que contribuyen a determinar si los principales riesgos son transferidos al concesionario. En concreto, Eurostat establece que los activos permanecerán en el balance de las administraciones públicas, cuando no se cumplan las dos siguientes condiciones:

- Que el concesionario asuma los riesgos de construcción.
- Que el concesionario asuma o bien el riesgo de demanda o bien el llamado “riesgo de disponibilidad” íntimamente ligado a la calidad de servicio prestada en la infraestructura.

El riesgo de construcción comprende, entre otros, lo retrasos en la ejecución de las obras, consecuencias de no-cumplimiento de los estándares establecidos, costes adicionales de construcción, deficiencias técnicas y efectos externos negativos.

Por su parte, el riesgo de demanda se entiende como el derivado de la variabilidad de la demanda de los servicios proporcionados por el concesionario, debido a factores independientes de la actuación de éste último, como pueden ser el ciclo económico, nuevas tendencias en el mercado, nuevas fuentes de competencia directa u obsolescencia técnica. Esta condición no se cumpliría si la Administración asegura un determinado pago al concesionario independientemente del nivel de la demanda, de tal forma que las fluctuaciones de esta última resulten irrelevantes para la rentabilidad del concesionario, como ocurre en el presente contrato.

Finalmente, el riesgo de disponibilidad se refiere a las consecuencias para el concesionario de no suministrar los servicios especificados en el contrato en la cantidad o calidad requerida. Para considerar que el concesionario asume este riesgo, los pagos realizados por la Administración han de depender de forma sustancial del efectivo cumplimiento por el concesionario de las condiciones establecidas en el contrato. Las penalizaciones impuestas al concesionario en caso de incumplimiento de las condiciones del servicio han de ser aplicadas (con base en el contrato concesional) de forma automática y con un efecto significativo en los ingresos o beneficios del concesionario, es decir, con un carácter no meramente simbólico, esto es impedir que la retribución fija que pueda percibir el concesionario con independencia de la calidad de la puesta a disposición de la infraestructura sea de una cuantía tal que permita al concesionario, en la práctica, recuperar la inversión realizada en la construcción de la obra y, no estructure el riesgo concesional al que se refiere el art. 220.1 del TRLCAP a partir de “penalizaciones” en el sentido que tiene en la contratación administrativa, como sanciones por incumplimiento contractual.



En el caso que nos ocupa, resulta loable el esfuerzo realizado en el pliego de prescripciones técnicas de la explotación del edificio departamental para la medición de la calidad de los servicios, pero realmente hay que indicar que son difícilmente medibles y que en general, responden a las condiciones de ejecución de un contrato administrativo de servicios.

La aplicación de tales parámetros a la actual contratación evidencia que no estamos ante ninguno de los supuestos contemplados, pues de todo lo expuesto, difícilmente podrá permanecer la infraestructura en el balance del contratistas.

Si a ello unimos un canon concesional por determinado plazo (simil peaje en sombra sin riesgo potencial de frecuentación de la infraestructura y con una difícil control sobre la “calidad” de los servicios de mantenimiento, descartamos totalmente la figura del arrendamiento operativo planteado en la documentación que acompaña a los pliegos, Estamos ante un “pago aplazado encubierto”, que computará deuda desde que se adjudique el contrato.

No salva la cuestión el hecho de que el PCAP no prevea la recepción de las obras, sino la reversión de las mismas al finalizar el plazo de la concesión, salvo, evidentemente, resolución anticipada del contrato. Dos cuestiones se nos plantean ante este hecho. La primera, el mero

hecho de la ocupación de las obras para su destino, equivale a una recepción de las mismas. De otra parte, el convenio suscrito con la Generalitat, prevé claramente la vinculación financiera de la misma, "a la recepción de las obras de plena conformidad".

El estudio realizado por esta Junta, lleva a concluir que nos encontramos con un contrato que incluye prestaciones de distinta naturaleza, objeto, asimismo de, distintos contratos administrativos. De un lado un contrato de obras cuyo proyecto puede comprender el equipamiento necesario. De otros diversos contratos de servicios, las explotaciones comerciales, cafeterías, librerías, etc... podría ser objeto de concesión o de contratos administrativos especiales, la gestión integral del aparcamiento es lo único que podría dar lugar al contrato de concesión de obra pública.

Por todo ello, se sugiere a la universidad, que o bien acuda a las figuras contractuales típicas o que acuda a la fórmula del contrato mixto de obra y mantenimiento y conservación de las infraestructuras. Cuestión distinta es el contrato de vigilancia, difícilmente encajable dentro de esa unción de construcción y mantenimiento del edificio, incluido el aparcamiento. Siendo a posteriori la concesión de las zonas comerciales resarcible mediante canon o contratos administrativos especiales resarcibles mediante canon.

No es de desdeñar la financiación de la obra pública mediante concesión de dominio público, regulada en los Art. 130 y ss. del TRLCAP, exclusivamente aplicable a los supuestos en que una obra pública, por su naturaleza y sus características, no sea susceptible de explotación económica y, por tanto, objeto del contrato de concesión de obras públicas.

En estos supuestos, la construcción y conservación de la obra pública, o bien sólo su conservación, podrá ser objeto del correspondiente contrato de ejecución y mantenimiento, o sólo de mantenimiento, de obra pública, pudiendo otorgar como contraprestación la Administración competente por razón de la materia, conforme a la legislación demanial específica de la misma, una concesión de dominio público en la zona de servicios o en el área de influencia en que se integra la obra.

Evidentemente, los estudios de viabilidad económica determinarían en qué medida ese "pago en especie" compensa al contratista, y presumiblemente no sea rentable para todo tipo de infraestructuras.

En cualquier caso y previendo las necesidades de financiación privada, cabe acudir al pago aplazado, con las limitaciones previstas a un número determinado de anualidades y al principio de legalidad, por lo que, en su caso, debería preverse este extremo en una norma con rango de ley, ex profeso para la financiación de infraestructuras universitarias.

CONCLUSIONES

A la vista de todo cuanto antecede esta Junta considera que no parece adecuada la utilización del contrato de concesión de obra pública para la construcción de infraestructuras universitarias, por cuanto que, de acuerdo con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y la normativa comunitaria, no se dan los requisitos esenciales para la aplicación de este tipo de contrato.

En efecto, el objeto principal de la obra es la prestación de un servicio público reservado a la Universidad y no una obra explotable económicamente por estar destinada a un servicio económico de interés general que, por ende, permita al contratista resarcirse de los costes de las obras y obtener beneficios mediante su explotación. Asimismo, el hecho patente de la existencia de determinadas zonas accesorias a la obra principal, que puedan ser objeto de explotación, no desvirtúa la afirmación de esta Junta, puesto que aquéllas son un plus añadido, pero no lo determinante en el contrato de concesión de obra pública.

Se descarta, igualmente, la existencia del riesgo concesional necesario, dado que el licitador es satisfecho periódicamente por la Administración durante 30 años, por la totalidad de sus prestaciones y sin que exista riesgo de demanda ni de disponibilidad. Todo ello se traduce en la figura del aplazamiento de pago, por cuanto tampoco es sostenible que sea objeto de consideración, de acuerdo con el Sistema de Contabilidad Europeo (SEC 95), el arrendamiento operativo, por lo que la deuda computará desde el momento en que se proceda a la adjudicación del contrato.

La posible financiación privada, según entiende esta Junta, podría abordarse mediante el aplazamiento de pago siempre y cuando se respeten los límites máximos de aplazamiento y su formulación en una norma con rango de ley.

Asimismo esta Junta indica que las posibles zonas accesorias explotables pueden ser objeto de contratos administrativos especiales o contratos concesionales, con lo cual se reportaría un ingreso a la Universitat de València mediante un canon a abonar por el contratista. Todo ello, sin descartar la posibilidad del pago en especie previsto en el art. 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el caso de obras que no sean explotables económicamente y, por tanto, no susceptibles de un contrato de concesión de obra pública.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último caso.

LA SECRETARIA DE LA JUNTA

VºBº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(p.a. Art.1.1.a) Orden de 11 de junio de 2001
DOGV 17/7/200)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE



Margarita Vento Torres

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACION ADMINISTRATIVA en fecha
19 de junio de 2007