

INFORME 3/2005, DE 18 DE MAYO. CONSIDERACIÓN DE LAS APORTACIONES PÚBLICAS EN LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN DE OBRAS PÚBLICAS.

ANTECEDENTES

Con fecha 15 de abril de 2005 ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa escrito de consulta formulado por el Ayuntamiento de Picanya con el siguiente tenor literal:

“ *L'Ajuntament de Picanya adjudica a una empresa del sector, el contracte d'obra pública per a la construcció d'una piscina coberta i la seua posterior explotació per l'adjudicatari.*

Atés que este contracte s'adjudica per concurs, la delimitació del preu, partint dels criteris que fixa l'article 22 del plec, va quedar a mercé d'aquella oferta que, presentada pel licitador, oferira les millors condicions de finançament i minimitzara al màxim possible els costos. Així, el criteri per a la delimitació del preu d'adjudicació que estableix el paràgraf segon de la clàusula núm. 1 seria la suma de les anualitats constants actualitzades a la data del contracte, en concret,, el valor actual d'esta renda.

Delimitat el preu, el paràgraf 1r de l'esmentada clàusula assenyala que: "L'Ajuntament satisfarà a l'adjudicatari, en concepte de subvenció pública, un import igual al preu de l'adjudicació del contracte, mes els interessos devengats en funció del període de temps en què és fraccione l'import total a subvencionar i el tipus d'interés a aplicar, i que és determinara de la forma que s'indica a continuació." D'esta manera, l'import de l'aportació que efectua l'Ajuntament ve estimat per una quantitat equivalent al preu de licitació.

Ens preguntem si esta aportació es pot qualificar com una subvenció a l'explotació si tenim en compte que:

- 1- El cost de la construcció de la infraestructura és satisfet per l'Administració Pública a l'agent privat encarregat de la construcció, conservació i explotació de l'obra al llarg d'un dilatat termini temporal, en forma d'una subvenció.*
- 2- Ara bé, perquè l'entitat concessionària no assumisca el risc que la infraestructura siga poc utilitzada, l'Administració li assegura un nivell d'ingressos amb què aconseguir l'equilibri financer. Nivell mínim que es garantix mitjançant la aportació municipal que cobriria estos conceptes.*

A la vista del que s'exposa, i d'acord amb l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig del Govern Valencià, sol·licitem informe de la Junta Superior de Contractació Administrativa.

S'adjunta al present escrit còpia del plec de condicions a que fa referència aquesta consulta.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Del estudio del Pliego Cláusulas Administrativas particulares (en adelante PCAP) así como del propio tenor literal de la consulta se destacan los siguientes aspectos:

1.- Financiación y régimen económico: Se considera precio de adjudicación aquél fijado por el propio adjudicatario en su oferta, que se abonará fraccionadamente con sus correspondientes intereses (Euribor a tres meses más 1 punto), mediante pagos trimestrales que han de efectuarse durante un plazo que oscila entre 15 y 20 años en concepto de "subvención pública".

El adjudicatario deberá soportar, por tanto :

- a) el coste de ejecución de la obra, menos la aportación pública, más los costes de financiación de las aportaciones públicas.
- b) Además, según se desprende de la cláusulas 19 y 23 el concesionario explotará, en las condiciones establecidas en este pliego, la obra pública objeto de la concesión, así como abonará, a favor del Ayuntamiento, el canon que se establezca. En este punto hay que indicar que el propio pliego determina que éste (el canon) será el ofertado, *en su caso*". Cuestión esta que resulta cuanto menos curiosa para el contrato de concesión de obra pública, y que esta Junta no acaba de comprender que se apliquen a este tipo de contratos las pautas propias del contrato de gestión de servicios públicos exclusivamente .

La aportación del Ayuntamiento o precio de adjudicación será :

- a) el valor actual de los pagos trimestrales acumulados según propuesta del adjudicatario durante 15 y 20 años.

2.- Retribuciones al concesionario: El Pliego de cláusulas administrativas particulares dispone que, "al margen de la mencionada aportación municipal, la retribución del concesionario consistirá en los precios o tarifas que se aprueben, a satisfacer por los usuarios, más el beneficio que obtenga por la explotación de las zonas comerciales complementarias, en su caso".

Hasta aquí las cosas, con la salvedad reseñada respecto del canon ofrecen pocas dudas de interpretación como más adelante se verá. Ahora bien, el escollo lo encontramos cuando la cláusula 24. Bajo la rúbrica " Derechos del concesionario", dispone en su apartado 1.A "Percibir la aportación económica en concepto de subvención a la explotación establecida en este pliego. Este inciso se vuelve a hacer constar en la cláusula 28 al regular la financiación de la ejecución y explotación de la obra pública, pues su apartado 1. Indica " la ejecución y explotación de la obra pública objeto del contrato será totalmente financiada por el concesionario, sin perjuicio de su derecho a recibir la aportación económica en concepto de subvención a la explotación establecida en este pliego.

Ref Inf. 3/2005 MV/jb

Es decir y como se desprende de la consulta realizada, ¿ha querido el Ayuntamiento de Picanya que esta aportación pública en forma de subvención comprenda tanto aportación a la obra como aportación a la explotación? Si ello es así esta junta debe resolver en sentido negativo, puesto que ambos tipos de aportaciones aparecen bien diferenciadas en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en su versión modificada por la Ley 13/2003, de 23 mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas.

Aportaciones a la construcción y Aportaciones a la explotación

El artículo 220.1 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas define el contrato de concesión de obras públicas como aquél en el que la Administración otorga a un concesionario, durante un plazo determinado, la construcción y explotación de obras de titularidad pública, o solamente su explotación, pudiéndose reconocer al adjudicatario el derecho a percibir su *retribución* de alguna de las siguientes formas:

- a) Otorgándole el derecho a explotar la obra.
- b) Otorgándole el derecho a explotar la obra acompañado del de percibir un precio.
- c) Cualquier otra modalidad establecida en el Título V de la Ley. Expresamente, en concepto de retribución al adjudicatario por utilización de la obra construida, el artículo 246 de la Ley establece la modalidad de retribución por tarifas pagadas por los usuarios o la de retribución por la propia Administración, cuando el contrato establezca la utilización de la obra o parte de ésta para servicios públicos o para usos de la propia Administración, o la de cualquiera de éstas combinada con la explotación de zonas comerciales vinculadas a la concesión cuando éstas existan.

En consecuencia, la característica financiera distintiva de un contrato de concesión de obras públicas que incluya la ejecución de obras por el adjudicatario, es que su aportación efectiva a la construcción y ejecución le será retribuida total o parcialmente, mediante el derecho a explotar tales obras o construcciones durante un plazo de tiempo determinado y en las condiciones que establezcan los pliegos, siendo requisito previo que las obras sean susceptibles de explotación económica para que pueda celebrarse un contrato de este tipo, como ya ha indicado la Junta Consultiva de la Administración general del Estado en su Informe 61/03, de 12 de marzo de 2004, e Informe 70/04, de 11 de marzo de 2005 y de esta Junta Superior de Contratación Administrativa 3/2004, de 11 de marzo.

En el caso de la contratación del Ayuntamiento de Picanya, como hemos señalado anteriormente, la aportación efectiva del adjudicatario a la construcción de la obra será equivalente a la diferencia entre el coste total de su ejecución y el valor actual de las aportaciones públicas a las que, propuestas en su oferta y en forma de subvención, se

Ref Inf. 3/2005 MV/jb

hubiera comprometido el Ayuntamiento. Por lo demás, dicha aportación efectiva del adjudicatario a la construcción viene retribuida, según se desprende del pliego, por el derecho a la explotación de las obras en los términos ya indicados.

Fuera del concepto de retribución al adjudicatario presente en el artículo 246, los artículos 245 y 247 de la Ley establecen la posibilidad de que las Administraciones efectúen lo que en la misma se denomina *aportaciones públicas* a la construcción de la obra y a la explotación de la misma, respectivamente.

Concretamente, en relación con las primeras, el artículo 245 dispone que las Administraciones públicas podrán *contribuir a la financiación de la construcción de la obra* mediante aportaciones, dinerarias o no, cuyo importe **deberá estar fijado en los pliegos o determinarse por los licitadores en sus ofertas**. La ayuda de la Administración podrá consistir en la ejecución por su cuenta de parte de la misma o en su financiación parcial. Lógicamente, esta posibilidad cabe utilizarla cuando la Administración considere que el derecho a la posterior explotación de la obra que se concede al adjudicatario no es suficiente para retribuir el coste de ejecución y financiación de la totalidad de las obras vinculadas a la concesión y a las que obliga el contrato.

Además, el mismo precepto establece que, si dichas aportaciones se efectúan una vez concluidas las obras, o incluso al término de la concesión, resultará entonces de aplicación lo dispuesto en las normas sobre contratos de obra bajo la modalidad de abono total, salvo en la posibilidad de fraccionar el abono.

Por su parte, respecto de las aportaciones a la explotación una vez concluidas las obras, el artículo 247 de la Ley establece que las Administraciones públicas, *a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación, podrán otorgar al concesionario aportaciones públicas a la explotación de la obra* consistentes en **subvenciones al precio** [sic], anticipos reintegrables o préstamos, desde el inicio de la explotación de la obra, o en el transcurso de la misma cuando se prevea que vayan a resultar necesarios para garantizar la viabilidad económico-financiera de la concesión. Asimismo, se establece también la *posibilidad de otorgar al concesionario ayudas* en los casos excepcionales en que por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de la obra pública *antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad*.

De la comparación de ambos preceptos se desprende claramente que las aportaciones públicas para la construcción de la obra, reguladas en el artículo 245 de la Ley, deben fijarse y determinarse necesariamente en el contrato, bien porque su importe viene determinado en los pliegos, o bien porque de acuerdo con lo previsto en ellos viene determinado en la oferta que resulte adjudicataria. En cambio, las aportaciones públicas tras la explotación de la obra, a las que se refiere el artículo 247, constituyen únicamente una potestad cuyo ejercicio puede preverse en los pliegos, incluyendo si se considera

Ref Inf. 3/2005 MV/jb

conveniente los criterios para otorgarlas y determinar su importe, pero sólo pueden efectuarse en la medida que sean estrictamente necesarias para garantizar la viabilidad económico-financiera de la explotación de la obra, en cualquier momento durante el transcurso del plazo de concesión, e incluso desde el inicio de la explotación de la obra, en el que se justifique debidamente dicha necesidad. Además, en casos excepcionales y por razones de interés público, pueden concederse ayudas finalistas para la promoción de la utilización de la obra pública y sólo en el supuesto de que no haya alcanzado el umbral mínimo de rentabilidad.

En consecuencia, en el caso concreto planteado por el Ayuntamiento de Picanya, las aportaciones públicas establecidas en la cláusula 22.1 del Pliego, antes citada, cumplen los requisitos establecidos en el artículo 246 de la Ley y han de considerarse en todo caso aportaciones públicas a la construcción de la obra, sin perjuicio de que, conforme al mismo precepto y a lo establecido en los Pliegos y en la oferta adjudicataria, dichas aportaciones se efectúen durante la fase de ejecución, una vez concluidas éstas o al término de la concesión.

Por el contrario, constituirá una aportación pública a la explotación de las permitidas por el artículo 247 de la Ley cualquier otra aportación de las previstas en el mismo que, una vez concluida la obra e iniciada su explotación, acuerde otorgar la Administración con la finalidad de garantizar su viabilidad económico-financiera o, excepcionalmente y por razones de interés público, para la promoción de la actividad a que se destina la obra antes de que la explotación alcance el umbral de rentabilidad, y que en el caso de que adopten la forma de subvención, lo serán respecto del precio, entendiéndose por tal, el precio que paga el usuario por la utilización del servicio.

Es decir, la Ley faculta a la Administración para que, por razones de interés público, preste auxilio o coopere con el concesionario durante la explotación, pero para que éstas aportaciones puedan efectuarse será necesario que concurren las circunstancias indicadas y se acredite su necesidad, y sólo podrán otorgarse en la cuantía o medida necesaria para cumplir tal finalidad.

Delimitadas ambas figuras, el Pliego de cláusulas Administrativas Particulares en sus cláusulas 23 y 28, alude a subvenciones a la explotación "previstas en este Pliego", ante esto no cabe más que preguntarse ¿Cómo puede el Ayuntamiento saber a priori, sin haber iniciado el concesionario la explotación del servicio y sin haber transcurrido un tiempo, la rentabilidad de la misma, a mayor abundamiento, existiendo un anteproyecto y un estudio previo de viabilidad económica?

Queremos finalmente hacer hincapié desde esta Junta, que el estudio económico financieros de los contratos de concesión de obras publicas es complejo y dejar cláusulas indeterminadas o confusas pueden dar lugar a consultas como la que ahora se nos plantea, con el agravante de que el contrato ya está adjudicado.

CONCLUSIONES

1ª.- Las aportaciones públicas establecidas en la cláusula 22.1 del Pliego, antes citada, cumplen los requisitos establecidos en el artículo 245 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (conforme a la redacción dada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas) y han de considerarse en todo caso aportaciones públicas a la construcción de la obra, sin perjuicio de que, conforme al mismo precepto y a lo establecido en los Pliegos y en la oferta adjudicataria, dichas aportaciones se efectúen durante la fase de ejecución, una vez concluidas éstas o al término de la concesión.

2ª.- Constituirá una aportación pública a la explotación de las permitidas por el artículo 247 de la Ley cualquier otra aportación que, una vez concluida la obra e iniciada su explotación, acuerde otorgar la Administración con la finalidad de garantizar su viabilidad económico-financiera o, excepcionalmente y por razones de interés público, para la promoción de la actividad a que se destina la obra antes de que la explotación alcance el umbral de rentabilidad, y que en el caso de que adopten la forma de subvención, lo serán respecto del precio, entendiéndose por tal, el precio que paga el usuario por la utilización del servicio.

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



Margarita Vento Torres

Vº Bº
EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devesa

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha 18
de mayo de 2005