Informe 70/04, de 11 de marzo de 2005. "Concesión de obra pública. Necesidad de que la obra sea susceptible de explotación económica por parte del concesionario".

Clasificación de los informes: 21.4 Concesión de obras públicas.

ANTECEDENTES

Por el Alcalde del Ayuntamiento de Alcudia (Illes Balears) se dirige consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa mediante escrito redactado en los siguientes términos:

"Por parte de una entidad mercantil, al amparo del art. 222 con relación al art. 227.5 del R.D.L. 2/2000 (en la redacción dada por la Ley 13/2003) ha sido presentado un estudio de viabilidad económico financiera para la iniciación y tramitación de un contrato de concesión de obra pública para la construcción de un edificio, en un solar municipal, destinado a usos sociales y culturales, para, una vez construido, ceder el uso al Ayuntamiento. El ámbito objetivo del contrato proyectado comprende la redacción del proyecto de ejecución de la obra, su construcción, explotación, mantenimiento y demás prestaciones señaladas en el art. 221 del TRLCAP.

En el estudio de viabilidad económico financiera se hace constar que la explotación del edificio consistirá, una vez construida la obra, en ceder el uso del edificio al Ayuntamiento para ser destinado a las finalidades contempladas en el mismo durante el plazo de duración del contrato de concesión, contemplando como única retribución del concesionario una aportación inicial del ayuntamiento (arts. 224.3 y 245 TRLCAP) y el pago de una cantidad fija anual por parte del Ayuntamiento, como contraprestación al uso del local (art. 225 del RDL 2/2000). Finalizada la concesión se producirá la reversión del inmueble a favor del Ayuntamiento (art. 245.2 TRLCAP).

Por parte de los servicios jurídicos del ayuntamiento se pone en duda la viabilidad del contrato proyectado, por cuanto consideran que el edificio no encaja en el concepto de explotación económica contemplado en el art. 220 del TRLCAP, considerando, además, que la única retribución del concesionario procede del propio ayuntamiento, enervando con dicho proceder el riesgo y ventura del contratista concesionario (art. 220.2 TRLCAP), quien debería asumir los riesgos económicos derivados de la ejecución y explotación de la obra.

Por todo ello, se solicita de la Junta Consultiva de Contratación, que sea emitido Dictamen sobre las siguientes cuestiones:

a) Si el contrato proyectado en los términos propuestos puede ser calificado como contrato de concesión de obra pública.

b) Si la explotación del edificio en la forma propuesta, consistente en la cesión del usó del edificio al Ayuntamiento, puede considerarse que dicho edificio es susceptible de explotación a tenor de lo establecido en el art. 220 del TRLCAP.

c) Si en el contrato de concesión de obra pública es requisito indispensable que el concesionario sea retribuido por precios o tarifas abonados por terceros usuarios ajenos a la administración concedente, o si, por el contrario, la retribución única del concesionario puede consistir en aportaciones dinerarias del ayuntamiento (art. 245 TRLCAP) y, además, en el pago del precio a satisfacer por el ayuntamiento como contraprestación a la cesión del uso del edificio (art. 225 TRLCAP)".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Para resolver las tres cuestiones concretas que se plantean en el escrito de consulta es preciso examinar agrupadas, por estar íntimamente relacionadas, las dos primeras consistentes en determinar si el contrato proyectado puede ser calificado como contrato de concesión de obra pública y si la cesión del uso del edificio al Ayuntamiento permite considerar que el edificio es susceptible de explotación y, por separado, la tercera cuestión enumerada sobre el precio en el contrato de concesión de obras públicas.

2. En cuanto a las dos primeras cuestiones planteadas hay que tener en cuenta que el artículo 220 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introducido por la ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública da una definición del mismo al disponer que "se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquél 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 aquéllas 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".

La lectura del precepto transcrito, cualquiera que sea la amplitud que quiera darse a la definición, demuestra que se considera requisito consustancial a la figura de la concesión el que la obra sea susceptible de explotación económica por el concesionario ya que, ante todo, define el objeto del contrato como la construcción y explotación o solamente la explotación de una obra e insistiendo en la misma idea se refiere a continuación a aquéllas obras "susceptibles de explotación" y a que la retribución puede consistir "en la explotación de la propia obra o en dicho derecho acompañado del de percibir un precio".

En el caso que se examina la cesión del uso del edificio, una vez construido, al Ayuntamiento, para destinarlo a usos sociales o culturales, no constituye explotación del edificio por el concesionario, por lo que debe descartarse la posible concurrencia de una concesión de obra pública de las definidas en el artículo 220 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Por lo demás este criterio ya ha sido mantenido con anterioridad por esta Junta. En su informe de 30 de mayo de 1996 (Expediente 24/96) admitía la figura de la concesión de obra pública ajustada al entonces artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por tratarse de obras de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y su posterior explotación y, por tanto, darse el requisito de ser el edificio susceptible de explotación por el concesionario. Por el contrario, en el informe de 12 de marzo de 2004 (Expediente 61/03) ya en relación con el vigente artículo 220 de la Ley, introducido por la Ley 13/2003, se 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, entendiendo 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".

3. Descartada la figura de la concesión de obra pública pierde interés la cuestión planteada en cuanto al precio del contrato, no siendo éste el lugar adecuado para realizar un estudio de las normas que los artículos 220 a 226 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, incorporados a la misma por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, dedican al precio y a la financiación de los contratos de concesión de obra pública. Únicamente procede indicar que las modalidades de pago del precio al concesionario son diversas y que, en todo caso, como establece el artículo 225 "debe respetarse el principio de asunción de riesgo por el concesionario", aunque sea moderado, so pena, como ha puesto de relieve la doctrina que se desnaturalice el contrato de concesión, quedando convertido en un puro contrato de obras.

4. En definitiva, en la propia propuesta que se expone en la consulta y que formula la entidad mercantil al Ayuntamiento, se advierte la incorrecta aplicación de la norma al manifestar que se tramitará un contrato de concesión de obra pública, figura que comprende la construcción y explotación de la misma durante el plazo al que se extiende la concesión, pero que una vez

ejecutada la obra determina que el concesionario en lugar de explotarla lo que hace es cederla (se desconoce en virtud de que título) a aquel que otorgó la concesión - el Ayuntamiento - para más adelante dejar clara la pretensión de instrumentar un pago aplazado del contrato de obra en dos momentos expresamente prohibida por el artículo 14.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1º. Que según resulta del artículo 220 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas es requisito imprescindible y consustancial al contrato de concesión de obra pública que la obra sea susceptible de explotación por el concesionario, lo que no sucede en el presente caso al tratarse de la construcción de un edificio para ser cedido en uso al Ayuntamiento y por lo razonado en la consideración 4.

2º Que los artículos 220 a 226 incorporados a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública establecen diversos modalidades de abono del precio al concesionario y financiación del contrato, aunque manteniendo siempre el principio de asunción de riesgo por el concesionario.