

Informe 25/01, de 30 de enero de 2002. "Calificación de un contrato cuyo objeto es la construcción y explotación de una obra pública y régimen de financiación del mismo".

ANTECEDENTES.

Por el Presidente del Consorcio de Aguas y Residuos de La Rioja se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Esta Administración debe contratar la construcción y explotación de un "Ecoparque", que incluye sendas instalaciones para el triaje de envases ligeros procedentes de la recogida selectiva y para la obtención de energía a partir de los residuos orgánicos.

El coste previsible de las obras a ejecutar asciende a 3.000.000.000 Pts. mientras que los costes de explotación anual - incluidos amortización e intereses- podría estimarse en una cantidad algo inferior pero todavía sin determinar a la vista de las circunstancias a que me refiero en el párrafo siguiente, siendo el plazo de la concesión de veinte años, equivalente a la estimación de vida útil de las instalaciones.

En lo que a la ejecución de las obras se refiere se cuenta. con una financiación de 1.500.000.000 Pts. (Unión Europea y Comunidad Autónoma de La Rioja), que podrían incrementarse en otros 600.000.000 (Unión Europea) en el próximo ejercicio, si bien no se tiene seguridad alguna al respecto.

La propuesta del Servicio hace referencia a un contrato de gestión de servicios públicos mediante concesión. en el que el adjudicatario adquirirla la obligación de redactar el Proyecto - que esta Administración no puede llevar a cabo a la vista de la incidencia en el mismo de la utilización de una u otra tecnología - y, tras su aprobación por el órgano competente del Consorcio, la de ejecutar las mismas. Estas le serían abonadas contra certificación hasta el limite del crédito disponible.

Por otra parte, las ofertas de los licitadores habrían de incluir un Canon anual de explotación a abonar por el Consorcio que incluiría - además de los costes propios del servicio - la amortización y los costes financieros de los 1.500.000.000 de obra restantes, debidamente diferenciados, a los efectos de que, de obtenerse los 600.000.000 de financiación complementaria en 2.002, al abonarse al concesionario pudiera contarse con los datos objetivos necesarios para calcular la disminución del Canon anual de explotación.

Las tarifas a percibir de los usuarios, debidamente aprobadas por el órgano competente del Consorcio serían gestionadas en cuanto a su cobro por el concesionario, y el importe de las liquidadas en el periodo (cobradas o no) y el del Canon de explotación aplicable serían objeto de la correspondiente compensación (positiva o negativa) con carácter trimestral.

Al iniciarse los primeros trámites del expediente. se ha propuesto por Secretaría General que se solicite informe de esa Junta Consultiva, referido a los siguientes extremos:

1. - Si es correcta la calificación jurídica del contrato como de gestión de servicio público mediante concesión, considerando que lo esencial del contrato es la prestación del servicio y no las obras a ejecutar; o por el contrario, debería calificarse como contrato de concesión de obra pública siempre que fuera mayor la importancia económica de ésta respecto a la explotación, teniendo en cuenta los veinte años de su duración prevista.

2. - Si el sistema económico-financiero del contrato descrito es compatible con la figura de la concesión (de obra o de servicio público) en la que el concesionario gestiona el servicio a su riesgo y ventura; y en caso contrario modificaciones que habrían de introducirse en el mismo.

3. -Alcance y contenido en las condiciones descritas del certificado de existencia de crédito a que se refiere el artículo 67.2 T.R.L.C.A.P.."

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta resulta que son tres las cuestiones que expresamente se suscitan. La primera, formulada con toda claridad, se refiere a la naturaleza y régimen jurídico del contrato para la construcción y explotación de un "Ecoparque". La segunda y tercera se plantean en relación con el sistema económico financiero del contrato y al alcance y contenido del certificado de existencia de crédito a que se refiere el artículo 67.2 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aunque a lo largo del escrito se mezclan extremos, respecto de ellas, relativos a la financiación de las obras, principio de riesgo y ventura, redacción de proyecto, abono por el concesionario de un canon y tarifas a percibir del usuario.

2. Respecto a la primera cuestión suscitada –naturaleza y régimen jurídico del contrato para la construcción y explotación de un "Ecoparque"- basta con remitirse a criterios mantenidos por esta Junta, principalmente en sus informes de 30 de mayo de 1996 (expediente 24/96) y de 17 de noviembre de 1997 (expediente 49/97).

En dichos informes, emitidos con anterioridad a la modificación de la redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, se sentaba la conclusión de que el contrato para la ejecución de obras y explotación de un servicio público debía calificarse y determinar su régimen jurídico de conformidad con la prestación económica más importante y, por ende, como contrato de obras, si la prestación consistente en la ejecución de obras fuere la más importante y como contrato de gestión de servicios públicos, caso contrario.

Precisamente para aclarar las dificultades interpretativas que suscitaba la primitiva redacción del artículo 130 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que, definiendo bajo la rúbrica de concesión de obra pública un contrato de gestión de servicios públicos, se declaraban aplicables las normas del contrato de obras, la nueva redacción del artículo 130, llevada a cabo por la Ley 53/1999, de 28 de diciembre, e incorporada al Texto Refundido de la Ley, aclara que las normas del contrato de obras aplicables son

exclusivamente las de publicidad por resultar esta exigencia de las propias Directivas comunitarias.

Estos criterios de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa han sido además mantenidos por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que en su sentencia de 19 de abril de 1994 declara que "un contrato mixto, cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, si la ejecución de las obras solo tiene carácter accesorio respecto de la cesión de bienes".

En el presente caso, según consta en el escrito de consulta, la explotación del servicio público, dada la duración del contrato y su importe anual, es superior al importe previsto para la ejecución de obras, por lo que, por lo razonado, debe concluirse que la calificación correcta del contrato es la de gestión de servicios públicos que se regirá por las normas establecidas para este tipo de contratos en la legislación de contratos de las Administraciones Públicas.

3. Respecto a las dos últimas cuestiones suscitadas, por la confusión y mezcla de datos que se realiza en el escrito de consulta, esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa tiene que limitarse a realizar una serie de consideraciones generales resultantes, precisamente, de la indicada aplicación de los preceptos relativos al contrato de gestión de servicios públicos.

En primer lugar debe abordarse el problema de financiación del contrato, ya que según se afirma el coste de las obras a ejecutar asciende a 3.000.000.000 de pesetas para lo que se cuenta con una financiación de 1.500.000.000 (Unión Europea y Comunidad Autónoma de La Rioja) que podría incrementarse en otros 600.000.000 (Unión Europea) en el próximo ejercicio, si bien no se tiene seguridad alguna al respecto.

Este problema de la financiación del crédito tendrá que ser resuelto con las normas generales relativas a contratos plurianuales, detallando la cantidad correspondiente a cada ejercicio, sin que, en este sentido, suscite ninguna dificultad la incorporación al expediente del certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya a que hace referencia el artículo 67.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

En segundo lugar y en cuanto a la redacción del proyecto habrá de aplicarse el artículo 158.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que señala que en los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de las obras precisas con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En este sentido, aprobado el anteproyecto no existe dificultad para encomendar la redacción del proyecto al adjudicatario.

En tercer lugar se alude al abono de un canon por el Consorcio como parte de financiación del contrato y a las tarifas a abonar por los usuarios, debiendo significarse que el artículo 162 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas alude genéricamente a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato y a la revisión de las mismas como derecho del contratista y más concretamente a las tarifas de los artículos 158 y 163 de la Ley, por lo que no existe ninguna dificultad para que estos extremos figuren en el respectivo pliego como parte integrante del contrato.

Finalmente la alusión al principio de riesgo y ventura que se realiza en el escrito de consulta y que la Ley, para todos los contratos, proclama en su artículo 58, nada tiene que ver con la adjudicación del contrato, sino que serán incidencias que surjan a lo largo de la ejecución del contrato y determinarán, caso por caso, la asunción del riesgo por el contratista o la indemnización al mismo por parte de la Administración.

CONCLUSIÓN.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el contrato para la construcción y explotación de un "Ecoparque" debe calificarse como contrato mixto en el que, al ser la prestación económica más importante la de la explotación del servicio, frente a la ejecución de las obras, debe regirse por las normas que la legislación de contratos de las Administraciones Públicas dedica al contrato de gestión de servicios públicos.
2. Que en cuanto al sistema económico financiero y certificado de existencia de crédito, deberán ser tenidas en cuenta las consideraciones generales del apartado
- 3, sin que pueda lograrse mayor concreción en las mismas, dado lo confuso de los datos expuestos en el escrito de consulta.