



Expediente 106/18

Materia: Otorgamiento de subvenciones para compensar posibles pérdidas en una concesión de servicios.

ANTECEDENTES

El Alcalde del Ayuntamiento de Pinto ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Se solicita de esa Junta Consultiva de Contratación informe sobre si en los contratos de concesión de servicios previstos en el artículo 284 y siguientes de la Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público se puede subvencionar por la administración contratante (Ayuntamiento de Pinto) parte de las posibles pérdidas que podría ocasionar el contrato de concesión de servicio (déficit de explotación), en contratos tales, como la gestión del servicio de Ludotecas Municipales.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La consulta planteada a esta Junta consultiva versa sobre la posibilidad de que en una concesión de servicios la Administración contratante pueda subvencionar parte de las posibles pérdidas que pueda ocasionar el contrato a la concesionaria.



El presente informe va a tratar esta cuestión desde la óptica estrictamente contractual, entendiendo que la consulta se refiere a subvenciones que se acuerdan en el seno de la concesión de servicios y no a otro tipo de subvenciones ajenas al contrato, cuestión sobre la que esta Junta Consultiva carece de competencia.

2. Recordemos que el contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Por su naturaleza jurídica tanto la concesión de obras como la de servicios difieren de la autorización, figura en que el patrimonio jurídico del interesado disponía de un derecho preexistente que mediante esta se autoriza a ejercer. En la concesión se otorga un conjunto de derechos subjetivos nuevos, que antes no figuraba en el patrimonio jurídico del administrado.

En la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, para que pueda hablarse propiamente de una concesión es necesario que el derecho de explotación de los servicios implique la transferencia al concesionario del riesgo operacional, esto es, que concurren las siguientes condiciones:

- Que no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como



consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión, si las hay.

- Que la parte de los riesgos transferidos al concesionario suponga una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no sea meramente nominal o desdeñable.

3. En la regulación del contrato de concesión de servicios observamos (Artículo 285 de la LCSP) que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas deberán hacer referencia, al menos, a la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien, señala la ley, en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista. Además, el legislador parece partir de la base de que cabe una financiación ajena al concesionario pues reconoce en el propio precepto que en los supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Parece claro, en consecuencia, que legalmente es posible financiar la construcción de una obra afecta a una concesión de servicios o la propia explotación del servicio.

Por otro lado, el artículo 297 de la LCSP señala que en lo no previsto en la regulación propia del contrato de concesión de servicios, le será de aplicación la regulación establecida respecto al contrato de concesión de obras, siempre que resulte compatible con la naturaleza de aquel. El Artículo



265, dentro de la regulación de la concesión de obras, alude a la financiación de las obras e indica lo siguiente:

“1. Las obras objeto de concesión serán financiadas, total o parcialmente, por el concesionario que, en todo caso, asumirá el riesgo operacional en los términos definidos en el apartado cuarto del artículo 14.

2. Cuando existan razones de rentabilidad económica o social, o concurren singulares exigencias derivadas del fin público o interés general de las obras objeto de concesión, la Administración podrá también aportar recursos públicos para su financiación, que adoptará la forma de financiación conjunta de la obra, mediante subvenciones o préstamos reintegrables, con o sin interés, de acuerdo con lo establecido en el artículo 252 y en esta Sección, y de conformidad con las previsiones del correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares, debiendo respetarse en todo caso el principio de asunción del riesgo operacional por el concesionario.

3. La construcción de las obras objeto de concesión podrá asimismo ser financiada con aportaciones de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente, en los términos que se contengan en el correspondiente convenio, y con la financiación que pueda provenir de otros organismos nacionales o internacionales.”

De este precepto se deducen las siguientes conclusiones:



- El concesionario ha de asumir necesariamente la totalidad o una parte de la financiación de las obras.
- La Administración concedente puede también asumir una parte de la financiación.
- Esta parte puede consistir, como señala el artículo 252 LCSP, en la ejecución por su cuenta de parte de la misma o en su financiación parcial.
- Tal financiación también puede provenir de otras Administraciones Públicas distintas a la concedente.
- En todo caso, la financiación parcial no debe vulnerar el principio de asunción del riesgo operacional por el concesionario.

Esta norma es perfectamente aplicable, según nuestro criterio, a la financiación de las obras que queden afectas a una concesión de servicios públicos. Pero ocurre además que la ley también contempla una norma específica (Artículo 268) sobre la posible existencia de aportaciones públicas a la explotación de la obra. Señala el meritado precepto lo siguiente:

“Las Administraciones Públicas podrán otorgar al concesionario las siguientes aportaciones a fin de garantizar la viabilidad económica de la explotación de las obras, que, en todo caso, tendrán que estar previstas en el pliego de condiciones y no podrán incrementarse con posterioridad a la adjudicación del contrato, sin perjuicio del reequilibrio previsto en el artículo 270:

a) Subvenciones, anticipos reintegrables, préstamos participativos, subordinados o de otra naturaleza, para ser



aportados desde el inicio de la explotación de las obras o en el transcurso de las mismas. La devolución de los préstamos y el pago de los intereses devengados en su caso por los mismos se ajustarán a los términos previstos en la concesión.

b) Ayudas, incluyendo todo tipo de garantías, en los casos excepcionales en que, por razones de interés público, resulte aconsejable la promoción de la utilización de las obras antes de que su explotación alcance el umbral mínimo de rentabilidad.”

La finalidad de estas subvenciones o ayudas es precisamente garantizar la viabilidad económica de la explotación de las obras. Atendiendo a la regla de supletoriedad contenida en el artículo 297 consideramos que tal norma es perfectamente aplicable a la explotación del servicio objeto de una concesión. Por tanto, en términos generales cabe que exista una subvención prevista en el propio pliego que permita garantizar la viabilidad económica de la explotación del servicio y, con ello, parte de las posibles pérdidas que en ese momento puedan preverse.

4. Todo lo anterior no nos puede hacer olvidar que el elemento básico que la LCSP tiene en cuenta para calificar un contrato como concesión de servicios es que se produzca la transferencia del riesgo operacional. Por esta razón, en los casos en que una Administración subvencionara todas las posibles pérdidas en que pudiese incurrir el concesionario o una parte tan significativa de ellas que se produjese el efecto de que tales pérdidas sean meramente nominales o desdeñables, no se estaría asumiendo por el contratista el riesgo operacional y el contrato no sería una concesión.



Por tanto, es posible que mediante el contrato se acuerde conceder aportaciones, ayudas o subvenciones a la explotación del servicio con el fin de garantizar su viabilidad económica, pero ello debe hacerse en términos tales que se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario, pues de lo contrario el contrato no sería una concesión de servicios sino un contrato de servicios.

En mérito a las anteriores consideraciones jurídicas la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza las siguientes

CONCLUSIONES

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, considera posible que en el contrato de concesión de servicios la Administración contratante acuerde conceder aportaciones, ayudas o subvenciones a la explotación del servicio con el fin de garantizar su viabilidad económica, pero ello debe hacerse en términos tales que se mantenga la asunción del riesgo por el concesionario.