

## La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales<sup>1</sup>

Esteban Arimany Lamoglia  
*Abogado del Estado (en excedencia).*  
*Socio de Uría Menéndez*

### 1. Introducción.

1.1. Delimitación del objeto de la ponencia. 1.2. Estado actual del Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones en relación con las fórmulas CPP. 1.3. Ventajas y paulatina expansión, conceptual y material, de las fórmulas CPP.

2. Breve referencia a las exigencias de estabilidad presupuestaria y a los requisitos de no-cómputo en las cuentas públicas del endeudamiento vinculado a la provisión de la infraestructura o equipamiento.

3. Las fórmulas de financiación y gestión de infraestructuras y equipamientos públicos en nuestro Derecho.

3.1. Enumeración general de las fórmulas de financiación y gestión. Breve reseña de determinados aspectos de la gestión mediante sociedad mercantil local. 3.2. La inoperancia del contrato administrativo de obras para diferir pagos y no computar endeudamiento público. El caso del Auditorio de Girona (STSJC, de 30 de diciembre de 2004). 3.2.1. El contrato administrativo de obras y alguna de sus variantes desde la perspectiva de los objetivos de diferimiento de pago y no-cómputo del endeudamiento en las cuentas públicas. 3.2.2. El caso del Auditorio de Girona como ejemplo de reacción ante la transgresión de los principios reguladores del pago del precio en el contrato administrativo de obra. 3.3. Los derechos de superficie y los arrendamientos operativos como fórmula CPP. El equipamiento para usos sociales y culturales del Ayuntamiento de Santa Margalida. 3.4. La concesión de obra pública con retribución a cargo de la corporación local vinculada al riesgo de disponibilidad. El equipamiento para usos sociales y culturales del Ayuntamiento de Alcúdia. 3.4.1. La concesión de obra pública como contrato administrativo típico en el que el contratista se retribuye con la explotación de la obra. 3.4.2. El debate sobre la posibilidad de articular una concesión de obra pública basada en pagos de la Administración concedente por disponibilidad de la infraestructura. El caso de Alcúdia. 3.4.3. La necesidad de acentuar el riesgo asumido por el concesionario en los supuestos de pagos por disponibilidad.

1. El texto que se transcribe constituye, con alguna mínima adaptación, el contenido de la ponencia que tuve la ocasión de exponer en la sesión de 20 de enero de 2006 del Seminario de Derecho Local organizado en Barcelona.

Debo agradecer públicamente a la Secretaría General de la Excm. Diputación Provincial de Barcelona su amable invitación para hacerme cargo de la ponencia.

## 1. Introducción

### 1.1. Delimitación del objeto de la ponencia

Tras agradecer a los organizadores la invitación para estar entre ustedes, quisiera adelantarles que mi ponencia, de carácter descriptivo, es, al mismo tiempo, la crónica de una cierta decepción por la falta de certeza y seguridad que, en algunos aspectos, presenta nuestro ordenamiento a la hora de dar respuesta a algunas necesidades evidentes.

En el ámbito que nos ocupa, se trata de la necesidad de conseguir la provisión de infraestructuras y equipamientos locales mediante fórmulas que permitan diferir en el tiempo la carga económica de la inversión y la correspondiente remuneración del contratista que acomete la financiación y ejecución de dichas obras, sin que tal diferimiento suponga cómputo de endeudamiento en las cuentas de la corporación promotora.

Constatada, como veremos, la inoperancia, a tal efecto, del contrato administrativo típico de obras, la concesión de obra pública o de servicio público aparece, en nuestro Derecho, como una excelente opción para lograr los objetivos señalados. Sin embargo, en determinados supuestos, en los que no existe propiamente un usuario –distinto de la Administración– que remunere al concesionario ni una remuneración vinculada al grado de frecuentación o demanda de la infraestructura, se ha puesto en duda si es legalmente posible la utilización de la concesión administrativa, duda que ha motivado el recurso –para satisfacer idénticas necesidades– a contratos alternativos, atípicos y de carácter mixto, que tampoco están exentos de controversia jurídica. No parece, por otra parte, que la introducción del nuevo contrato nominado de “colaboración entre el sector público y el sector privado”, que aparece previsto en el anteproyecto de Ley de contratos del sector público, vaya a arrojar luz definitiva sobre las principales cuestiones que me propongo plantear.<sup>2</sup>

Por supuesto, estamos hablando de colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y

obras promovidas por las corporaciones locales, por lo que serán éstas las que recurrirán a la colaboración del sector privado, sin perjuicio de que, en el ámbito de la concesión de obra pública, el artículo 222 del Texto refundido de la vigente Ley de contratos de las administraciones públicas, aprobado mediante el Real decreto legislativo 2/2000, de 16 de junio (TRLCAP), prevea que el proceso de contratación pueda ponerse eventualmente en marcha a iniciativa de los particulares. Por otra parte, nos centraremos en las obras públicas, más que en los servicios públicos locales, y, más concretamente, en las denominadas obras ordinarias como categoría distinta a la de las obras de urbanización.<sup>3</sup>

### 1.2. Estado actual del Derecho comunitario de la contratación pública y las concesiones en relación con las fórmulas CPP

Desde una perspectiva muy general, el Libro verde sobre la colaboración público-privada (CPP) y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de la Comisión Europea, publicado el 30 de abril de 2004, señala que:

“la expresión CPP carece de definición en el ámbito comunitario. En general, se refiere a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio.”

Las operaciones CPP, dice la Comisión, suelen caracterizarse por una serie de elementos, que, expresados ahora sintéticamente, se refieren a la larga duración de la relación contractual, a la presencia de financiación privada, que puede combinarse con la pública, y al reparto de riesgos entre el sector público y el privado en función de cuál de los dos sectores sea más eficiente para gestionarlos, con lo que se está ya adelantando la necesidad de asunción de riesgos por parte del sector privado en este tipo de operaciones.

La CPP (o PPP, siglas inglesas), como género, no debe confundirse –obvio es decirlo– con la modalidad con-

2. El nuevo y futuro contrato administrativo nominado de “colaboración entre el sector público y el sector privado” se perfila como un negocio jurídico en virtud del cual un ente o persona del sector privado pone a disposición de la Administración pública una actuación global e integrada –en la que necesariamente se comprende, además de la financiación de la inversión, “La construcción o transformación de obras [...], así como su mantenimiento y actualización, su explotación o gestión”– a cambio de un precio que satisface la Administración al contratista durante todo el periodo de ejecución del contrato (de larga duración) y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento.

El régimen jurídico de este contrato no aparece predefinido directamente en todos sus rasgos por el anteproyecto de Ley, en la medida que este último lo considera como un contrato mixto, fruto de la fusión de una diversidad de prestaciones, en el que la prestación principal –que puede ser incluso la propia de un contrato de concesión de obra pública– será determinante a la hora

de integrar dicho régimen. Es por ello que ya se están levantando voces críticas ante esta nueva modalidad contractual, basadas, sobre todo, en la falta de clara delimitación frente a otros tipos contractuales ya existentes.

En todo caso, debe advertirse que se tratará de un contrato extremadamente complejo en el proceso de adjudicación y dotado de un cierto aire de excepcionalidad. La adjudicación se llevará a cabo a través del nuevo procedimiento de diálogo competitivo que vendrá, a su vez, precedido de un denominado documento de previa evaluación emitido por un órgano colegiado constituido al efecto para valorar y justificar, motivadamente, las ventajas de toda índole que pueda reportar, a efectos de conseguir los objetivos predefinidos, la utilización del contrato de *colaboración entre el sector público y el sector privado* frente a otro tipo de contrato distinto.

3. Sobre esta última distinción, *vid.*, últimamente, Ángel MENÉNDEZ REXACH, “Obras municipales ordinarias y planeamiento urbanístico”, en *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, noviembre de 2005, p. 11 y ss.

tractual anglosajona, especie de aquella, denominada como PFI (Private Finance Initiative),<sup>4</sup> ni con el contrato de financiación, Project Finance (PF), a través del cual, en muchas ocasiones, se vehiculiza, también en nuestro Derecho, la aportación de recursos financieros externos para el desarrollo del proyecto.

La Comisión Europea ha distinguido las CPP puramente contractuales, cuyo contrato prototipo es el contrato de concesión de obras o de servicios públicos, y las CPP institucionalizadas en forma de empresa mixta con participación de capital público y privado.

Partiendo de la base de que la adjudicación de una CPP tiene que estar necesariamente presidida por la aplicación de los principios del Tratado UE, en especial: libre circulación y establecimiento, trato equitativo, transparencia y reconocimiento mutuo, la Comisión se plantea, en el Libro verde CPP, hasta qué punto la actual regulación comunitaria implementa, correcta y efectivamente, tales principios y, consecuentemente, si resulta necesario adoptar a nivel europeo algún tipo de iniciativa, en forma de legislación derivada o instrumento meramente interpretativo.

A efectos de dar con las respuestas más adecuadas, la Comisión abrió un plazo de consulta, dentro del cual recibió las aportaciones de múltiples interesados y estados miembros. Asimismo, tanto el Comité Económico Social como el Comité de las Regiones aportaron sus respectivas opiniones sobre el Libro verde CPP. En mayo de 2005, se publicó un informe de la Comisión analizando todas las aportaciones recibidas en el plazo de consulta pública y, muy recientemente, en noviembre de 2005, emitió una comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico Social y el Comité de las Regiones, en la que se adelantan las directrices sobre los próximos pasos a dar en esta materia.

Por lo que se refiere a las concesiones, la Comisión abandona la idea de promover una legislación uniforme que abarque tanto las mismas como los contratos públicos. Como es bien conocido, salvo en algunos aspectos puntuales relativos a la concesión de obra pública, las concesiones en general y, especialmente, la concesión de servicio público, nunca han estado comprendidas en el ámbito de aplicación de las directivas de contratación pública (obras, servicios y suministros). Eso sí, las concesiones, al igual que los contratos públicos, se inspiran en los principios del Tratado anteriormente mencionados. Por ello, y en orden a asegurar una cierta compren-

sión uniforme y la aplicación efectiva de los mismos, la Comisión, en abril de 2000, adoptó una Comunicación interpretativa sobre concesiones en Derecho comunitario. Dicha Comunicación se considera ahora insuficiente, de modo que, durante 2006, la Comisión se propone seguir analizando la posible implantación de una medida legislativa sobre concesiones a nivel comunitario.

En cambio, por lo que se refiere a las sociedades mixtas (CPP institucionalizada), la Comisión prevé dictar (o, por lo menos, preparar) un documento interpretativo en el ejercicio de 2006 en el que se aclare cómo se aplican a este tipo de sociedades las normas comunitarias y los principios del Tratado. Si un futuro análisis demostrara que, como en el caso de las concesiones, una comunicación interpretativa es insuficiente para salvaguardar la correcta aplicación de la normativa comunitaria, la adopción de una iniciativa legislativa seguiría siendo una opción válida para la Comisión. No se descarta, por otra parte, que en el mismo o diferente documento interpretativo se entre a aclarar el impacto de las normas comunitarias sobre las fórmulas de colaboración entre entes públicos.

### 1.3. Ventajas y paulatina expansión, conceptual y material, de las fórmulas CPP

Son diversas las ventajas que se han asociado a las fórmulas CPP.

Desde el punto de vista de su eficacia, son fórmulas que proporcionan soluciones no solamente para la construcción sino también para la explotación y mantenimiento de la obra pública; buscan la mayor eficiencia que se predica del sector privado en la inversión (*value for money*); incentivan el cumplimiento en plazo, en la medida que la retribución del contratista no se devenga mientras el activo no está disponible y, como se ha adelantado, permite ubicar la gestión del riesgo (fuerza mayor, modificaciones necesarias por la larga duración del contrato, etc.) en el sector, sea público o privado, que mejor pueda llevar a cabo dicha gestión.

Desde el punto de vista presupuestario, las fórmulas CPP permiten atraer fondos privados allí donde los recursos públicos resultan insuficientes para acometer las inversiones necesarias; posibilitan contar con la infraestructura y tenerla disponible en un momento determinado, sin asumir el coste de oportunidad que puede suponer esperar a la existencia de recursos presupuestarios para su financiación, y, precisamente, por

4. El Libro verde CPP (párrafo 23) nos explica que, en el sistema PFI (o IPF en español: Iniciativa de Financiación Privada), "la tarea del socio privado consiste en realizar y gestionar una infraestructura para la Administración pública (por ejemplo, un colegio, un hospital, un centro penitenciario o una infraestructura de transporte). El ejemplo más típico de este modelo es la organización de tipo IPF. En este modelo, la remuneración del socio privado

no adopta la forma de cánones abonados por los usuarios de la obra o el servicio, sino de pagos periódicos realizados por el socio público. Dichos pagos pueden ser fijos, pero también pueden calcularse de manera variable, en función, por ejemplo, de la disponibilidad de la obra, de los servicios correspondientes o, incluso, de la frecuentación de la obra".

lo que aquí interesa, comportan la posibilidad de diferir/fraccionar la remuneración del contratista durante un dilatado número de años –fomentando la equidad intergeneracional– al tiempo que, en determinadas circunstancias, facilitan el no-cómputo en las cuentas públicas de la deuda inherente a la financiación del activo, a efectos del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95) y de la normativa de estabilidad presupuestaria.

En relación con este último punto, resulta notorio que el cómputo o no-cómputo de la deuda en las cuentas públicas se ha transformado, muchas veces, en un elemento fundamental para decidir cómo afrontar una inversión en obra pública. Baste recordar a estos efectos, en el ámbito catalán, el reciente concurso convocado por el ente público IFERCAT para la asistencia técnica y definición de la estructura de financiación y gestión de determinadas inversiones de infraestructuras ferroviarias en Cataluña, concurso en el que la capacidad de ofrecer una fórmula satisfactoria que evite el cómputo de endeudamiento público se ha transformado en un criterio fundamental de la adjudicación e incluso en un parámetro del importe del precio final a satisfacer al adjudicatario/consultor.

Son todas estas necesidades y las ventajas que presenta la CPP en orden a su satisfacción, las que están determinando el auge de este tipo de fórmulas, en varios sentidos. Uno de ellos consiste en la ampliación del ámbito objetivo o, si se quiere, del tipo de equipamiento o infraestructura que va a pretender promoverse bajo una fórmula CPP, de modo que, más allá de las grandes infraestructuras clásicas (autopistas, hidráulicas...), se acogerán también a la misma equipamientos a primera vista más modestos, como los hospitales, las cárceles, las escuelas, las comisarías, los edificios administrativos o las dependencias judiciales, quedando todavía camino por recorrer en nuevos sectores como los de la vivienda protegida o la recuperación medioambiental de suelo contaminado público, por poner algunos ejemplos. En esta misma ponencia haremos alusión a tres supuestos relacionados con equipamientos locales de uso social y cultural.

Dado todo este abanico de posibles aplicaciones, se está también observando un tránsito desde la consideración casi exclusiva del esquema clásico “promoción por la Administración/explotación por el concesionario/utilización por los usuarios y tarifas a cargo de los mismos”, hacia la instrumentación, cada vez más frecuente, de esquemas parecidos en los que, sin embargo:

a) La carga económica de la inversión recae, en última instancia, sobre la Administración pública, que hace frente a la misma mediante recursos presupuestarios, de modo que no es un usuario final distinto de aquélla, caso que exista, quien paga la retribución del contratista, sino que es la propia Administración la que realiza el correspondiente pago.

b) El importe a satisfacer al contratista por parte de la Administración, en concepto de remuneración, no viene determinado por el grado de frecuentación o demanda de utilización de la infraestructura o el equipamiento financiado por aquél (a modo de “peaje en sombra”, en el sentido más típico de dicha expresión), sino por la utilización de otros parámetros, como son, señaladamente, los índices de calidad conseguidos por el contratista en la puesta a disposición/utilización del equipamiento.

Como se viene indicando, los objetivos normalmente perseguidos se identifican con diferir/fraccionar la remuneración del contratista y no computar endeudamiento público. Para ello, como ya se ha adelantado y se va a insistir posteriormente, el contrato de obra no es el instrumento adecuado. Hay, pues, que acudir a otro tipo de contratos (de corte CPP), teniendo, no obstante, en cuenta, que, en relación con los supuestos que se acaban de describir sucintamente (pago por la corporación local en base al estado de disponibilidad de la infraestructura), encontramos en el conjunto de nuestro Estado distintas interpretaciones jurídicas y prácticas administrativas que, en definitiva, reflejan un desacuerdo de fondo sobre si, a efectos de otorgarles debida y legal cobertura, debe utilizarse el contrato administrativo de concesión de obra u otro contrato de tipo distinto.

Por otra parte, la consecución del no-cómputo del endeudamiento no depende tanto del tipo de contrato utilizado como del efectivo desplazamiento de riesgos hacia el sector privado en los términos que, muy genéricamente, se indican acto seguido.

## **2. Breve referencia a las exigencias de estabilidad presupuestaria y a los requisitos de no-cómputo en las cuentas públicas del endeudamiento vinculado a la provisión de la infraestructura o equipamiento**

Como se viene indicando, y resulta bien conocido, los agentes del sector público persiguen, en muchas ocasiones, que el endeudamiento vinculado a la provisión de las infraestructuras o equipamientos por ellos promovidos no computen como endeudamiento público, a efectos, sobre todo, de cumplir con las exigencias de estabilidad presupuestaria.

Dichas exigencias, a nivel europeo, derivan del Pacto de Estabilidad y Crecimiento (PEC). El PEC pretende limitar los déficits y endeudamientos del sector público, que, en ningún caso, se quieren excesivos. Las leyes nacionales de estabilidad presupuestaria (LEP), en fase de reforma, constituyen manifestaciones concretas de los compromisos adquiridos por el Estado español en el marco del PEC.

Con la finalidad de comprobar el cumplimiento de las exigencias del PEC/LEP, se utiliza el Sistema Europeo de

Cuentas Nacionales y Regionales (SEC 95). El SEC 95 es, básicamente, un instrumento estadístico, cuya gestión, a nivel europeo, se atribuye a Eurostat, que ofrece reglas homogéneas tanto para clasificar a las distintas unidades económicas de un país dentro del sector administraciones públicas o dentro del sector sociedades/productores de mercado, como para determinar cuándo un determinado endeudamiento debe computarse en uno u otro de dichos sectores.

En ese contexto, Eurostat, con la finalidad, entre otras, de favorecer la utilización de fórmulas CPP, emitió, en febrero de 2004, una decisión sobre tratamiento de esas fórmulas a efectos de déficit y deuda y, posteriormente, en octubre del mismo año, refundió dicha decisión en un nuevo capítulo del Manual del SEC 95 (Parte IV, apartado 4.2) sobre CPP.<sup>5</sup>

Dicho muy resumidamente y a los únicos efectos de lo que se expondrá posteriormente desde una perspectiva puramente contractual, Eurostat excluye del cómputo como endeudamiento público aquellos supuestos en los que el uso de la infraestructura y la recepción de los servicios inherentes a su utilización van a atribuirse a una administración pública y van a retribuirse por la misma, siempre que (y sólo cuando) se traslade al “socio privado” el riesgo de construcción y, adicionalmente, uno de los dos siguientes grupos de riesgos: el riesgo de demanda o frecuentación de la infraestructura o el riesgo de disponibilidad, lo que comporta, en este último caso, la existencia de pagos cuya cuantía va a depender del cumplimiento de unos parámetros o estándares, por ejemplo de calidad, cuyo incumplimiento debe comportar la imposición de reducciones automáticas en el precio, no meramente simbólicas y con capacidad para impactar negativa y significativamente sobre los beneficios del operador privado.

Debe notarse ahora que Eurostat, a efectos del cómputo o no-cómputo, no está exigiendo ni excluyendo un tipo o tipos de contratos concretos y conocidos en cada uno de los estados miembros.

Parece evidente que una concesión de obra pública basada en un peaje en la sombra que tenga en consideración el grado de frecuentación o demanda de los usuarios (por supuesto, también si son estos últimos los que satisfacen el peaje), con real transferencia del riesgo y ventura y no meramente nominal, excluirá el cómputo del endeudamiento vinculado a la financiación de la inversión realizada por el concesionario como endeudamiento público.

Pero, como acabamos de ver, Eurostat admite, a efectos del no-cómputo, cualquier esquema contractual –se tipifique o no como concesión– a través del cual puedan

instrumentarse los elementos antes citados: pago por la Administración vinculado a la transferencia del riesgo de disponibilidad al contratista. Otra cosa es determinar, desde la óptica del Derecho español de la contratación pública, qué tipo de contrato puede utilizarse en estos últimos supuestos.

Antes de entrar en esta última cuestión, tan sólo recordar –les consta a todos ustedes– que las corporaciones locales, aparte las limitaciones propias de la legislación de estabilidad presupuestaria, están sujetas a exigencias específicas, básicamente de control autonómico, para la obtención de recursos a través de operaciones de crédito o prestación de avales. Concretamente, se requiere autorización del ente de tutela financiera cuando el grupo local esté en situación de ahorro neto negativo o alcance una ratio de excesivo endeudamiento (artículo 53, apartados 1 y 2, respectivamente, de la Ley de haciendas locales). Este dato, por sí mismo, provoca que, en muchas ocasiones, se busquen también fórmulas alternativas para la provisión de equipamientos locales con la finalidad de alejarse de aquella situación o ratio.

### 3. Las fórmulas de financiación y gestión de infraestructuras y equipamientos públicos en nuestro Derecho

#### 3.1. Enumeración general de las fórmulas de financiación y gestión. Breve reseña de determinados aspectos de la gestión mediante sociedad mercantil local

Las infraestructuras y equipamientos de las corporaciones locales pueden financiarse y gestionarse a través de las diversas fórmulas que prevé nuestro ordenamiento para el conjunto de las administraciones públicas.

Desde la perspectiva de las fórmulas contractuales, podrían distinguirse, precisamente, las fórmulas CPP y las fórmulas no CPP.

El contrato administrativo de obras –ejecución y entrega de obra a cambio de un precio– es la fórmula no CPP por excelencia, bien sea en su modalidad clásica de obra que paga la Administración mediante certificaciones/abonos a cuenta, bien se trate de un contrato de obra bajo la modalidad de abono total del precio (“método alemán”).

La figura central de las fórmulas CPP, en materia de obras y equipamientos públicos, es la concesión de obra pública. Como se ha apuntado anteriormente, existe una concesión de esquema más clásico (utilización de la infraestructura por el usuario y tarifas a cargo del mismo) y concesiones en las que la retribución del con-

5. Para una mayor ilustración sobre esta específica materia, puede verse José AMENGUAL ANTICH, “Una consecuencia de la Ley general de estabilidad

presupuestaria: Alternativas a la financiación de inversiones públicas”, en *Presupuesto y Gasto Público*, 3/2005, p. 55 y ss. y la bibliografía allí citada.

cesionario se satisface por la Administración en función de la demanda o frecuentación de la obra, método este último conocido como de “peaje en la sombra” (“peaje blando”, cuando el usuario contribuye sólo parcialmente a la retribución) o “sistema inglés”. Ambas modalidades de concesión de obra pública están, sin duda, recogidas como tales en la regulación que realiza de dicho contrato administrativo el TRLCAP.

Ahora bien, todavía dentro de las fórmulas CPP, se encuentran supuestos de pago de la remuneración del contratista por la Administración, con importe vinculado a índices distintos del grado de demanda –como es, señaladamente, la calidad de la puesta a disposición– en los que se produce la controversia y la dualidad de prácticas, ya anunciadas, con arreglo a las cuales se utiliza en ocasiones el derecho de superficie o contratos similares y en otras ocasiones el contrato de concesión de obra pública.

Puesto que, dentro de la CPP, estamos centrando especialmente la atención en este último grupo de supuestos, a ellos nos referiremos, posteriormente, con un poco más de detenimiento, sin dejar de ilustrar la inoperancia del contrato administrativo de obras para diferir pagos y no computar endeudamiento público.

Ahora bien, no quisiera acabar esta clasificación de tipo general sin hacer una breve alusión a algunos aspectos específicos y relativamente novedosos de la que podríamos denominar gestión no contractual o gestión a través de ente instrumental de la corporación local promotora de la infraestructura o equipamiento. El supuesto más frecuente es el de la constitución de sociedades mercantiles locales de infraestructuras públicas (también denominado en su momento como “sistema español”).

La utilización de sociedades mercantiles locales puede ofrecer las ventajas a las que he venido aludiendo. El SEC 95 contiene también reglas de no-consolidación de la deuda para determinado tipo de sociedades de ente público. Por otra parte, las sociedades mercantiles de ente público no vienen sujetas, en línea de principio, al TRLCAP, de modo que quedan exentas de las limitaciones que este texto normativo impone a las entidades sujetas a su ámbito de aplicación (por ejemplo, la prohibición de aplazamiento de pago a la que luego nos referiremos).

Sin embargo, en este campo se están produciendo novedades tanto por lo que se refiere al régimen de adjudicación de los contratos que las sociedades públicas otorgan a terceros (por ejemplo, para ejecutar la infraestructura o equipamiento de que se trate), como por lo que se refiere a la misma posibilidad de que

dichas sociedades reciban encargos directos de gestión por parte de las corporaciones locales matrices.

En cuanto a la contratación con terceros, y puesto que lo usual será considerarlas sociedades creadas para “satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil” (artículo 2.1 del TRLCAP, redactado por el Real decreto ley 5/2005, de 11 de marzo), serán tratadas como poder adjudicador y quedarán sujetas a las prescripciones del TRLCAP relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación, en los términos previstos en el precepto citado.

Más novedosas son las limitaciones que se han puesto de relieve en relación con la posibilidad de que las corporaciones locales realicen encargos directos de gestión a las sociedades respecto de las cuales aquéllas ostentan la titularidad del cien por cien del capital social. En este punto habrá que recordar la doctrina del TJCE, con arreglo a la cual se vienen distinguiendo las operaciones internas, domésticas o *in house* y las adjudicaciones externas sujetas a requisitos de publicidad y seguimiento de procedimientos licitatorios en los que pueda resultar adjudicatario el sector privado.

Las operaciones internas, encargos directos a la sociedad local sin necesidad de licitación, están sujetas a la concurrencia de dos requisitos: que la entidad local pueda ejercer sobre su sociedad análogo control al que pueda ejercer sobre sus propios servicios internos (no dándose necesariamente el control análogo por el simple dato de la titularidad de la totalidad de las acciones) y que la sociedad de capital íntegramente local realice esencialmente su actividad para la entidad local matriz. Si tales requisitos no se cumplen estaremos, en todo caso, ante una adjudicación externa sujeta a licitación, licitación que, por otra parte, siempre será necesaria en el caso de las sociedades mixtas con participación privada por muy minoritaria que ésta sea.

No debe perderse de vista que la jurisprudencia comunitaria en este punto se está produciendo, básicamente, al hilo de impugnaciones interpuestas por operadores privados contra encargos directos municipales, que, presentadas ante los correspondientes órganos jurisdiccionales de los estados miembros, provocan el planteamiento de una cuestión prejudicial que resuelve finalmente el TJCE.

Sobre toda esta problemática, cuyas últimas manifestaciones vienen constituidas por las sentencias del TJCE Parking Brixen, de 13 de octubre de 2005, y Comisión/Austria, de 10 de noviembre de 2005,<sup>6</sup> pronto aparecerán novedades, en forma de nuevas sentencias del TJCE, en los asuntos C-340/04 y C-410/04, respecto de

6. Puede verse una crónica de las mismas que he podido realizar para el próximo número de *Cuadernos de Derecho Local*, en prensa en el momento de exponerles esta ponencia.

los cuales ha emitido ya sus conclusiones la Abogado General, en fecha 12 de enero de 2006. Asimismo, se observa ya una recepción, no parece que completa, de los principios comunitarios en esta materia en el anteproyecto de Ley de contratos del sector público.

En resumidas cuentas, la recepción de la doctrina comunitaria impone las siguientes consideraciones:

a) Por faltar el requisito del “control análogo” una sociedad cien por cien perteneciente a una determinada administración no puede ser considerada como “medio propio” de otra administración distinta a efectos de recibir encargos directos por parte de esta última para proveer infraestructuras y servicios de competencia de la misma.

b) Por faltar el mismo requisito, nunca cabe realizar la adjudicación directa de la gestión de una infraestructura o servicio en favor de una sociedad de capital mixto.

c) Si falta el requisito de operar la sociedad mercantil de capital público esencialmente para la Administración matriz titular de dicho capital, aquélla no podrá recibir encargos directos ni de otras administraciones ni de la propia Administración matriz, que, a tal efecto, no podrá considerar ya a su sociedad controlada al cien por cien por ella como “medio propio”.

### **3.2. La inoperancia del contrato administrativo de obras para diferir pagos y no computar endeudamiento público. El caso del Auditorio de Girona (STSJC, de 30 de diciembre de 2004)**

#### **3.2.1. El contrato administrativo de obras y alguna de sus variantes desde la perspectiva de los objetivos de diferimiento de pago y no-cómputo del endeudamiento en las cuentas públicas**

Centrándonos ya en los supuestos de provisión mediante contrato directo entre la corporación local y el contratista, y puesto que nos estamos fijando preferentemente en aquellos supuestos en que media pago de aquélla en favor de este último, interesa detenerse en un cierto análisis del contrato administrativo de obra para constatar que, efectivamente, este tipo de contrato (no representativo de fórmula CPP) no permite diferir el pago, al menos por lo que se refiere al ámbito local y al Derecho actualmente vigente, sin perjuicio de algunos cambios que puedan producirse en esta materia en la futura Ley de contratos del sector público.

Adicionalmente, aun si pudiera diferirse el pago no se cumpliría el requisito de desplazamiento al sector privado del riesgo de construcción y, cumulativamente, del riesgo de demanda o del de disponibilidad que exige

Eurostat para no computar endeudamiento en las cuentas públicas.

El contrato de obras, como, en general, todos los contratos en los que la Administración debe pagar un precio, se encuentran afectados por los principios que derivan del artículo 14 del TRLCAP y concordantes. En efecto, entre las disposiciones comunes a los contratos de las administraciones públicas, el artículo 14 del TRLCAP regula el precio de los mismos.

El precio del contrato, conforme a dicho precepto, además de ser *cierto*, ha de abonarse al contratista en dinero (de ahí la exigencia consistente en que se represente en moneda) y en función de la prestación realmente efectuada, teniendo en cuenta que la financiación del contrato por la Administración debe ajustarse al ritmo requerido en la ejecución de la prestación y que se prohíbe expresamente –salvo en tasadas excepciones– el pago aplazado:

“2. Se prohíbe el pago aplazado del precio de los contratos, excepto en los supuestos en que el sistema de pago se establezca mediante la modalidad de arrendamiento financiero o mediante el sistema de arrendamiento con opción de compra y en los casos que una ley lo autorice expresamente.”

La prohibición de aplazamiento se justificó en la exposición de motivos de la LCAP, 13/1995:

“por la inexcusable exigencia de contener el crecimiento del gasto público y el nivel de endeudamiento y a la vez asegurar el mantenimiento del equilibrio presupuestario [...]”

La necesidad de un pago en dinero, acompasado al ritmo de ejecución de la prestación debida por el contratista, y la prohibición de aplazamiento de pago se proyectan frontalmente sobre el contrato administrativo de obras (resultado contra precio), si bien los mencionados extremos han recibido una cierta atenuación a través de las posibilidades excepcionales, contempladas en nuestro ordenamiento, de pago en especie, de abono total del precio a la entrega de la obra o, incluso, en una serie de anualidades posteriores a dicha entrega.

La posibilidad de pago en especie surge de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública, en la medida que introduce en el TRLCAP (artículos 130 a 134) la posibilidad de financiar una obra pública no susceptible de explotación mediante el otorgamiento de una concesión demanial explotable.<sup>7</sup>

A los efectos de este trabajo no debe perderse de vista que pagar una obra pública con una concesión dema-

7. Un buen y extenso análisis de esta modalidad contractual puede encontrarse en E. GARCÍA TREVILJANO, “La financiación de la obra pública mediante el otorgamiento de concesiones de dominio público”, p. 1357 y ss. de la obra

colectiva dirigida por R. Gómez-Ferrer *Comentario a la Ley de contratos de las administraciones públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004.

nial no supone transformar la naturaleza del convenio principal, en el sentido de que, a efectos de la obra a construir, el contrato seguirá siendo administrativo de obras (régimen de riesgos, traspaso de la propiedad y de los riesgos con la entrega de la obra a la Administración, etc.), sin que, bajo ningún concepto, pueda hablarse de una concesión de obra pública. Como claramente se expresa en el artículo 130 del TRLCAP:

“Lo dispuesto en esta sección resultará exclusivamente aplicable a los supuestos en que una obra pública, por su naturaleza y características, no sea susceptible de explotación económica y, por tanto, objeto del contrato de concesión de obras públicas regulado en el título V del presente libro.”

Por lo que se refiere al supuesto excepcional de pago a la recepción total de la obra o con posterioridad a la misma, actualmente encuentra respaldo legal en el artículo 146 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, y en el artículo 48.2 de la Ley general presupuestaria 47/2003, de 26 de noviembre. El Real decreto 704/1997, de 16 de mayo, por el que se regula el régimen jurídico, presupuestario y financiero del contrato administrativo de obra bajo la modalidad de abono total del precio, desarrolla reglamentariamente dicho supuesto excepcional, conocido, asimismo, como “método alemán”.

El preámbulo de esta última disposición vuelve a poner de relieve la prevención que late ante los aplazamientos de pago en la contratación de infraestructuras públicas, al indicar que la misma señala con exactitud, dada la incidencia futura que en el déficit público y nivel de endeudamiento este tipo de contratos puede tener, los supuestos en que van a resultar de aplicación. El mismo tipo de prevenciones se puso de relieve por el Consejo de Estado en su Dictamen número 2634/1997, de 8 de mayo, con motivo del informe al expediente relativo al proyecto de Real decreto de desarrollo del mencionado artículo 147 de la Ley 13/1996:

“Ahora bien, no debe dejarse de tener en cuenta que, a pesar de los efectos positivos que la mencionada modalidad de contratación pueda tener a efectos de contener el déficit público, también pueden producirse efectos no deseables máxime si se admite la utilización generalizada de esta figura. A título de ejemplo, si se emplease abusivamente esta técnica, podría oscilar irregularmente el nivel de inversión pública, se incrementarían en exceso los compromisos financieros futuros (hipotecando gravemente las posibilidades de actuación en tales ejercicios), aumentaría el nivel de deuda pública o se elevarían los costes de los proyectos como consecuencia de la repercusión de los intereses financieros derivados de los aplazamientos de pago y del régimen de prefinanciación.”

Nótese que, cuando resulta aplicable, la modalidad de pago prevista en la normativa que acaba de citarse no

requiere que se trate de obras respecto de las cuales no puedan fijarse precios unitarios. Para este último supuesto, el artículo 126 del TRLCAP y el artículo 120 del RGCAP, bajo la rúbrica “Obras a tanto alzado”, prevén, asimismo, que la retribución de este tipo de obras se realice mediante un único pago a su recepción. Por lo demás, parece que el método alemán permite contabilizar el gasto de modo que el endeudamiento correspondiente a la inversión no es computable a efectos de déficit mientras la obra se encuentra en periodo de ejecución y antes de ser entregada a la Administración. A nuestros efectos bastará subrayar la excepcionalidad de la modalidad de abono total del precio, en la medida que resulta únicamente de aplicación en los casos determinados reglamentariamente, teniendo, además, en cuenta que, conforme a la disposición final tercera del citado Real decreto 704/1997, la aplicación de dicha modalidad a las entidades que integran la Administración local, depende de que el Gobierno elabore un real decreto específico en donde se regulen los supuestos y requisitos de dicha específica aplicación.

### 3.2.2. El caso del Auditorio de Girona como ejemplo de reacción ante la transgresión de los principios reguladores del pago del precio en el contrato administrativo de obra

Un buen ejemplo del impacto que puede producir la transgresión de la, como regla general, necesidad de acompañamiento de los pagos al ritmo de ejecución de la prestación por el contratista y de la prohibición, también como regla general, del aplazamiento en los pagos, lo encontramos en el supuesto contemplado en la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 30 de diciembre de 2004 (JUR 2005/55686), por la que se resuelve sobre la impugnación, por parte de una cámara oficial de contratistas, del acto de aprobación de un pliego de cláusulas administrativas particulares que habían de regir la licitación, adjudicación y posterior ejecución de las obras relativas a un auditorio municipal (Auditorio de Girona).

Las cláusulas relativas a la financiación de las obras habían previsto una serie de anualidades, de conformidad –según se expresaba– con el correspondiente expediente de gasto plurianual, de acuerdo con el artículo 155.5 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de haciendas locales, de las que, sin embargo, resultaba que la última anualidad de pago se extendía a un ejercicio posterior a aquel en que estaba prevista la finalización de la ejecución y la consiguiente entrega de la obra al municipio. Existía, por tanto, un fenómeno de aplazamiento de pago.

La interposición del recurso contencioso administrativo no había dado lugar a la suspensión de la ejecución del acto impugnado, de modo que, cuando se dicta sentencia, el contrato se encuentra ya adjudicado y en fase de ejecución.

La sentencia acaba estimando el recurso, si bien anula el acuerdo municipal impugnado solamente en cuanto aprueba una serie de cláusulas que dan lugar al mencionado aplazamiento, las cuales se dejan expresamente sin efecto. En consecuencia, parece que se deja subsistente el resto del clausulado del pliego y la propia adjudicación del contrato, imponiéndose una reelaboración del calendario de pagos. El aplazamiento de pago se tiene, en suma, por no puesto.

Conviene subrayar algunas de las afirmaciones realizadas por el Tribunal y que constituyen el sustento de su decisión final.

Por una parte, confirma el nexo que se establece entre el principio de acompañamiento de pagos con la ejecución de la prestación y el de prohibición de aplazamientos:

“La eventual fijación, bien sea de forma directa o indirecta, de un plazo de pago superior al máximo legalmente establecido constituye inequívocamente un aplazamiento en la obligación de la Administración al pago, convirtiéndose de esta manera el contrato público en un contrato con pago aplazado del precio, posibilidad expresamente prohibida por el artículo 14.2, sin perjuicio de que infringe igualmente el artículo 99.4 y lo dispuesto en el 14.3 (todos ellos –aclaremos– del TRLCAP, y con cita, asimismo, en líneas anteriores de la propia sentencia, del apartado 1 del artículo 145 del mismo texto legal) sobre la necesidad de ajustar la financiación de los contratos al ritmo requerido en la ejecución de la prestación.”

Por otra parte, la sentencia recuerda que no debe confundirse el fenómeno del aplazamiento del pago con el de la programación plurianual, pues ésta debe ajustarse, según indica el Tribunal, a los plazos de ejecución de la obra.

Apreciaciones similares a las que acaban de indicarse han sido también realizadas por la JCCA en sus informes 46/1996, de 22 de julio, y 20/2002, de 13 de junio.

Finalmente, resulta interesante traer a colación la conexión que realiza la sentencia del principio de prohibición de aplazamientos con la indisponibilidad del mismo por las partes y con los principios de concurrencia y no-discriminación propios de la contratación administrativa:

“En último extremo, el sistema que arbitra la cláusula III viene de hecho a suponer una vulneración de los principios de no concurrencia y no-discriminación a los que deben ajustarse los contratos de las administraciones públicas, según dispone el artículo 11.1 de la Ley, porque se discriminarían a aquellas empresas que, plenamente capaces desde la perspectiva de la ley para la ejecución de las obras licitadas, no cuentan con la adecuada estructura financiera que les permita soportar largos plazos de pago que puedan ofertar sus competidores, y porque la introducción de esa variante finan-

ciera produce de hecho el efecto de desanimar a empresas perfectamente capacitadas técnica profesionalmente pero que no están dispuestas a aceptar condiciones peores a las previstas por el legislador.”

Por lo demás, no estará de más subrayar que la solución final de la sentencia –dejar simplemente sin efecto la cláusula de aplazamiento y no proceder a una anulación total del contrato– se inscribe en un claro y prefigurado contrato de ejecución de obra respecto del cual el municipio respetaba escrupulosamente los restantes principios de la contratación pública y presupuestarios.

### **3.3. Los derechos de superficie y los arrendamientos operativos como fórmula CPP. El equipamiento para usos sociales y culturales del Ayuntamiento de Santa Margalida**

La Ley 13/2003 introdujo, mediante modificación del TRLCAP, una regulación tendencialmente completa –y ciertamente muy abierta– de la concesión administrativa de obra pública en sus distintas fases.

Con anterioridad, se dedicaban a la concesión de obra pública escasos preceptos en sede del propio contrato de obra, en los que se contemplaba la situación –a modo comunitario– como ejecución de obra retribuida mediante explotación. También se hacía aplicación de la tesis del contrato mixto, mediante alusión al artículo 6 del TRLCAP, de modo que se aplicaban preferentemente las normas relativas al contrato de obras cuando la contraprestación mediante precio era superior a la que se podía lograr mediante explotación y las normas relativas al contrato de gestión de servicios públicos –precedida de construcción de obra– en otro caso (JCCA).

Actualmente –pendiente nuestra legislación de nuevas reformas para incorporar las nuevas directivas de contratación pública– observamos que, bajo un mismo marco jurídico, los operadores públicos se acogen a fórmulas jurídicas distintas (concesión o no) para cubrir necesidades sustancialmente idénticas. Estamos hablando –como se viene insistiendo en esta ponencia– de supuestos en los que la retribución del operador procede fundamentalmente de la Administración.

Ejemplo paradigmático lo constituye el de la provisión de nuevos hospitales sin comprender la gestión de los servicios facultativos, ámbito en el cual la Comunidad de Madrid se acoge a fórmulas concesionales, mientras que en Cataluña se están utilizando más las denominadas fórmulas superficiarias, censuales y/o arrendaticias.

La Comunidad de Madrid no ha visto inconveniente en articular un sistema del siguiente tenor:

Financiación y construcción del hospital y explotación del mismo entendida como prestación de numerosos servicios no facultativos: limpieza, seguridad, restaura-

ción, residuos urbanos y sanitarios, mantenimiento, conservación de viales y jardines, lavandería, esterilización, desinsectación y desratización, transporte (interno y externo), almacenamiento y distribución, personal administrativo, recepción, información, centralita. Adicionalmente, se integraría en el objeto del contrato lo que podría considerarse explotación de actividades comerciales, tales como locales comerciales, tiendas, máquinas expendedoras, cafetería bar, comedor, aparcamiento, servicio de teléfono y televisión en habitaciones, etcétera.

La retribución surge de los rendimientos de la explotación de las actividades comerciales y de una cantidad máxima anual que paga la Administración en contraprestación por la explotación de la obra (los servicios no facultativos). Esa cantidad máxima anual (CMA), ofertada por los licitadores, se descompone en una cantidad fija anual (CFA), que no puede ser superior al cuarenta por ciento de la CMA y una cantidad variable anual (CVA), con un máximo también ofertado resultante de tarifas aplicables a cada servicio objeto de explotación en la que se tiene en cuenta los estándares alcanzados en la calidad de los servicios.

Por el contrario, como se ha dicho, tras unos primeros pliegos que se acogían al esquema de concesión de obra pública para la Ciudad Judicial, el Ejecutivo catalán se ha inclinado por las fórmulas de los también denominados arrendamientos operativos (no puramente financieros). Aparte los hospitales, tenemos el caso –por ir poniendo algunos ejemplos– de los juzgados, las cárceles y las comisarías.

En el caso de los juzgados, se constituye un derecho de superficie sobre un bien patrimonial, por un plazo de alrededor de 30 años, sin canon superficiario y se atribuye al superficiario la financiación y construcción del edificio-juzgado, para que, una vez construido, conserve y explote el edificio a través de su arrendamiento a la Generalitat a cambio de la renta mensual calculada de acuerdo con lo previsto en los pliegos. Transcurrido el plazo del derecho de superficie el edificio revierte gratuitamente a la Generalitat.

Nótese que, en todos estos supuestos, no cabe más remedio que efectuar una aplicación cuidadosa de las posibilidades que abre nuestro TRLCAP y la normativa urbanística y patrimonial, para configurar contratos administrativos especiales, contratos privados/patrimoniales, contratos mixtos (que reúnen prestaciones de varios administrativos e incluso en ocasiones de administrativos y privados) y, en suma, del principio de libertad de pactos reflejado en el artículo 4 del TRLCAP.

Ahora bien, la operación no deja de ser compleja y, en ocasiones, operaciones similares –dejando a salvo, lógicamente, las peculiaridades de cada supuesto– han generado la crítica reciente de la JCCA. En el Informe 72/2004, de 11 de marzo de 2005, se analiza el caso de un

supuesto parecido al de los juzgados si bien para la construcción y explotación de un edificio para usos sociales y culturales promovido por el Ayuntamiento de Santa Margalida, en las Islas Baleares. Una vez construido el edificio al amparo del derecho de superficie se arrendaba (modalidad *renting*) y se comprendían, dentro del objeto del contrato, los servicios de mantenimiento, reformas, reparaciones, seguros, limpieza y demás gastos de conservación y de funcionamiento inherentes al edificio. Al finalizar el plazo del derecho de superficie y del arrendamiento, el equipamiento revertía automática y gratuitamente en favor del Ayuntamiento. Existía al parecer, en el supuesto del informe, una renta fija mensual y un canon fijo de mantenimiento.

Pues bien, la JCCA, después de tachar la consulta de confusa y de subrayar que late en la misma la dificultad del Ayuntamiento para financiar la construcción y el mantenimiento del edificio, realiza algunas consideraciones puntuales sobre el derecho de superficie y otros extremos y declara con carácter más general:

“se pretende obtener un resultado de ejecución de obra mediante una opción que se aprecia contraria a tal sistema, toda vez que [...] se acude a una figura en la que se mezclan contratos administrativos (contratos de obras y contratos de servicios), con contratos privados (contrato de cesión de superficie y contrato de arrendamiento de un bien inmueble) [...].

“Sin perjuicio de señalar que tal opción es un claro subterfugio para eludir la aplicación de las normas reguladoras de los contratos tipo [se refiere la JCCA a las normas del TRLCAP sobre prohibiciones de aplazamiento, duración del contrato, requisitos de solvencia, etc., aplicables a los contratos administrativos de obras y servicios], carece en todo caso de viabilidad por la dicción literal del artículo 6 que respecto de los contratos mixtos exige que los contratos que se contratan conjuntamente sean de la misma naturaleza administrativa, lo que impide la concurrencia de contratos administrativos y de contratos privados.”

En consecuencia, al margen de la valoración que puedan merecer las conclusiones de la JCCA en relación con el supuesto planteado y de su aplicabilidad o no a supuestos similares pero con detalles propios, lo cierto es que acogerse a figuras complejas, con prestaciones correspondientes a distintos contratos de distinta naturaleza, supone una mayor dosis de inseguridad jurídica que acogerse a tipos contractuales abiertos pero predefinidos en sus rasgos básicos.

Ello nos llevaría a la concesión de obra pública y a examinar sus rasgos característicos para evaluar hasta dónde se puede llegar a través de la misma (especialmente en estos casos de pago por parte de la Administración).

### 3.4. La concesión de obra pública con retribución a cargo de la corporación local vinculada al riesgo de disponibilidad. El equipamiento para usos sociales y culturales del Ayuntamiento de Alcúdia

#### 3.4.1. La concesión de obra pública como contrato administrativo típico en el que el contratista se retribuye con la explotación de la obra

Para que exista concesión de obra pública es necesaria la presencia de una administración pública o de un ente público que otorgue al concesionario –y a riesgo y ventura de éste– la construcción y la explotación o sólo la explotación de un inmueble que merezca el concepto de obra pública.<sup>8</sup>

El artículo 220.1 del TRLCAP indica, al respecto, que debe tratarse de obras relacionadas en el artículo 120 (que es el que define, de forma muy amplia, todo lo que puede ser objeto del contrato de obras), o, en general (sigue diciendo el mencionado artículo 220.1) de aquellas obras 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.

La segunda parte de la proposición alude, como acaba de verse, a la instrumentalidad de la obra pública respecto de servicios públicos o actividades de interés general de carácter económico a los que aquella sirve de soporte. Esta misma idea, de instrumentalidad o soporte en relación con una actividad económica de interés público, se repite en el artículo 221 del TRLCAP cuando trata del contenido mínimo del objeto de la concesión de obra pública.

Si se entendiera que prima el aspecto económico del servicio o actividad desarrollado sobre la infraestructura, podría darse el caso de que quedaran excluidos del ámbito de aplicación del contrato todas aquellas obras o equipamientos que, siendo de interés público, no constituyeran, sin embargo, soporte de ninguna actividad económica.

No obstante, no parece que sea esta la intención del legislador, especialmente si tenemos en cuenta la exposición de motivos de la Ley 13/2003 cuando indica que el bien inmueble en que consiste la obra es el susceptible de constituirse en soporte instrumental para (cualquier) actividad y servicio de interés público (sin el apellido “económico”), incluido –dice la EM– el interés público que pueda desprenderse de la propia naturaleza de la obra cuando se destine al general uso o aprovechamiento.

Por lo tanto, desde la perspectiva del concepto obra pública no debieran existir obstáculos para admitir concesiones de obra pública en supuestos de equipamientos e infraestructuras que dieran lugar a remuneración con cánones por disponibilidad. Esta última cuestión se sitúa más en el ámbito del concepto “explotación”.

La susceptibilidad de explotación es imprescindible para que exista concesión de obra pública. La explotación constituye un deber del concesionario, quien debe cumplir con el contenido mínimo al que se refiere el artículo 221 del TRLCAP (explotación conforme a la naturaleza y finalidad de la obra y trabajos de conservación, adecuación, reforma y modernización, reposición y gran reparación). Ahora bien, la explotación económica de la obra pública es, asimismo, el elemento a partir del cual se articula la contraprestación y remuneración del contratista. Como indican gráficamente las autoridades comunitarias, en la concesión el concesionario “explota su propia prestación”.

El artículo 220 del TRLCAP, al definir el contrato de concesión de obra pública, indica claramente que la retribución del concesionario consiste en la explotación de la propia obra, en dicho derecho (de explotación) acompañado del de recibir un precio o en cualquier otra modalidad de las establecidas por la Ley para este específico contrato. Por su parte, el artículo 225 del TRLCAP, bajo la rúbrica “Retribución del concesionario”, indica que:

“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.”

Nótese, por tanto, en línea con lo que se viene indicando, que el concesionario no recibe un precio “por la obra o por su entrega”, sino que recibe precios o remuneraciones por la utilización que se haga de la obra concedida, lo que no es sino manifestación del ejercicio de su derecho de explotación sobre la misma.

En relación con este último aspecto, es evidente que el TRLCAP admite la remuneración por utilización de la obra con peajes o tarifas a cargo de los usuarios o con el sistema de peaje en sombra, en el que la Administración paga por la utilización o grado de frecuentación de aquéllos. También son posibles sistemas mixtos como los peajes blandos o subvencionados.

8. La explotación de la obra pública por parte del concesionario a su propio riesgo y ventura constituye un elemento esencial del contrato de concesión de obra pública que lo diferencia netamente del contrato administrativo de obras. En este último contrato, como hemos visto anteriormente, el con-

tratista compromete un resultado (la entrega de la obra) a cambio de un precio satisfecho por la Administración. El contratista construye a su riesgo y ventura, pero no tiene nada que explotar ni, por tanto, asume riesgo alguno de explotación.

Ahora bien, existe un debate abierto sobre si nuestro ordenamiento admite o no la utilización de la concesión de obra pública cuando la remuneración del concesionario procede de pagos efectuados por la Administración concedente en base a la utilización que ella misma realiza de la obra pública concedida y se asigna al contratista un riesgo de disponibilidad, de modo que este último pueda ver significativamente reducida su remuneración si, en la puesta a disposición de la infraestructura o el equipamiento en favor de la Administración, no cumple con los parámetros de calidad previamente definidos y acordados. Nótese que en el supuesto que acaba de describirse la remuneración del concesionario no viene vinculada al grado de frecuentación o demanda que se realice de la infraestructura en cuestión.<sup>9</sup>

### 3.4.2. El debate sobre la posibilidad de articular una concesión de obra pública basada en pagos de la Administración concedente por disponibilidad de la infraestructura. El caso de Alcúdia

La resolución de la cuestión que acaba de señalarse no viene directamente vinculada al cómputo o no de la inversión en las cuentas públicas. Ya hemos visto que, existiendo riesgo de disponibilidad, Eurostat se inclina por el no-cómputo de estas fórmulas CPP. El tema se centra, únicamente, en si, en tal escenario, puede utilizarse el instrumento de la concesión, buscando, quizás, la seguridad jurídica que encontramos a faltar en fórmulas atípicas y mixtas.

La JCCA, en su Informe de 30 de mayo de 1996, admitió la posible utilización de la concesión para las obras de adaptación de un inmueble para residencia universitaria y su posterior explotación. Pero en el Informe de 12 de marzo de 2004, con cita del anterior, rechaza tajantemente que pudiera entenderse susceptible de explotación un edificio construido para albergar los Servicios Centrales de la Universidad de Burgos. Más recientemente, la JCCA también ha negado el carácter de explotación constitutiva de una concesión de obra pública –Informe 70/2004, de 11 de marzo de 2005– para un supuesto de cesión de uso a un ayuntamiento (el Ayuntamiento de Alcúdia, en las Islas Baleares) de un edificio destinado a usos sociales y culturales de carácter local.

En el supuesto analizado en esta ocasión por la JCCA ya no se mezclaban contratos administrativos con contratos de Derecho privado. Se cedía el aprovechamiento de un solar municipal (sin caracterizar tal aprovechamiento como derecho de superficie) y, tras la redacción

del proyecto de obra, el contratista y cesionario del solar construía el edificio, destinado a usos sociales y culturales, que, a su vez, cedía en uso al Ayuntamiento (sin calificación de la cesión de uso como arrendamiento). El concesionario, se decía, debía cumplir con el mantenimiento del edificio y demás prestaciones a que se refiere el artículo 221 del TRLCAP. Al finalizar el término de la concesión, se establecía la reversión del edificio en favor del municipio. El concesionario, además de una aportación inicial del Ayuntamiento (con cita expresa, en apoyo de tal posibilidad, de los artículos 224.3 y 245 del TRLCAP), recibía del municipio el pago de una cantidad fija anual como contraprestación por la cesión del uso (“precio abonado por la Administración por la utilización de la obra”).

Los servicios jurídicos del Ayuntamiento ponían en duda el carácter de concesión de la operación descrita, habida cuenta que, según los mismos, el edificio no encajaba en el concepto de explotación económica a que se refiere el artículo 220 del TRLCAP, la única retribución procedía del Ayuntamiento y se eliminaba, con ello, el riesgo y ventura propio de la concesión.

En ese contexto, se le plantean a la JCCA dos cuestiones clave, esto es, si resulta imprescindible legalmente que el concesionario sea retribuido por terceros y si la cesión remunerada del uso del edificio integra, *per se*, el requisito de explotación económica que exige nuestro ordenamiento.

La JCCA admite, en su Informe, que la retribución puede proceder de la Administración –siempre respetando el principio del riesgo y ventura– pero niega que, en el caso considerado, la cesión remunerada pueda integrar el requisito de la explotación económica exigible a la concesión de obra pública, indicando, además, que lo que late tras la operación sometida a consulta es el encubrimiento, mediante la cesión de uso, de un contrato de obra con pago aplazado, operación expresamente prohibida por el artículo 14.2 del TRLCAP.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en el caso contemplado la cantidad anual pagada por el Ayuntamiento como contraprestación de la cesión consistía en una cantidad fija, de modo que, al parecer, se eliminaba por completo el riesgo y ventura vinculado a la explotación. Quizás si la remuneración se hubiese instrumentado como verdadero pago por disponibilidad y con verdadero riesgo de significativa reducción a cargo del concesionario la respuesta de la JCCA hubiese sido distinta.

Lo cierto es que los artículos 225, 233 y 246 del TRLCAP pueden interpretarse, y así lo hacen algunos autores,

9. De la existencia del debate señalado, presente en el día a día de la práctica jurídica en materia de financiación y gestión de obras públicas, se hace eco, asimismo, Paloma HERRANZ EMBID, “Régimen general de las obras públicas”, en especial p. 756 a 758 y 770 y siguientes de su trabajo –estas últimas

dedicadas a la figura del arrendamiento operativo– incluido en la obra colectiva *Derecho de los bienes públicos*, dirigida por Julio V. González, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.

como indicativos de una retribución satisfecha por la Administración, como rendimiento de demanda o utilización de la infraestructura por parte de los usuarios. Dichos preceptos nunca aluden claramente a la “utilización por parte de la Administración” y, concretamente, el artículo 233 alude expresamente al rendimiento “de la demanda de utilización”.

No obstante, puede defenderse –en línea con el Informe que se citará posteriormente– la posibilidad de articular una concesión de obra pública mediante un pago a) por la puesta a disposición de la Administración para que pueda emplear la obra en el ejercicio de cualesquiera de sus funciones; b) siendo retribuido el concesionario en función de la calidad de la puesta a disposición, y c) siempre que exista un verdadero riesgo en la explotación. Así lo avalarían:

–La falta actual de vinculación entre la explotación de la obra y gestión de un servicio público.

–No se desprende claramente de la ley que la explotación pase por una relación entre el concesionario y un usuario distinto de la Administración, cobrándole o prestándole un servicio a éste que, no obstante, pagará la Administración.

–La voluntad legislativa de impulsar el instrumento de la concesión de obra pública y la amplia definición de la concesión, la explotación y sus sistemas de remuneración, conforme a la naturaleza y finalidad de la obra [artículo 221.1.a) del TRLCAP].

–El artículo 246 del TRLCAP, por otra parte, cuando alude a la retribución abonada por la Administración por la utilización de la obra, puede interpretarse en el sentido de pago “por su utilización” enfatizando en “cómo está en condiciones de ser utilizada la obra” por la propia Administración.

–El artículo 244.5 del TRLCAP indica que el ente concedente podrá incluir en los pliegos de condiciones mecanismos para medir la calidad del servicio ofrecida por el concesionario, y otorgar ventajas o penalizaciones económicas a éste en función de los mismos.

–La posibilidad de compatibilizar ese tipo de remuneración con el régimen de transmisión de riesgos inherentes a la concesión de obra pública.

De hecho, aparte del supuesto de infraestructuras o equipamientos de utilización y pago directos por la Administración pública, cada vez son más frecuentes los supuestos de concesiones de infraestructuras que, utilizadas por los correspondientes usuarios, son objeto de retribución por parte de la Administración, no en base a criterios de demanda sino en función de criterios de calidad en la disponibilidad o similares. Es el caso del reciente concurso convocado por la Diputación Provincial de Toledo para la reparación y conservación

de su red de carreteras, y parece ser –si se atiende a algunas noticias de prensa– el rumbo que apunta el Ministerio de Fomento para abordar la futura reforma y mantenimiento de las autovías estatales ya existentes.

### 3.4.3. La necesidad de acentuar el riesgo asumido por el concesionario en los supuestos de pagos por disponibilidad

Por lo demás, puede resultar de interés efectuar unas últimas observaciones en la dirección de favorecer el no-cómputo de la inversión en las cuentas públicas, sobre la base de hacer efectivo, adicionalmente, el desplazamiento de riesgos hacia el contratista y subrayando, por tanto, el carácter concesional de la operación.

Sobre esta cuestión, sintetizo e incluso transcribo algunas de las consideraciones que se realizan en el completo estudio de Pricewaterhouse Coopers y Uría Menéndez, denominado “Informe sobre modelos de cooperación público-privada para la financiación de infraestructuras públicas-Tratamiento en términos de contabilidad pública (SEC 95) y viabilidad jurídica”, documento que puede consultarse en [www.seopan.es](http://www.seopan.es).<sup>10</sup>

Tal como se expresa en el Informe que acaba de citarse, el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares:

(i) No debe establecer una garantía de ingresos mínimos que asegure, en todo caso, la recuperación de la inversión realizada en la construcción. La cantidad fija que, eventualmente, pueda percibirse con independencia de la calidad de la puesta a disposición no puede ser de tal cuantía que, en la práctica, permita recuperar la inversión realizada en la construcción de la obra.

(ii) No es recomendable que estructure el riesgo vinculado a la disponibilidad como un supuesto de penalización por incumplimiento. Quizás sería suficiente para Eurostat un sistema de penalidades que influyera negativa y significativamente en los beneficios del concesionario. Pero, a efectos de nuestra legislación, es razonable entender que el riesgo y ventura va más allá que el riesgo de ver comprometida la retribución si se incumple.

Los pliegos deberían diferenciar entre las penalidades que quepa imponer por incumplimiento y el sistema de determinación de la retribución en función de la puesta a disposición de la obra. El sistema de determinación de las retribuciones debería ser tal que una ejecución del contrato que pudiera considerarse suficiente desde el punto de vista de su cumplimiento, pudiera, no obstante, en base a los parámetros de calidad ofrecidos, comprometer la total recuperación por el concesionario de la inversión.

(iii) Debería sujetar la retribución a un máximo teórico anual que se recibiría íntegramente únicamente en el caso de que las condiciones de disponibilidad de la infraestructura fuesen óptimas.

10. La dirección del Informe corre a cargo de José Miguel Fatás, Mariano Magide y Guillermo Massó.

(iv) Debería prever que la calidad de la puesta a disposición deba supervisarse periódicamente.

(v) Debería sujetar la retribución a un sistema de ajuste automático en caso de explotación por debajo de los estándares definidos como óptimos. El sistema de ajuste debería construirse atendiendo a términos de mercado (referencia de otros proyectos similares CPP o de proyectos similares de carácter privado).

(vi) Debe establecer un sistema de ajuste de la retribución que no sea puramente cosmético, de tal manera que, en escenarios factibles, la rentabilidad de la sociedad concesionaria se pueda ver significativamente afectada y ponerse incluso en riesgo el reembolso de la financiación.

Con todo lo expuesto hasta este momento y volviendo al punto de partida, seguro que estaremos de acuerdo en que siguen abiertas muchas cuestiones jurídicas, quizás excesivas, en torno a la interpretación del marco jurídico de referencia para estructurar operaciones CPP. No parece –a la vista de los proyectos normativos que se encuentran en tramitación– que tales cuestiones vayan a recibir un nuevo tratamiento, definitivo y completo, en un futuro próximo. Se trata, no obstante, de un marco de referencia vigente y suficiente para lograr, mediante una aplicación razonable del mismo, los objetivos de diferimiento del retorno de la inversión y nóculo de endeudamiento en las cuentas públicas que, en muchas ocasiones, persiguen las administraciones públicas en general y las corporaciones locales en particular. ■