

Ref.:SUB/SCC/mv-jb
Asunto:Informe 2/2010

INFORME 2/2010, DE 31 ENERO DE 2011. CALCULO DEL PRECIO EN EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN LA MODALIDAD CONCESIÓN

Con fecha 15 de octubre de 2010, tuvo entrada en esta Junta Superior de Contratación Administrativa petición de Informe por el Ayuntamiento de Almussafes, con el siguiente tenor literal:

“Albert Girona Albuixech, Alcalde del Ayuntamiento de Almussafes, actuando en nombre y representación de la Corporación, tiene el honor de dirigirse a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana para que este órgano emita su parecer sobre el siguiente asunto.

La causa es uno de los elementos esenciales del contrato (arts. 1261 y 1274 del Código Civil) que se traduce en el contenido económico de la prestación: el precio. Este mismo esquema sigue la Ley de Contratos del Sector Público, de 30 de octubre de 2007 (LCSP) en el Título Tercero («Objeto, precio y cuantía del contrato»), del Libro Primero («Configuración general de la contratación del Sector Público y elementos estructurales de los contratos»).

En la contratación pública el precio es un elemento medular, y sirve de marco referencial para la aplicación de otras reglas, tales como la determinación del procedimiento de adjudicación, la publicidad de la licitación en un determinado medio, la competencia del órgano de contratación, el sistema de recursos, etc.

La Administración, a diferencia de los particulares que actúan en el tráfico jurídico civil, por mor del art. 25 LCSP, se encuentra vinculada positivamente a la Ley razón por la cual no es libre para establecer el precio a su merced, sino que ha de acogerse a los distintos sistemas de determinación del valor de los contratos — sin entrar a aquí en la distinción entre precio y valor, conceptos que la LCSP asocia en muchos casos — previstos en el art. 76. Este precepto hace referencia a los contratos de obra y de concesión de obra pública (apartado 3º), a los contratos de suministro (apartados 4º y 5º), a los de servicios (apartado 5º y 6º) y a los acuerdos marco y los sistemas dinámicos de adquisición (apartado 8º). No nos dice, empero, cómo calcular el valor estimado de los contratos de gestión de servicios públicos, y, por lo que aquí interesa, de la concesión administrativa.

Sin embargo resulta evidente que la concesión administrativa tiene un valor, un precio que no sólo determina su componente económico, sino que es el punto determinante para la aplicación de otros preceptos reguladores de la contratación de las Administraciones Públicas. Por ejemplo, en el ámbito local, de acuerdo con la Disposición Adicional Segunda de la LCSP, si el importe del contrato de gestión de servicios públicos (de la concesión) supera o no el 10% de los recursos ordinarios del Presupuesto, el órgano de contratación es el Pleno o el Alcalde,

Ref.:SUB/SCC/mv-jb
Asunto:Informe 2/2010

por lo que a los Municipios de régimen común se refiere. Dicho de otra forma, el valor de la concesión determina cuál es el órgano de contratación que va a regir el devenir del contrato a lo largo de su existencia (adjudicación, interpretación, resolución, etc.).

Por otra parte, y si bien la concesión administrativa de servicio público está excluida de las Directivas sobre Contratación Pública, el recurso especial en materia de contratación es preceptivo cuando se trate de «contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento, excluido el importe del Impuesto sobre el Valor Añadido, sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años».*

Es esencial conocer cuál es el valor de la concesión. Ésta se concibe como un contrato en virtud del cual la Administración externaliza, a favor de un tercero, la explotación de un servicio público de contenido económico. Por otra parte, y como característica esencial, el riesgo de la operación se traslada al concesionario, quien se retribuye a través de las tarifas que abonan los usuarios del servicio.

El precio del contrato, en estos casos, es el valor económico otorgado por la Administración al concesionario, ya que éste explota una parte de su actividad prestacional. Se observa que, con frecuencia algunos órganos de contratación identifican el precio de la concesión con el canon que ha de satisfacer el adjudicatario, y con sujeción a ese precio, lanzan las oportunas licitaciones. Pero el canon no siempre se puede identificar con el importe, precio o valor de la concesión. Precisamente por atribuir al concesionario una parcela de su actividad, la Administración está legitimada para el percibo de esta retribución, que, por regla general, no tiene carácter finalista.

La propia LCSP, en su art. 264.4, prevé unos criterios de valoración de la concesión, si bien a efectos de indemnización por rescate, supresión o imposibilidad de explotación del servicio. En tales casos, «la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización». Aquí se está calculado el valor de la concesión a efectos de determinar la indemnización que ha de recibir el contratista, y no se menciona el canon.

Por su parte, el art. 13.3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece reglas de valoración de los derechos derivados de la concesión.

* Sobre estos conceptos, existe un pronunciamiento de la Xunta Consultiva de Galicia; se trata del informe 7/2008.

Ref.:SUB/SCC/mv-jb
Asunto:Informe 2/2010

En virtud de lo expuesto, se eleva a la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, la siguiente

CONSULTA

Ante el silencio de la LCSP sobre el establecimiento de los criterios de valoración de las concesiones administrativas a efectos de licitación, y en virtud de la regla de la supletoriedad prevista en el art. 19.2 de la LCSP («...supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo...»), ¿pueden aplicarse las reglas de valoración del art. 13.3 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados para calcular el importe de la concesión?».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

El contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad “concesión” es un contrato oneroso, si bien esta característica deviene del derecho a la explotación del servicio, o de dicho derecho acompañado de un precio. La singularidad de estos contratos es la existencia de la asunción del riesgo de la explotación por el concesionario contratista.

Como todo contrato oneroso, debe fijarse un precio, precio que no es no más ni menos que la remuneración al contratista por la prestación del servicio y, en su caso, por las inversiones que sean necesarias para ello. Así el artículo 257 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) determina que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Es decir, en el contrato de concesión la Ley distingue dos posibles clases de contraprestación al concesionario del servicio: una, en función de la utilización del servicio, necesaria y obligatoria por ser donde reside principalmente el “riesgo y ventura” de la explotación, y otra que, en caso de haberla, no estará en función de dicha utilización y dependerá de las prestaciones previstas en el contrato que obliguen al adjudicatario a efectuar inversiones o gastos que no vayan a ser retribuidos por las tarifas o retribuciones por la utilización.

En estos contratos, como en cualquier otro contrato concesional (concesión de obras públicas), la retribución al contratista y en consecuencia el precio del contrato debe fijarlo la administración en base al anteproyecto de explotación que obligatoriamente debe acompañar a la licitación si el contrato comprende la ejecución de obras, o en base al estudio económico para la determinación de las tarifas que habrán de abonar los usuarios cuando el contrato no comprenda la ejecución de obras y ésta sea la única forma de retribución al contratista. Así el artículo 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (RGLCAP) aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, en relación con el artículo 117 de la LCSP, establece que

Ref.:SUB/SCC/mv-jb
Asunto:Informe 2/2010

“Con excepción de los supuestos a que hace referencia el artículo 158.2 de la Ley los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional. Comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.”

Este anteproyecto debe contemplar los gastos e ingresos derivados de la explotación del servicio y sus posibles variaciones a lo largo de la ejecución del contrato. El anteproyecto de explotación o el estudio económico deben contemplar como mínimo y básicamente las siguientes partidas:

GASTOS

Gastos de personal
Aprovisionamientos (bienes ctes. y servicios)
Otros gastos de explotación (excepto, el posible canon)
Gastos financieros
Amortizaciones y provisiones

Subtotal costes directos de explotación (C)
En su caso, canon a favor de la Administración
Total Gastos Explotación

INGRESOS

Tarifas por la utilización del servicio, pagadas por los usuarios o por la administración concedente
Aportaciones o subvenciones de la Administración, si las hay.
Ingresos accesorios a la explotación

Total Ingresos Explotación

RESULTADO

Margen, beneficio o pérdidas del gestor (antes de impuestos): Ingresos-Gastos

Obviamente, ha de garantizarse el equilibrio financiero del contrato y para ello los ingresos estimados durante el período que abarque la concesión han de ser suficientes para cubrir los costes totales de explotación del servicio durante ese mismo período, incluido el canon que en su caso haya de percibir la Administración, más un beneficio razonable en términos de mercado y referido al conjunto del período. Dado que una parte de dichos ingresos dependen de la utilización del servicio por los usuarios, en el anteproyecto de explotación será necesario estimar o determinar a priori el número de usuarios y la intensidad de uso del servicio que se consideran *normales* o esperables en cada año de la concesión, en función de los cuales se establecerán las tarifas que han de asegurar dicho equilibrio financiero. No obstante, el hecho de que durante la concesión se alcancen o no dicho número de usuarios o la demanda de uso prevista en el anteproyecto de explotación constituyen el principal riesgo que ha de asumir el adjudicatario.

De esa forma, la retribución al concesionario, y por ende el valor estimado y el precio del contrato, se pueden definir como *el valor actual (en el momento de la licitación) del total de ingresos estimados que percibirá o podrá percibir el concesionario vinculados a la explotación*

Ref.:SUB/SCC/mv-jb
Asunto:Informe 2/2010

del servicio durante todo el periodo de la concesión, menos el valor actual del canon que en su caso haya de satisfacer el concesionario a la Administración durante el mismo período.

Alternativamente, el precio o valor estimado del contrato puede obtenerse o venir reflejado por el valor actual de los ingresos medios anuales que se estimen pueda y deba obtener el contratista durante el período de concesión, multiplicado por el número de años de concesión y minorado igualmente por el valor del canon que en su caso haya que satisfacer a la Administración durante la vigencia del contrato.

La razón para excluir el canon a satisfacer por el concesionario es porque no se trata de una retribución al concesionario sino de un ingreso para la administración concedente por la utilización de los bienes y servicios objeto de la concesión y, por tanto, no puede nunca formar parte del precio del contrato, como efectivamente manifiesta el ayuntamiento consultante. Es decir, el canon representa una participación de la Administración en los ingresos obtenidos por el concesionario de los usuarios y por la utilización del servicio.

Hay que advertir, no obstante, que la fórmula de valoración descrita presenta variaciones y una mayor complejidad cuando, de acuerdo con lo previsto en el contrato, el concesionario ha de efectuar inversiones en activos fijos (inmovilizado) que no se amorticen durante el período de vigencia del contrato, que deban entregarse a la Administración al término de la concesión y que no se haya previsto en el anteproyecto de explotación la creación de un fondo de reversión suficiente para cubrirlos durante el plazo de concesión, mediante las correspondientes provisiones anuales. En ese caso, deberá incluirse en el precio del contrato la contraprestación que deberá pagarse al concesionario al término de la concesión por la parte no amortizada de dichos activos.

Igualmente, aumenta la dificultad de dicha valoración cuando el contrato comprende la ejecución de obras y otras inversiones necesarias para la explotación del servicio, incluso en ocasiones con carácter previo al inicio de dicha explotación, que deban ser financiadas por el concesionario y retribuidas a lo largo de la concesión. En ese supuesto, el anteproyecto de explotación deberá no sólo valorarlas, imputarlas al ejercicio que correspondan y prever su amortización, sino también estimar con precisión los costes financieros en los que tendrá que incurrir el concesionario para financiarlas, teniendo en cuenta que la empresa deberá obtener y utilizar en gran medida recursos ajenos de entidades del sistema financiero para llevarlas a cabo

En definitiva, respecto a la última cuestión planteada, esta Junta entiende que la valoración del contrato de gestión de servicios públicos debe efectuarse de conformidad con lo indicado en las normas aplicables en materia de contratación y que no es utilizable para determinar el precio del contrato la valoración de los derechos de concesión a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales, porque el tributo lo que grava es la transmisión de un derecho real administrativo proveniente de un contrato y, por tanto, no responde en ningún momento al concepto de “remuneración” o precio de un contrato.

Ref.:SUB/SCC/mv-jb
Asunto:Informe 2/2010

CONCLUSIONES

PRIMERA. El precio o valor estimado del contrato de gestión de servicios públicos debe calcularse de conformidad con lo previsto en el artículo 257 de la Ley de Contratos del Sector Público, previa elaboración por la Administración del anteproyecto de explotación del servicio que exige el artículo 117 de la Ley, en los contratos que comprendan la ejecución de obras, o del estudio para la determinación de las tarifas al que se refiere el artículo 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con dicho precepto de la Ley, cuando el contrato no comprenda la realización de obras.

SEGUNDA. De acuerdo con dichos preceptos y con lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley, el precio del contrato debe comprender la retribución total del contratista, tanto la estimada por utilización del servicio y sometida al riesgo y ventura del contratista, como cualquier otra prevista en el contrato. En el caso de un contrato de gestión de servicios públicos puede definirse como el valor actual, entendiendo por tal el referido al momento de fijar el presupuesto de licitación, del total de ingresos previstos en el proyecto de explotación que podrá percibir el concesionario durante todo el período de vigencia del contrato, minorado o deducido el canon que, en su caso, deba abonarse a la Administración durante dicho período.

TERCERA. No es aplicable para determinar el precio del contrato la valoración de los derechos de concesión a efectos del impuesto de transmisiones patrimoniales, porque el tributo lo que grava es la transmisión de un derecho real administrativo proveniente de un contrato y, por tanto, no responde en ningún momento al concepto de remuneración o precio de un contrato.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último.

VºBº EL PRESIDENTE DE LA JUNTA
(Por sustitución, Art. 1.a) Orden de
11 de junio de 2001, DOGV 17/07/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

La Secretaria de la Junta



Margarita Vento Torres

*APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA,
en fecha 31 de enero de 2011.*