

INFORME 3/2004, DE 11 DE MARZO DE 2004. CONTRATO DE CONCESION PARA LA GESTION DEL SERVICIO PUBLICO DE ABASTECIMIENTO DE AGUA POTABLE. INEXISTENCIA DE CONTRATO DE CONCESION DE OBRA PÚBLICA DE LA LEY 13/2003, DE 23 DE MAYO.

Con fecha 20 de noviembre de 2003, tiene entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa escrito de consulta formulada por el Ayuntamiento de Alcalá de Xivert con el siguiente tenor literal:

“ANTECEDENTES

El Ayuntamiento de Alcalá de Xivert va a proceder a convocar la licitación del nuevo contrato de “Concesión Administrativa de Gestión del Servicio Público de Abastecimiento de Agua Potable” y a tal efecto se han elaborado los correspondientes Pliegos de Prescripciones Técnicas Particulares y de Cláusulas Administrativas en los que se fija el siguiente objeto del contrato:

“Es objeto del presente pliego fijar las cláusulas que han de regir el contrato de concesión de la explotación del servicio Municipal de Aguas del Ayuntamiento de Alcalá de Xivert, mediante el cual, el concesionario se hará cargo del abastecimiento domiciliario de agua con la actual red de distribución: depósitos de Regalfarí, depósito de Palaba, depósito de Racó del Valle, depósitos de la urbanización las Fuentes, conducciones en alta, red de distribución del casco urbano de Alcalá de Xivert, zona marítima de Alcossebre y los pozos de captación, así como las obras que se describen en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares del contrato y todas aquellas que sean necesarias durante el periodo de la concesión para la adecuación al incremento de la demanda existente y futura, especialmente en época estival”.

Describiéndose en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares las obras (básicamente de ampliación, renovación o reposición en un servicio ya existente) a realizar del siguiente modo:

“Se consideran necesarias las siguientes obras para el buen funcionamiento del servicio a corto y medio plazo. En los importes orientativos de las obras que se detallan en el cuadro final, se encuentra comprendido el impuesto sobre el valor añadido (I.V.A.).

Resumen orientativo de importes de las obras (se encuentra comprendido el impuesto sobre el valor añadido, I.V.A.)

<i>OBRA</i>	<i>DESCRIPCIÓN</i>	<i>PRESUPUESTO</i>
<i>Obra nº 1</i>	<i>Perforación sondeo</i>	<i>328.000 €</i>
<i>Obra nº 2</i>	<i>Equipamiento sondeo</i>	<i>189.000 €</i>
<i>Obra nº 3</i>	<i>Suministro eléctrico sondeo</i>	<i>89.000 €</i>
<i>Obra nº 4</i>	<i>Modificaciones Pozo Alcalá</i>	<i>81.000 €</i>
<i>Obra nº 5</i>	<i>Suministro eléctrico depósito Regalfari</i>	<i>25.000 €</i>
<i>Obra nº 6</i>	<i>Grupo de presión y elementos de control depósito Regalfari</i>	<i>77.000 €</i>
<i>Obra nº 7</i>	<i>Construcción depósito</i>	<i>231.000 €</i>
<i>Obra nº 8</i>	<i>Obras control depósito Racó del Vale</i>	<i>9.000 €</i>
<i>Obra nº 9</i>	<i>Conducción depósito Regalfari – Polígono industrial</i>	<i>532.000 €</i>
<i>Obra nº 10</i>	<i>Instalación de conducción</i>	<i>103.000 €</i>
<i>Obra nº 11</i>	<i>Instalación de conducción “Nuevo Sondeo” – depósito de Regalfari</i>	<i>723.000 €</i>
<i>Obra nº 12</i>	<i>Conducción “Nuevo sondeo”-depósito de Palaba</i>	<i>1.983.000 €</i>
<i>Obra nº 13</i>	<i>Conducción depósito de Palaba – Alcossebre (primera fase)</i>	<i>563.000 €</i>
<i>Obra nº 14</i>	<i>Obras de conexión urbanizaciones.</i>	<i>237.000 €</i>
<i>Obra nº 15</i>	<i>Obras de instalación conexión “Nuevo Sondeo” – tubería FC200 Alcalá</i>	<i>285.000 €</i>
<i>Obra nº 16</i>	<i>Ejecución de las obras de mallado de la red (Alcossebre)</i>	<i>66.000 €</i>
<i>Obra nº 17</i>	<i>Ejecución de las obras de mallado de la red (Alcalá)</i>	<i>238.000 €</i>
<i>Obra nº 18</i>	<i>Obras del telecontrol de abastecimiento de Alcalá</i>	<i>274.000 €</i>
Total aproximado de las obras: 6.033.000 €		

Así mismo se ejecutarán todas aquellas otras obras o instalaciones que fueran necesarias para la correcta prestación del servicio durante el periodo de la concesión.

La realización de tales obras deberá ser previa y expresamente aprobada por el Ayuntamiento y será obligación del concesionario su ejecución conforme a las condiciones establecidas en las cláusulas 22 y 23.3.2 del Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares.

Su financiación se llevará a cabo de acuerdo con lo regulado en la cláusula 26.1 del expresado Pliego de Cláusulas Administrativas”.

El concesionario estará obligado a ejecutar las obras disponiéndose en las cláusulas 22 y 23.1 del Pliego de Cláusulas Administrativas la obligación del mismo de elaborar los proyectos de las obras necesarias para la adecuada prestación del servicio que serán posteriormente aprobados por el órgano competente del Ayuntamiento.

La financiación de tales obras se contempla que sea con cargo a Tarifas, estableciéndose al respecto en la cláusula 26.1 del citado Pliego:

“Las tarifas que se aprueben cubrirán los gastos de explotación, las retribuciones del concesionario, el posible canon de utilización de las infraestructuras, así como las anualidades de amortización de los recursos ajenos obtenidos para las inversiones nuevas o de reposición”.

Considerando que nos encontramos en un supuesto de contrato de gestión de servicio público que comprende la ejecución de obras, le es aplicable lo establecido en el artículo 158 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en el que se regulan las actuaciones preparatorias del contrato.

Estableciendo el apartado 2º del referido artículo que, en el supuesto de contratos de gestión de servicios que comprendan la ejecución de obras, serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas.

Tras la entrada en vigor de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas, podemos entender que la referencia efectuada por el

artículo 158.2 del Texto Refundido lo es a la nueva regulación contenida en la citada Ley, planteándonos la duda de cómo debemos interpretar esa remisión.

Por ello esta Alcaldía al amparo de lo dispuesto en los artículos 3 y 15 del Decreto 79/2000, del Gobierno Valenciano,

***S O L I C I T A** informe de la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en relación a las siguientes*

CUESTIONES

1.- ¿Es de aplicación al contrato que nos ocupa todo el régimen jurídico del contrato de concesión de obra pública regulado en la recientemente aprobada Ley 13/2003, de 23 de mayo?

O bien,

2.- ¿Sólo son de aplicación las normas reguladoras de las actuaciones previas contenidas en los artículos 227 y siguientes del nuevo Título V de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas introducido tras la aprobación y entrada en vigor de la citada Ley 13/2003?

3.- ¿Podríamos interpretar que la aplicación de la Ley reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas debe circunscribirse exclusivamente a los casos de ejecución de obras nuevas que impliquen la implantación de un servicio hasta ese momento inexistente?

En caso de ser esta la interpretación más adecuada ¿Cómo debemos plantearnos el cumplimiento de lo establecido en el artículo 158.2 del Real Decreto 2/2000 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas?

CONSIDERACIONES JURIDICAS

Las cuestiones planteadas por el Ayuntamiento consultante se traducen en establecer una distinción clara entre el recientemente regulado contrato de concesión de obra pública por Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de la concesión de obras públicas, y el contrato de gestión de servicios públicos que lleva aparejadas obras.

Quizá la cuestión no hubiese sido objeto de solicitud de Informe si nuestro legislador hubiera regulado el contrato de concesión de obra pública sin una ley *ex profeso*, sino mediante la modificación del título dedicado al contrato de obras en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, e incluso sin la creación dentro del artículo 5 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (en adelante TRLCAP) de un tipo de contrato nuevo, apartándose así de la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Esta afirmación ha sido asimismo puesta de manifiesto por el Consejo de Estado en su Dictamen 3375/2001, sobre el Anteproyecto de Ley Reguladora de la Concesión de Obras Públicas, de fecha 5/12/2001:

“Hubiere sido preferible, en opinión del Consejo de Estado, afrontar la regulación proyectada de un modo sistemático, sin la necesidad de recurrir a la elaboración de un texto normativo específico sobre ordenación del régimen jurídico básico de la concesión de obras públicas, pues en definitiva la figura de la concesión de obras públicas se inscribe indefectiblemente en el marco de la contratación de las Administraciones Públicas, como se deriva de su inclusión en el ámbito objetivo de aplicación de la citada Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. “

“...el Consejo de Estado estima que la formulación adoptada por el Ministerio proponente para la iniciativa legislativa propuesta no merece una consideración favorable, en la medida que no hace sino ahondar en la situación de fragmentariedad y dispersión normativa existente en la regulación legal de la concesión de obras públicas, lo que de ordinario redundaría en perjuicio de su correcta interpretación y aplicación y, en definitiva, de la seguridad jurídica. Por tanto, en opinión de este Consejo, hubiere sido preferible que la incorporación al ordenamiento jurídico de la iniciativa propuesta se hubiere traducido en la integración de su contenido.”

La situación con la que se encuentra el Ayuntamiento de Alcalá de Xivert, y la remisión del art. 158.2 del TRLCAP al contrato de concesión de obra pública, no empero, permite distinguir claramente estas dos figuras contractuales diferenciadas, la propia de la concesión de obra pública, de la de la gestión de servicios públicos cuando estos llevan aparejadas obras.

1.- La delimitación en el ámbito de la Unión europea.

La concesión de obra pública viene regulado, como se ha señalado anteriormente, en la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, no así la concesión de servicio público, que queda fuera del ámbito de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Si bien en este último caso sí podemos extraer algunas conclusiones de interés, como se verá a lo largo del presente Informe.

Asimismo, en fecha 29/04/2000, se publica en el Diario Oficial de la Unión Europea la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario. (2000/C 121/02).

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha delimitado la figura de la concesión de obra pública de la de concesión de servicios públicos en la que se da la existencia, a cargo del adjudicatario, de la realización de obras.

De todas estas interpretaciones, podemos extraer las siguientes matizaciones:

a) La Directiva 93/37/CEE, en el apartado d) del artículo 1, define la concesión de obras públicas como un contrato que presenta los caracteres de un contrato de obras públicas (sólo ejecución o también redacción de proyecto y ejecución), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.

Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio.

El hecho de que la Directiva permita que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Puede ocurrir, por ejemplo, que el Estado asuma parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los precios sociales). Esta intervención puede revestir distintas modalidades (importe garantizado a tanto alzado, importe fijo pero pagado en función del número de usuarios, etc.). Estas intervenciones no cambian necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación.

En efecto, quedan cubiertos por la definición de concesión aquellos casos en que el Estado paga un precio como contrapartida de las obras realizadas, siempre y cuando éste no elimine el riesgo inherente a la explotación. Al precisar que el derecho de explotación puede combinarse con un precio, la Directiva sobre obras indica que la remuneración del concesionario debe proceder de la explotación, al menos en una parte relevante.

El derecho de explotación permite al concesionario cobrar derechos al usuario de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto periodo de tiempo.

Aunque, en la mayor parte de los casos, el origen de las rentas cobradas directamente al usuario de la obra sea un elemento significativo, lo determinante es la presencia de riesgo de explotación, vinculado a la inversión realizada o a los capitales invertidos, en especial cuando la entidad concedente haya pagado un precio.

b) Al contrario de lo que sucede con la Directiva sobre obras, la Directiva sobre servicios no contiene ninguna definición del concepto de concesión de servicios. El considerando 16 de esta última especifica que sólo se considerará contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción y que, si las obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no se justifica la clasificación del contrato como contrato público de obras.

Por tanto, se trataría de saber si el objeto principal del contrato es la construcción de una obra o la ejecución de trabajos propios de los contratos de obras por cuenta del concedente o si, por el contrario, esos trabajos o la construcción de esa obra son sólo accesorios en relación con el objeto principal del contrato.

c) Haciéndose eco de este inciso (considerando 16 de la Directiva 92/50/CEE), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha dado respuesta a esta situación así en sentencia

de 19 de abril de 1994 en el Asunto C-331/92. Gestión Hotelera Internacional S.A. contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas S.A.

La pretensión de anulación del concurso se basaba en el hecho de que, según las bases reguladoras de los concursos, los adjudicatarios debían efectuar obras de reforma del Casino y del Hotel y, por consiguiente, la Orden en la que se convocaban dichos Concursos debería haber sido publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

El procedimiento de adjudicación fue iniciado por el Gobierno de Canarias, que convocó dos concursos públicos. El primero, relativo a un Casino, se convocó en nombre de la Comunidad Autónoma de Canarias, mientras que el segundo, relativo a la explotación de un Hotel, se convocó en nombre del Ayuntamiento de Las Palmas.

El órgano de contratación proyectaba instalar un Casino de Juego en los locales del Hotel Santa Catalina, que era de propiedad municipal. Deseaba adjudicar este contrato a una empresa que se hiciera cargo también de la explotación del establecimiento hotelero

Ante la cuestión prejudicial planteada por el Juez nacional sobre los siguientes extremos:

- 1) Si puede considerarse incluido en el concepto de 'contratos de obras públicas' que se establece en el artículo 1.a) de la Directiva del Consejo 71/305/CEE¹, de 26 de julio de 1971, un 'contrato mixto de ejecución de obra y cesión de bienes' .
- 2) Si, en consecuencia, los 'poderes adjudicadores' que deseen celebrar un contrato de tales características, están obligados a llevar a cabo la publicación del anuncio del mismo en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas."

El Tribunal dictamina: *“Esta interpretación se ve corroborada por la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios . En efecto, según el decimosexto considerando de ésta, de la Directiva 71/305 se desprende que un contrato sólo puede considerarse contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción y que, cuando dichas obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras.*

¹ La Directiva indicada regulaba los procedimientos de contratación de obras al tiempo de la contratación en cuestión.

Procede, pues, responder a la primera cuestión que un contrato mixto cuyo objeto es a la vez la ejecución de obras y una cesión de bienes no está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 71/305, si la ejecución de las obras sólo tiene un carácter accesorio respecto de la cesión de bienes“.

Vemos pues que el Tribunal aboga por la conceptualización en este último caso del “contrato mixto” paradigma de la concesión de obra pública, de manera que lo determinante será el objeto principal del contrato para que podamos incardinar una u otra figura en el ámbito del contrato de obras o en el de gestión de servicios públicos, y dentro del primero en la concesión de obra pública regulada por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, cuya finalidad persigue en primer término la construcción de la obra y la explotación como contrapartida.

2) Concesión y explotación de obras públicas en el ámbito de los contratos de gestión de servicios públicos.

El art., 158.2 del actual Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones públicas remite al contrato de concesión de obra pública en aquellos supuestos en los que la gestión del servicio lleve aparejadas obras.

Bien, la confusión que puede suscitar esta redacción con la actual Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora de la concesión de obra pública, y su incardinación en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas invitan a una reflexión que, derivada de la doctrina y Jurisprudencia más autorizadas, nos llevan, en aras al sentido común, a establecer la distinción entre ambas figuras, tal y como en la actualidad aparecen reguladas.

Así, de una parte, no debemos olvidar que en ambos casos estamos ante contratos mixtos que participan del contrato de obras y del contrato de gestión de servicios públicos, si bien la Ley 13/2003, de 23 de mayo, como luego se indicará, ha incluido dentro del concepto de contrato de concesión de obra pública la simple explotación de una obra existente, lo cual no deja de sorprender.

El art. 158.2 no hace más que reflejar la posibilidad de este contrato mixto, pero debe advertirse que se halla incluido en el Título dedicado a la gestión de servicios públicos. En este punto, en ningún caso debemos considerar que la naturaleza y tipología del contrato debe quedar desvirtuada por la remisión al contrato de concesión de obra pública, sino que es el objeto principal del contrato, de forma que el mero hecho de la ejecución de obras

para la gestión de un servicio público, si estas son accesorias del objeto principal no pueden en modo alguno alterar la calificación.

Ahora bien, ¿cuál es el por qué de esta remisión?. La contestación nuevamente la encontramos a la luz de las normas comunitarias y, más concretamente, en el hecho de la no regulación del contrato de gestión de servicios públicos en el ámbito de las directivas de contratación pública, lo que supondría en cualquier caso la ausencia de los requisitos de publicidad comunitaria y, por tanto, las obras accesorias a la gestión del servicio en cuestión quedarían asimismo exentas de tal publicidad cuando por razón de su cuantía superen el umbral comunitario.

En nuestro ordenamiento jurídico, la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que en cumplimiento de la Directiva 93/37/CEE, introducía en sus artículos 130 a 134 la figura concesional como una forma secuencial de contrato mixto de obras, como objeto principal y directo del contrato, y, como contraprestación al adjudicatario por su realización, de *gestión* de los servicios que la Administración establezca para el ejercicio del derecho de explotación de dichas obras. En cualquier caso, el contrato de concesión quedó definido como un contrato público que tiene por objeto la ejecución de obras, en el sentido de las directivas europeas.

También el Tribunal Supremo, con anterioridad a esta norma, en Sentencia de 13 de abril de 1992 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), indicaba: *“En el contrato de gestión de un servicio público, el objeto no es propiamente la realización de obras (reforma, reparación, conservación o demolición de bienes inmuebles), sino que lo que constituye su objeto es la gestión de un servicio. La modalidad clásica de gestionar ha sido la concesión, aunque modernamente, la fórmula que suele defenderse frente a la técnica concesional, es la figura denominada «gestión interesada» (sin perjuicio de que se acuda a otras fórmulas como el «concierto», el «arrendamiento» o la «sociedad de economía mixta»)”*.

Además, como reconoce la Sentencia, en la gestión de servicios públicos la Administración y en empresario participan realmente en la explotación, baste recordar la gestión interesada y la sociedad de economía mixta.

El Consejo de Estado, en Dictamen de fecha 13 de noviembre de 1997, en relación al Proyecto Real Decreto por el que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas generales para otorgamiento de concesiones de áreas de servicio en carreteras estatales,

manifestaba:

“..., cuando la concesión no se circunscribe a la explotación del área de servicio ya existente, sino que se extienda a la ejecución de las obras de construcción del área de servicio como premisa para su explotación, tal negocio concesional deja de ser un contrato de gestión de servicios públicos para convertirse en una verdadera concesión de obra pública, cuya esencia radica, fundamentalmente, en que su objeto es doble, primeramente, la ejecución de la obra pública por el concesionario y, ulteriormente, la explotación de aquélla, que, a su vez, constituye la contraprestación prevista en favor del concesionario.”

Asimismo, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Administración General del Estado, en el Informe 49/97, de 17 de noviembre, señala:

“Este mismo criterio ha sido sustentado ya por esta Junta Consultiva en sus informes de 22 de marzo de 1995 (expediente 3/95) y de 30 de mayo de 1996 (expediente 24/96), tratándose de aclarar, en este último, la posible contradicción de la tesis sustentada con la dicción literal del artículo 159.2 en cuanto establece que serán de aplicación para las obras en el contrato de gestión de servicios públicos los preceptos establecidos en la Ley para la concesión de obras públicas. En este sentido, se afirmaba que debía descartarse la idea de que "todo contrato de gestión de servicios públicos que incluya cualquier género de obra, aunque fuera de ínfima cuantía, habría de regirse por las normas del contrato de concesión de obras y, en definitiva, del contrato de obras" argumentándose para descartar tal idea que "desnaturalizaría la finalidad de la propia Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto establece y regula como tipos contractuales distintos los de obras y los de gestión de servicios públicos, quedando este último sin prácticamente campo de aplicación si prevalece la interpretación que se descarta".

Todo lo anteriormente expuesto y razonado sobre contratos mixtos de obras y gestión de servicios públicos tiene un apoyo expreso en el Preámbulo de la Directiva 92/50/CEE, cuyo decimosexto considerando, con cita de la Directiva 71/305/CEE, señala que "los contratos públicos de servicios pueden incluir obras en determinados casos; que de la Directiva 71/305/CEE se desprende que un contrato sólo se considerará contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción; que siempre que dichas obras sean accesorias y no constituyan el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras".

3) El contrato de abastecimiento de agua potable.

En primer lugar, hay que señalar que difícilmente podemos asimilar el contrato objeto de consulta, que tiene por finalidad el abastecimiento domiciliario de agua potable, al contrato de concesión de obras públicas regulado en la Ley 13/2003, de 23 de mayo, por las consideraciones anteriormente señaladas.

Además, es evidente y palmario que la gestión del agua, con la consiguiente satisfacción de los intereses de la colectividad, es un servicio público por su propia naturaleza (art. 26.1 y 86.3 de la Ley de Bases de Régimen Local). Las obras que, para la propia gestión y mejora del servicio, puedan ejecutarse o requerirse no debe desvirtuar tal carácter.

Por tanto, debemos concluir que en cualquier caso serán de aplicación la legislación de régimen local que rige el servicio concreto y, en su caso, aquellas normas que hubieren dictado las comunidades autónomas, y las normas que regulan el contrato de gestión de servicios públicos contenidas en el TRLCAP y en su Reglamento general, en cuanto a la contratación del mismo.

En este aspecto, la remisión del art. 158.2 al contrato de concesión de obra pública, debe entenderse en el sentido apuntado anteriormente, es decir, a los efectos de la publicidad y, en su caso, de publicidad comunitaria de las obras. En definitiva, a la obligación de respetar los principios de publicidad y no discriminación establecidos por las normas europeas y que se extiende también al concesionario del servicio público.

4) La Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obra pública y su aplicación exclusiva a obras nuevas.

Se cuestiona el Ayuntamiento consultante si la Ley 13/2003 únicamente se aplica a obras nuevas que impliquen la implantación de un servicio inexistente.

Sentadas las bases anteriores, recordaremos que en el contrato regulado en la ley 13/2003, el objeto principal es la obra y el secundario su explotación por el adjudicatario como contraprestación de aquella. Por tanto, no es la implantación, establecimiento o prestación de un servicio y las obras necesarias para su ejecución, como es el caso del contrato de abastecimiento de agua potable.

Dicho esto, el contrato de concesión de obra pública alude a cualquiera de las obras

enunciadas en el art. 120 del TRLCAP, que no sólo se circunscribe a obra nueva sino también a las de reforma, reparación, etc.

Pero es más, el art. 220, que define el contrato de concesión de obra pública, alude en su apartado 1 a que incluso se considera tal contrato la mera explotación de una obra ya existente, cuando explotar un bien o un activo significa, literalmente, sacar utilidad (económica) de ese bien en provecho propio y, por tanto, difícilmente se podrá conceder ese *derecho* a un adjudicatario si no es como contraprestación de otras obligaciones requeridas por la Administración que deba el adjudicatario satisfacer, ya se trate de la prestación de servicios de mantenimiento y conservación del bien, de la realización de obras de mejora, de la puesta a disposición del uso público o de cualquier otra prestación.

En este punto, entendemos que este concepto, lejos de aclarar, viene a constituir un precepto oscuro en la configuración de este tipo de contratos, y a llevarnos a la conclusión de que la Ley de concesión de obra pública es una ley que regula básicamente una forma de financiación de obras públicas, puesto que es impensable que se entienda como “concesión de obras públicas” lo que únicamente puede ser objeto de un contrato de gestión de servicio público o de servicios.

En este sentido, se trae a colación el Dictamen 3375/2001 de 5/12/2001, ya reseñado en el presente Informe, del Consejo de Estado al Anteproyecto de la Ley de concesión de obra pública:

“Pero debe llamarse la atención sobre el hecho de que la generalización de tal previsión, inspirada claramente en la legislación sectorial de autopistas, unido a otras prevenciones del Anteproyecto desvirtúa en buena medida los perfiles legales que definen la institución concesional. “

En otros términos, el Anteproyecto opta por ampliar notablemente la noción de concesión de obras públicas, refiriéndola no solamente a los casos en que tiene por objeto la "construcción y explotación" de la obra pública, sino también a aquellos en que tiene por objeto únicamente la "explotación" de la obra ya construida.”

“Por lo demás, no debe olvidarse que la mera explotación de una obra (artículo 2) podría constituir en sí misma el objeto de otro contrato, distinto al de la concesión, bien administrativo (de gestión de servicios públicos), bien privado, bien típico, bien atípico. “

CONCLUSIONES

1ª.- El contrato de abastecimiento de agua potable a la población de Alcalá de Xivert no es un contrato de concesión de obras públicas de la Ley 13/2003, de 23 de mayo, por lo que no le será de aplicación lo dispuesto en el art. 227 y siguientes de la citada norma en cuanto a las actuaciones previas.

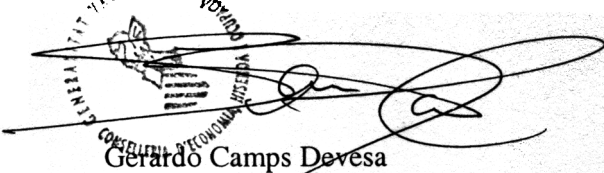
2ª.- El art. 2.1 de la Ley 13/2003, de 24 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas es aplicable a todas las obras comprendidas en el artículo 120 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y, por tanto, no sólo circunscritable a obras nuevas que impliquen la implantación de un servicio inexistente, pudiendo asimismo comprender únicamente la explotación de una obra preexistente.

3ª.- El art. 158.2 debe interpretarse en el presente caso, en el sentido de que serán de aplicación al contrato de gestión de servicios públicos con obras accesorias los preceptos de publicidad para el contrato de obras, y en su caso, de publicidad comunitaria., sin desvirtuar la calificación del contrato por este hecho.

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA



Gerardo Camps Devesa

La Secretaría de la Junta



Margarita Vento Torres

**APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR DE
CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA, en fecha 11
de marzo de 2004.**