

La Oficina de Contratación tiene vocación de servicio, asistencia y asesoramiento a los órganos de contratación, y naturaleza de servicio administrativo, de tal manera que su criterio tiene únicamente carácter orientativo y en ningún caso sustituye al de los órganos consultivos y de control que actúan en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Numero de Consulta	002/2020
Materia	Contrato de concesión
Solicitante	Servicio de Régimen Interior del Departamento de Hacienda y Administración Pública
Fecha de solicitud	22/10/2020
Vía	Correo electrónico
Disposiciones aplicables	Artículos 15, 284 y siguientes de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 y artículos 106 y siguientes del Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón, aprobado por el Decreto Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre.

CONSULTA

Se consulta a la Oficina de Contratación Pública por parte del Servicio de Régimen Interior del Departamento de Hacienda y Administración Pública acerca de la obligatoriedad, o no, de exigir siempre un «canon» en los contratos de concesión.

RESPUESTA

En primer lugar, hay que destacar que el régimen de la concesión ha experimentado una importante evolución en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP), respecto a la situación previa del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (a partir de ahora, TRLCSP), a raíz de la aprobación de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

A diferencia de la actual LCSP, el TRLCSP no regulaba el contrato de concesión de servicios, incluyendo por el contrario otra figura llamada «contrato de gestión de servicios públicos». Este contrato de gestión de servicio público partía de una noción de servicio público estricta, entendiendo por tal aquel cuya realización se reserva en régimen de monopolio legal a favor del sector público. Con ello, muchos servicios que prestan los poderes públicos en concurrencia con operadores privados quedaron expulsados de esta modalidad, debiendo remitirse su encaje al contrato de servicio, incluso cuando se producía una transferencia del riesgo operacional, que es el elemento medular de toda concesión. Una vez transpuesta la Directiva, no hay diferencias en cuanto al objeto entre el contrato de servicios y la concesión, circunscribiéndose los elementos

diferenciales a las condiciones en las que el adjudicatario presta el servicio, dependiendo de si el adjudicatario asume o no el referido riesgo operacional.

Una vez enmarcada la consulta dentro del régimen de las concesiones, hay que tener en cuenta que todo contrato de concesión lleva implícito en su seno una concesión administrativa, que sirve como título habilitante para justificar la ocupación del demanio público. Como explica la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en su informe 13/2018, de 30 de mayo, cuando nos hallamos ante un contrato, la concesión tiene un carácter accesorio; en cambio, cuando se trata de un negocio patrimonial, la concesión administrativa constituye su objeto principal. La naturaleza accesoria o fundamental de la concesión administrativa varía en función de la causa del negocio jurídico, como explicó el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en su Resolución 153/2017, de 17 de mayo. De acuerdo con esta resolución, la línea divisoria que marca la frontera entre el negocio patrimonial y el contrato en las concesiones administrativas radica en la causa. Como se puede observar, las conclusiones de esta resolución fueron asumidas por la JCCA de Aragón en el citado informe 13/2018, de 30 de mayo: *«para deslindar un contrato administrativo de una concesión demanial debe atenderse a la prevalencia de la obtención de un interés público o finalidad pública frente al interés privado en la explotación de un negocio o realización de una actividad que requiera la ocupación privativa de un bien de dominio público o de un bien patrimonial de la Administración. En este sentido, la existencia de un fin público que trascienda el puramente patrimonial llevará necesariamente a calificar la relación como contractual: será la finalidad perseguida por la Administración y la causa expresada lo que llevará a calificar una relación jurídica como contrato público o como negocio jurídico patrimonial»*. Sentada esta idea, que más adelante se retomara, procede ya situarnos en el marco legal del contrato de concesión.

El artículo 15.1 de la LCSP establece que el contrato de concesión de servicios es *«aquél en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio»*. A su vez, aclara el apartado 2 del mismo artículo que *«el derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional»*, debiendo entender, según el artículo 14.4 de la LCSP, que *«el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable»*.

En ninguno de estos apartados, aparece mencionado el concepto de «canon», por lo que, *a priori*, la exigencia del mismo no constituye un elemento estructural del contrato de concesión. Para encontrar la palabra «canon» asociada a la concesión de servicios hay que ir a los artículos 285.1 y 289 de la LCSP. La letra b) del artículo 285.1 de la LCSP indica que dentro de los pliegos deberán fijarse las condiciones de prestación del servicio, considerando una de ellas *«el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración»*. Asimismo, el apartado 3 del artículo 289 dice que *«si así lo hubiera establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concesionario abonará a la Administración concedente un canon o participación, que se determinará*

y abonará en la forma y condiciones previstas en el citado pliego y en la restante documentación contractual». Tal y como puede observarse, de la redacción se deduce que no siempre habrá en los contratos de concesión un «canon» al redactar el artículo 289.3 de la LCSP de manera condicional. Sin embargo, ninguno de estos artículos explica en qué circunstancias puede incluirse, ni tampoco cuando cabe prescindir del mismo. Ante la falta de una solución expresa en la LCSP, desde la Oficina de Contratación Pública se sugiere acudir de forma supletoria a la legislación patrimonial para colmar esta laguna, partiendo de lo expuesto con anterioridad. Dentro de la Comunidad Autónoma de Aragón la referencia normativa aplicable es el Texto Refundido de la Ley del Patrimonio de Aragón (en adelante, TRLPA), aprobada por el Decreto-Legislativo 4/2013, de 17 de diciembre, del Gobierno de Aragón; y, en particular, los artículos 106 y siguientes que disciplinan el régimen de la concesión administrativa en Aragón, con respecto a la normativa básica del Estado.

La regulación patrimonial nos proporciona indicios al respecto de la necesidad de contar o no con un «canon» en los contratos de concesión. El artículo 110.5 del TRLPA dice que las concesión de uso privativo o aprovechamiento especial del dominio público podrán ser gratuitas, otorgarse con contraprestación o condición o estar sujetas a la tasa por utilización privativa o aprovechamiento especial de bienes del dominio público, o a las tasas previstas en sus normas especiales. Para que no se aplique una tasa, que en este caso sería homologable al concepto de canon, la actividad no debe llevar aparejada utilidad económica para el adjudicatario de la concesión; o si lleva aparejado utilidad, el aprovechamiento debe entrañar contraprestaciones para la Administración beneficiaría que la anulen o la hagan irrelevante. Tomando de base este artículo, pueden extraerse dos conclusiones. Por un lado, cabe no exigir un «canon» tanto en las concesiones administrativas de tipo patrimonial como en los contratos de concesión (en este último caso, la redacción del artículo 289.3 de la LCSP, ya apuntaba hacia esa conclusión). Por otro, la regla general es la exigencia de una tasa o «canon», regla que decae cuando el adjudicatario no recibe una utilidad económica, o cuando la Administración obtiene algún beneficio dentro de sus fines propios. La nota de onerosidad intrínseca a todo contrato del sector público (artículo 2.1 de la LCSP) provoca que solo el segundo supuesto resulte aplicable a los contratos de concesión. De la misma forma, este segundo supuesto no puede trasladarse sin más a las concesiones de carácter contractual. Los contratos de concesión de servicio tienen por objeto servicios que son titularidad o competencia de la entidad adjudicataria, por lo que su ejecución siempre va a repercutir, en mayor o menor medida, en alguna clase de beneficio o utilidad para la misma. No obstante, también hay que tener en cuenta que ese beneficio puede ser de intensidad desigual y es ahí donde el artículo 110.5 del TRLCSP nos proporciona una pauta sobre como graduar los canones en los contratos de concesión. Cuanto mayor sea el beneficio para la entidad adjudicataria, menor debería ser, llegando a poder ser incluso anulado en aquellos casos donde los efectos positivos sean particularmente elevados.

A lo anteriormente dicho, hay que aplicarle un matiz, dado que el artículo 110.5 del TRLCSP ha de pasar por el tamiz de la LCSP. La concesión de servicios para configurarse como concesión debe implicar, como se ha dicho ya, una transferencia del riesgo a cargo del adjudicatario. El canon debe fijarse de manera equilibrada para no resultar ni demasiado gravoso para el contratista ni demasiado benigno. Si la transferencia del riesgo conlleva una exposición real a las fluctuaciones del mercado contratos, el lugar de ejecución del contrato puede acarrear una disminución del

mismo. Por ejemplo, los servicios de cafetería y restauración que se desarrollan en instalaciones de dominio público, cuentan con unos niveles de demanda más o menos garantizados, considerando al personal que presta servicios en ellos o a los ciudadanos que los visitan para realizar alguna gestión o trámite. Naturalmente, el número exacto de clientes no se conoce de antemano, pero las condiciones en las que se presta, en circunstancias normales, permite prever una horquilla mínima, por lo que su situación de los concesionarios de estos servicios es claramente superior en relación con el resto de operadores privados del mismo sector. A ello hay que añadir su proximidad o la posibilidad de ofertar precios menores gracias a las economías de escala. Todo ello hace que en esos casos el canon sea un elemento necesario para compensar estas ventajas y permitir que realmente el concesionario se enfrente a ciertos riesgos en la ejecución del contrato, que, a su vez, permitan calificarlo realmente como un contrato de concesión.

Pese a que todo lo expuesto se ha hecho tomando de base principalmente los preceptos relativos a la concesión de servicio, *mutatis mutandi*, cabe extrapolar estos razonamientos también a la concesión de obra.

En conclusión, siendo la regla general del TRLPA la exigencia de un canon, cabe trasladar esta pauta también a la LCSP. Sin embargo, el canon podrá reducirse o incluso anularse cuando la entidad adjudicataria obtenga un beneficio especialmente significativo en su ejecución (cuando el beneficio sea menor, permitirá atemperar el canon), siempre y cuando esta reducción o eliminación no coloque en una posición muy ventajosa al adjudicatario, de tal modo que quede sustraído del riesgo operacional propio del contrato de concesión.

Oficina de Contratación Pública