

Informe 69/09, de 23 de julio de 2010. «Posibilidad de la aplicación o no de una cláusula de reequilibrio económico de la concesión administrativa de explotación de un aparcamiento: Afectación al principio de riesgo y ventura expresamente establecido para la concesión en otra cláusula del pliego».

Clasificación de los informes: 21. Contratos de obras. 21.4. Concesión de obras públicas

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde-Presidente de Jávea se formula consulta en los siguientes términos:

"Este Ayuntamiento aprobó el pliego de cláusulas administrativas particulares para la concesión de obra pública para la proyección, construcción y explotación de tres aparcamientos públicos en Jávea, así como sus obras complementarias de urbanización de la ronda del casco histórico y su acceso, Avda. Jaime 1 y adyacentes y construcción de edificio de dependencias municipales en el portal del Clot.

En este pliego se incluyeron las siguientes cláusulas:

"XXV. DERECHOS Y DEBERES DEL CONCESIONARIO:

El concesionario se obliga a:

Asumir los riesgos y las responsabilidades que se deriven de la redacción de los proyectos y de la financiación, construcción, explotación y conservación de las obras y de los elementos comprendidos en el contrato, en los términos descritos en el artículo 97 del TRLCAP y el presente pliego, excepto de las obras que se ejecutarán mediante aportación económica municipal, y cuyo importe será subvencionado por el Ayuntamiento de Jávea. La totalidad del contrato de concesión, en sus aspectos de construcción, explotación, conservación y financiación, se desarrollará a riesgo y ventura del concesionario. En particular, el concesionario asume el riesgo y ventura de la evolución de las condiciones financieras del mercado a lo largo del plazo concesional, el riesgo y ventura de las obras, sin que pueda reclamarse de la Administración compensación alguna por el hecho de que la evolución real de la ocupación difiera de las previsiones aportadas por la Administración contratante o el concesionario. En particular, y con carácter meramente enunciativo, no se derivarán en ningún caso responsabilidades para la Administración de los resultados de la explotación, la evolución del número de vehículos que estacionen en el aparcamiento y la alteración de la red de transportes del Ayuntamiento de Jávea salvo, en este último caso, que se impida o dificulte manifiestamente el acceso de vehículos automóviles al aparcamiento como consecuencia del ejercicio de las competencias de ordenación de tráfico por parte de la corporación municipal.

XXX. RIESGO Y VENTURA:

La Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

Cuando los volúmenes acumulados de ocupación real, contabilizados año a año durante los primeros dos años del comienzo de la explotación, se sitúen por debajo del 85 por cien de los volúmenes acumulados de ocupación, previsto en el estudio de viabilidad puesto a disposición de los licitadores por la Administración, y por los quinquenios sucesivos.

En relación con las dos cláusulas anteriores, se formula la siguiente CONSULTA

Durante la explotación de los dos primeros años no se ha llegado al 85% del volumen de ocupación previsto en el estudio de viabilidad y se nos reclama el restablecimiento del equilibrio económico del contrato tal como se establece en esta cláusula. El Ayuntamiento ante estas dos cláusulas tiene duda acerca de si debe aplicar la cláusula XXX y restablecer el equilibrio económico del contrato tal y como se establece en la misma".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. La consulta plantea una única cuestión relativa a la aplicación o no de una cláusula de reequilibrio económico de la concesión administrativa de explotación de un aparcamiento que podría ser contradictoria con el principio de riesgo y ventura expresamente establecido para la concesión en otra cláusula del pliego.

Se plantea, así, si la existencia de cláusulas que limitan el riesgo del concesionario puede desnaturalizar la concesión administrativa, lo que debería suponer que éstas, de existir, deberían ser interpretadas restrictivamente.

2. La legislación de contratos española, tradicionalmente, ha venido reconociendo como elemento definitorio de la concesión de servicios la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario.

En la medida en que la concesión de obras comparte la naturaleza jurídica de la de servicios, se entiende que el concesionario debe igualmente asumir los riesgos derivados de la explotación. La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, vigente en el momento en que se adjudicó la concesión, al definir ésta en su artículo 220.1 indicaba que se considera concesión de obras públicas aquella *"en cuya virtud la Administración pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas 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, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra"*, completando la enumeración de características en el apartado 2 diciendo que *"la construcción y la explotación de las obras públicas objeto de concesión se efectuarán a riesgo y ventura del concesionario"*.

La vigente Ley de Contratos del Sector Público mantiene en lo esencial la definición anterior en su artículo 7 al decir que *"la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio"*, añadiendo el apartado siguiente la mención expresa a la asunción riesgo de construcción y explotación.

En términos similares se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, si bien refiriéndose exclusivamente a las concesiones de servicios.

3. Sin embargo, es práctica frecuente limitar los riesgos del concesionario bien sea con referencia al tiempo de explotación de la concesión, como en el caso presente, bien sea en relación con otras circunstancias. La cuestión que en tales casos se plantea es si esta limitación es asumible sin que se produzca, tal como hemos dicho, la desnaturalización del concepto de concesión administrativa. Se trata en definitiva de determinar en qué punto se encuentra el límite a partir del cual puede considerarse excluido el riesgo del concesionario y, por consiguiente, deja de poder calificarse el negocio jurídico como una concesión administrativa de obras o de servicios.

A tal respecto, entiende la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aún cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación a determinadas circunstancias.

4. Sentado lo anterior resulta claro que concurriendo las circunstancias de hecho que se establezcan en los pliegos para aplicar la limitación del riesgo prevista en los mismos debe producirse la aplicación de las cláusulas que la regulen. Trasladada esta idea al supuesto referido en el texto de la consulta, debe entenderse que, siempre con el requisito previo de que se den las circunstancias de hecho indicadas, procede el restablecimiento del equilibrio financiero previsto en ella.

CONCLUSIÓN.

La introducción en los pliegos que establecen el clausulado de las concesiones tanto de obras como de servicios de cláusulas limitativas del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza del negocio jurídico concesional siempre que contemplado el periodo completo de duración de la misma, el concesionario haya asumido efectivamente el riesgo.