

Informe 10/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Proyecto de Decreto sobre la aplicación del contrato de concesión de obra pública para la creación, modernización y mejora de regadíos.

I. ANTECEDENTES

Por la Secretaria General Técnica del Departamento de Agricultura y Alimentación se solicita de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión de informe sobre el texto del proyecto de Decreto sobre la aplicación del contrato de concesión de obra pública para la creación, modernización y mejora de regadíos.

El escrito en el que se solicita el informe va acompañado del expediente completo de elaboración de la norma y del proyecto de Decreto.

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 6 de abril de 2011, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

El presente informe se emite con carácter de preceptivo a petición de la Secretaria General Técnica del Departamento de Agricultura y Alimentación, de conformidad con lo previsto en los artículos 3.1.a) y 4.b) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, y se aprueba el reglamento que regula su organización y funcionamiento, que atribuye a ésta la competencia para informar los

proyectos y anteproyectos de disposiciones de carácter general en materia de contratación administrativa, cuya aprobación sea competencia del Gobierno de Aragón, y la función de velar por el debido y estricto cumplimiento de la normativa reguladora de los contratos de la Administración y, especialmente, por el respeto de los principios de objetividad, publicidad y concurrencia.

Por lo tanto el alcance del informe se circunscribe al análisis de la adecuación del contenido del proyecto de Decreto a las normas sobre contratación pública, sin que se extienda a otras cuestiones de legalidad que exceden de las competencias de esta Junta.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6. a) del citado Decreto.

II. Objeto del proyecto y consideraciones generales.

El proyecto de Decreto sometido a informe tiene por objeto establecer las medidas necesarias para que la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón pueda llevar a cabo la construcción y explotación de las infraestructuras de creación, modernización y mejora de regadíos que son de interés de la Comunidad Autónoma, mediante el contrato de concesión de obra pública, quedando excluidas de su ámbito de aplicación, las grandes zonas de interés nacional reguladas en la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario, texto refundido aprobado por Decreto 1181/1983, de 12 de enero.

La habilitación de la Comunidad Autónoma para dictar esta norma se justifica en las competencias que con carácter exclusivo, le atribuye el Estatuto de Autonomía de Aragón de 2007, en relación con la planificación de la actividad económica y fomento del desarrollo de la Comunidad Autónoma y sobre el procedimiento administrativo derivado de las especialidades de la organización propia, y más específicamente, de las competencias exclusivas del artículo 72.1 del Estatuto, en relación con la

regulación y la ejecución de las actuaciones relativas a las obras de regadío y sobre proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés de la Comunidad Autónoma, así como de la competencia compartida sobre contratación de su Administración Pública del artículo 75.12.

Tal y como se ha desarrollado en los Informes de esta Junta 15/2010, de 26 de noviembre y 4/2011, de 19 de enero, las competencias recogidas en el artículo 75.11 y 12 del Estatuto de Autonomía de Aragón, comprenden el desarrollo normativo y la ejecución de la legislación básica establecida por el Estado en materia de contratación de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón.

En virtud de dichas competencias de desarrollo de la legislación de contratación pública, y por lo que respecta al ámbito de este informe, a la Comunidad Autónoma le corresponde el desarrollo legislativo y la ejecución de la legislación básica del Estado aplicable al contrato de concesión de obra pública hidráulica, gozando de plena libertad para regular los aspectos organizativos en relación con las actuaciones en materia de regadíos.

Conviene recordar que el contrato de concesión de obra pública es uno de los contratos típicos, regulados en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP) que pueden celebrar los distintos poderes adjudicadores. El artículo 7 de la misma lo define como aquel contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de una obra pública, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como las de conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor del concesionario consiste, o bien únicamente en el derecho de explotar la obra, bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

El fundamento de este contrato es preferentemente de carácter financiero, ya que con carácter general con el mismo se busca paliar la escasez de recursos públicos para acometer la creación de infraestructuras mediante el traspaso al contratista de la financiación de la obra y la traslación de la obligación de pago, una vez finalizada la misma, a los usuarios (aunque es posible que lo pague la propia Administración concedente mediante el denominado sistema de «peaje en sombra»).

El régimen jurídico del contrato está constituido fundamentalmente por la LCSP, que le dedica como preceptos específicos los artículos 7, 112 a 115 y 228 a 235, y por el Capítulo IV del Título V del Libro II del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, TRLCAP) cuya vigencia mantiene la Disposición derogatoria única de la LCSP.

La concesión de obras hidráulicas, categoría en la que se incardinan las obras de creación, modernización y mejora de regadíos según dispone el artículo 122 del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio (en adelante, TRLA), se rige por la normativa general del contrato de concesión de obra pública, con las especialidades que establece el propio Texto refundido. Dichas especialidades son únicamente dos, la relativa al plazo máximo de la concesión que se fija en 75 años y la que permite la inclusión en el pliego de cláusulas administrativas particulares de la obligación del licitador seleccionado de incorporar a la sociedad o entidad que se constituya, a las comunidades de usuarios del agua relacionados con la concesión.

La mayor parte de estas disposiciones tienen carácter básico.

Son notas características del contrato de concesión de obra, las siguientes:

- El objeto del contrato es la construcción de una obra pública, categoría comprensiva tanto de las obras de nueva construcción

como de las de restauración y reparación, y esta actividad constructiva ha de ser la prestación principal del contrato, sin que sea posible un contrato que se circunscriba únicamente a la explotación de una obra ya construida.

- La entidad contratante, tal y como se indicara en nuestra Circular 1/2008, puede ser cualquiera de los poderes adjudicadores del artículo 3.3 LCSP, diferenciándose el régimen jurídico del contrato – público o privado- en función de su consideración o no como Administración Pública.
- La retribución principal del concesionario debe provenir del derecho de explotación de la obra, aunque con carácter complementario puede percibir el pago de un precio en fase de explotación, o ayudas de la Administración durante la ejecución de las obras, en alguna de las modalidades previstas en los artículos 223, 236 y 237 LCSP.
- El concesionario debe asumir el riesgo de construcción de la obra y también el de su conservación y explotación, si bien la transferencia de los riesgos del contrato al contratista viene matizada por la obligación para la Administración de mantener el equilibrio económico de la concesión, en los términos que marca el artículo 241 LCSP.
- La concesión es un bien jurídico, que se integra en el tráfico mercantil pudiendo ser objeto de cesión e hipoteca. Además, al concesionario se le permite la titularización de sus derechos de crédito.

De acuerdo con todo lo anterior, procede analizar el contenido del proyecto de Decreto en relación con la legislación básica estatal. Además como norma reglamentaria que es deberá respetar la regulación propia de la Comunidad Autónoma en materia de contratación, recogida en la reciente Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón.

III. Análisis del contenido del proyecto: consideraciones y sugerencias.

Es necesario señalar en primer lugar, que el contenido del proyecto de Decreto es marcadamente organizativo, innovando muy poco en cuanto a la regulación material del contrato de concesión de obra pública. La propia exposición de motivos indica que el Decreto es una mera norma de aplicación, que no de desarrollo, que concreta lo predeterminado por la legislación estatal sobre el contrato de concesión de obra pública, adaptándolo a la organización propia de la Administración de la Comunidad Autónoma. Ello no obsta para que puedan realizarse algunas consideraciones, en relación con la incardinación del proyecto en la legislación básica y en la normativa aragonesa en materia de contratos públicos.

El artículo 4.2 dispone que estos contratos de concesión de obra pública se regirán por lo dispuesto en la normativa estatal, en el propio Decreto y en sus normas de desarrollo, sin hacer referencia a la normativa de la Comunidad Autónoma en materia de contratación pública, por lo que deberá ser modificado.

A pesar de que el Decreto parece tener como objetivo regular únicamente la ejecución de obras de creación, modernización y mejora de regadíos, mediante la figura del contrato de concesión de obra pública, sin embargo algunos preceptos resultan aplicables también a los supuestos que se contratan como contrato de obra. Por ello el proyecto podría tener una denominación más amplia, comprensiva de los dos tipos de actuaciones y el artículo primero podría redactarse en consonancia, aunque, es cierto que los preceptos dedicados al contrato de obra son de poca entidad, resultando alguno incluso innecesario, como ocurre con el punto 5 del artículo 4. Una sistemática más adecuada sería que las previsiones comunes a los dos tipos de contratos contenidas en el artículo 4.6 y 7 se incluyeran al principio de dicho artículo, que además debería cambiar su denominación, precisando que se trata del régimen jurídico de la ejecución de las obras de regadío.

El objeto del contrato de concesión es la construcción y explotación de obras de regadío, tanto de las que crean nuevas zonas regables como de las de modernización de regadíos ya existentes. La explotación comprende la operación, mantenimiento, conservación y reposición de las infraestructuras e instalaciones vinculadas, según dispone el artículo 5 del proyecto, lo cual es conforme con el concepto del contrato de concesión de obra que regula la LCSP. Cabe sugerir que la denominación de dicho artículo, «Principios generales del contrato de concesión de obra pública» se modifique por otra más adecuada, ya que lo que regula es el objeto del contrato de concesión. Como especialidades, el proyecto contempla la posibilidad de contratar de forma conjunta aquellas actuaciones susceptibles de ser agrupadas desde el punto de vista técnico y económico, si ello es conforme con la legislación de contratos del sector público, y precisa que no serán objeto del contrato las obras en el interior de las parcelas o unidades de riego, cuya ejecución corresponderá al propietario de las mismas (artículos 4.3 y 5.2).

La entidad contratante será la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, a través del Departamento competente en materia de agricultura, si bien se prevé que para ello podrá contar con la colaboración de sus medios propios instrumentales (artículos 3 y 6). La colaboración de los medios instrumentales debe configurarse dentro de los parámetros legales aplicables, o a la encomienda de gestión -regulada con carácter general en el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común- o a los encargos a medios propios -regulados en los artículos 4.1 n) y 24.6 LCSP-; y por lo tanto, se circunscribe a la realización de actuaciones relacionadas con el contrato, sin que pueda consistir en sustituir al Departamento como órgano de contratación en la concesión de obra.

Como ya hemos dicho, la posibilidad de realizar un encargo a un medio propio de la Comunidad Autónoma de Aragón, ha de cumplir con los requisitos de la LCSP y deberá realizarse con un único fin de mejor eficacia

en la gestión, evitando que la alteración del régimen jurídico que tal opción comporta pueda ser contraria tanto a los principios de concurrencia como de estabilidad presupuestaria. El encargo a un medio propio deberá sustanciarse mediante ordenes, instrucciones o protocolos, sin que proceda utilizar la figura del convenio, tal y como se recoge en el Informe de esta Junta 1/2007.

El plazo de duración de la concesión no se regula de forma general en el proyecto, que se limita a establecer que la fase de explotación tendrá una duración máxima de 30 años, cifra muy alejada del plazo máximo de 75 años que fija el artículo 134 TRLA. Esta opción, que implica una limitación de alcance general a los contratos de concesión que deriven de este Decreto, puede ser un obstáculo a la propia realización, por lo que sería aconsejable regular dicho plazo como opción preferente.

En el ámbito procedimental, el proyecto de Decreto incluye dos requisitos específicos, el primero que la decisión de la utilización del contrato de concesión de obra pública, la adoptará el Gobierno de Aragón, mediante Decreto, lo que viene a ser un supuesto de autorización previa del contrato por el órgano superior de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Además el artículo 4.7 exige que el Departamento competente en materia de agricultura y la comunidad de regantes afectada, suscriban un convenio antes de la licitación del contrato, en el que ambas partes expresarán su voluntad de acogerse a la figura del contrato de concesión y se explicitarán las obligaciones para la correcta ejecución del contrato. La comunidad de regantes deberá modificar sus ordenanzas antes de la licitación del contrato, incluyendo la obligación de retribución al concesionario.

También en el caso de que se cuente con la colaboración de un medio instrumental, se prevé que dicha colaboración se formalizará en un convenio que deberá integrarse en la documentación del expediente de contratación

de la concesión. Sobre la instrumentación de esta colaboración recordar lo dicho anteriormente.

La retribución al concesionario se configura de manera dual. Por una parte percibirá una retribución económica del concedente, en este caso la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Aragón, como compensación a la inversión y por los costes de explotación. La retribución por los costes de explotación se fijará en función de los consumos de la zona regable y de los parámetros objetivos de calidad y correcta gestión del agua de riego. De otro lado, percibirá las retribuciones que se fijen con cargo a las comunidades de regantes, en este caso fijadas únicamente en función de los costes de explotación.

Se hace especial hincapié en que el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del concesionario, concretando el artículo 8 que éste asumirá los riesgos de construcción de infraestructuras, de demanda de agua y de disponibilidad de las infraestructuras.

El régimen retributivo que se diseña debe tomar en consideración que la retribución del concesionario debe provenir, con carácter principal, del derecho de explotación de la obra. Eso significa que el riesgo que debe trasladarse al concesionario es el de explotación, es decir, el que depende directamente de la demanda de utilización de la obra, siendo indiferente quién abone el precio, si el usuario directamente, o la entidad concedente por cuenta de aquél (peaje en sombra), pero siempre en función de la utilización de la obra. Esa retribución *por la utilización de la obra* se deduce claramente de los apartados 1 y 4 del artículo 238 LCSP, cuando se refiere a la retribución del concesionario: «*El concesionario tendrá derecho a percibir de los usuarios o de la Administración una retribución por la utilización de la obra en la forma prevista en el pliego...*», «*La retribución por la utilización de la obra podrá ser abonada por la Administración teniendo en cuenta su utilización...*». La retribución del concesionario que tome en consideración

los parámetros objetivos de calidad y correcta gestión del agua de riego, resultará admisible con carácter accesorio.

Por lo tanto, la retribución que obtenga el concesionario por los conceptos de compensación a la inversión, y en función de los parámetros objetivos de calidad y correcta gestión del agua de riego, no puede ser mayor que la obtenida por la explotación de la obra derivada de la demanda de su utilización.

Además, resulta conveniente que el segundo párrafo del artículo 7.2 se redacté de forma más adecuada, haciendo referencia al concesionario y pudiendo completarse con una mención al mantenimiento del equilibrio económico del contrato.

Ninguna mención se contiene en el proyecto remitido a informe, sobre la posibilidad de que la Administración realice aportaciones públicas a la construcción de la obra de regadío, salvo la referencia genérica a las ayudas públicas del artículo 4.6. Respecto a la financiación de esta fase, el apartado 2 del artículo 5 establece, como ya se ha señalado, que la construcción de las obras que se encuentren en el interior de la parcela o unidad de riego corresponderá siempre a su titular, no siendo objeto del contrato. La posibilidad de estas aportaciones públicas a la construcción estará abierta, con los requisitos y modalidades recogidas en los artículos 223, 236 y 237 LCSP, con independencia de que el Decreto las recoja o no, pero sería conveniente incluir alguna mención en el mismo, sobretodo si lo que se prevé es que en ningún caso éstas aportaciones públicas se produzcan.

En relación con la ejecución del contrato se regula de forma muy sucinta la comprobación de la obra como momento de inicio del plazo de explotación y la entrega de la misma a la finalización de la concesión. Estos aspectos están regulados en el artículo 227 LCSP que no tiene carácter básico, por lo que sería conveniente, en aras de la seguridad jurídica, que se hiciera una regulación más completa, recogiendo cuestiones tales como el contenido de

las actas, personas llamadas a su formalización, consecuencias derivadas de las mismas etc.

III. CONCLUSION

Se informa favorablemente el proyecto de Decreto sobre aplicación del contrato de concesión de obra pública para la creación, modernización y mejora de regadíos, en tanto se incorporen las sugerencias y observaciones realizadas, y en especial las relativas a la relación con sus medios propios y el sistema de retribución del contrato.

Informe 10/2011, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 6 de abril de 2011.