

INFORME 26/2024, DE 18 DE NOVIEMBRE, SOBRE LA DIFERENCIA ENTRE EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRAS Y EL DE CONCESIÓN DE SERVICIOS.

I.- ANTECEDENTES

El presidente de la Diputación Provincial de Huelva, solicita informe a esta Comisión Consultiva en los siguientes términos:

“La Diputación Provincial de Huelva tiene adjudicado el Servicio Provincial de Transporte Tratamiento de residuos no peligrosos de la Provincia de Huelva (en adelante el Servicio Provincial), que da servicio a la totalidad de municipios de la provincia, mediante contrato de Gestión de Servicio, con vencimiento en octubre del presente ejercicio.

Por acuerdo de Presidencia n.º 1707/2021 de 25 de agosto de 2021 se realiza encargo al medio propio personificado TRAGSATEC para la elaboración de Plan Estratégico del Servicio de Transporte y Tratamiento de residuos, en virtud del cual se determina la necesidad de acometer una profunda remodelación de las actuales instalaciones.

Del mismo modo, el Plan Estratégico establece como una de sus principales conclusiones que es fundamental para la provincia de Huelva asegurar que se dispone de una capacidad de tratamiento suficiente para procesar la totalidad de flujos recogidos, con ratios de recuperación adecuados. Para ello es imprescindible implementar la modernización de las instalaciones del Servicio Provincial que integre las últimas tecnologías disponibles para el tratamiento de residuos y que permita maximizar la recuperación de materiales, dirigiendo a vertedero únicamente la fracción de rechazo no valorizable.

Se estima a priori que el coste necesario para acometer estas mejoras, para remodelar el Servicio Provincial completo, el importe calculado en una primera fase, se estima que alcanzaría asciende más de 47 millones de euros, entre obra civil y adquisición de equipos fijos y móviles, pudiendo incrementarse estas cantidades una vez se definan de forma más detallada el alcance de las inversiones a nivel de anteproyecto.

La enorme repercusión económica de las obras propuestas en el futuro contrato para la prestación del Servicio de transporte y tratamiento de residuos nos lleva a considerar necesario optar por la gestión indirecta de la realización de obras y Explotación del Servicio Provincial mediante CONCESIÓN. Ello supone una ventaja económica para la administración, por cuanto la financiación de las obras corre a cargo del concesionario, junto al riesgo operacional de la explotación de las instalaciones.

En cuanto al riesgo operacional se refiere, el derecho de explotación de las estaciones de transferencia y centros de tratamiento de residuos implica la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de las obras acometidas. El riesgo abarca la demanda del bien producido (materiales reciclables, así como el compost y el bioestabilizado obtenidos por el tratamiento de la fracción orgánica y resto, además del aprovechamiento energético del biogás), el de suministro (residuos municipales a tratar en las instalaciones), o ambos.

En este sentido, esta cuestión nos lleva también a abordar la existencia o no de riesgo operacional, inherente a la concesión. Dicho riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al control de las partes (Diputación y Concesionario). En este caso el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado consiste fundamentalmente en un riesgo de demanda, dado que puede venir por una menor demanda real por parte de los municipios, o por un menor volumen de residuos, en función de las políticas de gestión que los mismos adopten. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, se ha tomado en



consideración, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario y las previsiones de utilización, pero ello no quiere decir que la demanda se comporte necesariamente de ese modo, consistiendo en ello el riesgo operacional.

Existe también «riesgo de oferta», relativo a que el riesgo de que la prestación de los servicios, por parte de la concesionaria, que no llegue a cubrir la demanda del tratamiento adecuado de los residuos municipales generados por los municipios de la provincia. Así el riesgo concesional que asume en concesionario viene determinado también por el alcance de los objetivos derivados de la correcta explotación, y de la obtención de los ingresos que se producen por la recuperación de los materiales obtenidos en los diferentes flujos, con los porcentajes de efectividad y rendimiento que se exponen en los anteproyectos.

El traslado al concesionario del riesgo operacional tanto por la entrada de residuos, como por la valorización de los mismos que haga el concesionario, implica que no está garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras.

Se indican las principales ventajas que avalan la gestión indirecta mediante concesión:

- La Administración no actúa en la gestión del servicio público a través de su propia estructura u organización burocrática. La diversidad de actuaciones a llevar a cabo que abarca la prestación integral del servicio público demanda una organización dinámica y especializada en la gestión y explotación del servicio, y ágil en la tramitación de los procedimientos de compra. La gestión indirecta permite gestionar la compra de energía y de materiales, así como las subcontrataciones, de manera más ágil y a precios más competitivos.

- Igualmente la gestión indirecta permite agilidad en la contratación y gestión del Personal. Existe una mayor flexibilidad en las posibles modificaciones de la dedicación de medios humanos al servicio que se presenten durante el desarrollo del contrato.

- Aprovechamiento del Know-How del concesionario. La explotación de las instalaciones, orientada a maximizar la eficacia y eficiencia de los servicios prestados, pondrá en juego por parte de concesionario la experiencia acumulada y el mejor desempeño posible, en aras de incrementar la rentabilidad de la concesión y evitar los riesgos operacionales asumidos.

- Se requiere de capacidad financiera que asegure la viabilidad económico-financiera y rentabilidad de la prestación, que la aportaría el concesionario. Ello permite moderar en gran medida el esfuerzo financiero de la Diputación Provincial de Huelva, necesario para el desarrollo del servicio, lo que contribuye al cumplimiento de los objetivos de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.

- Se traslada el riesgo operacional implícito en la gestión del servicio a un gestor especializado. El concesionario ha de cumplir el contrato tal como se establezca en los pliegos.

- La Diputación de Huelva se reserva las facultades de policía al tratarse de servicios públicos, de modo que no se mantendría al margen de la prestación de su competencia.

- Por último, la modalidad contractual de concesión sea de obra o de servicios con ejecución de obras, no afecta a la titularidad pública de las instalaciones ni al carácter de servicio público que se desarrollen en las mismas.

Previo a la licitación de la Concesión, se inician las actuaciones preparatorias de elaboración de un Estudio de Viabilidad económica, y por otra parte de un anteproyecto global de construcción y explotación de la totalidad de las instalaciones del Servicio Provincial, que sirva para delimitar las directrices maestras de todas las actuaciones a realizar.



Mediante Resolución de Presidencia N.º 1031/2023 de 30/03/2023, se ordenó la elaboración del Estudio de Viabilidad para la contratación de las **OBRAS Y EXPLOTACIÓN DEL SERVICIO PROVINCIAL DE TRANSPORTE Y TRATAMIENTO DE RESIDUOS NO PELIGROSOS DE LA PROVINCIA DE HUELVA, como CONCESIÓN.**

El objeto principal del nuevo contrato consistirá en continuar la prestación del Servicio Provincial de Transporte y Tratamiento de Residuos, que abarca los siguientes servicios:

1. Gestión y explotación de los Centros de tratamiento de residuos (CTR) de Villarrasa y Andévalo, con vertedero de apoyo en la primera.
2. Gestión y explotación de las Estaciones de Transferencia de residuos no peligrosos, situadas en La Redondela, Linares de la Sierra, El Campillo, La Alquería (Huelva) y Almonte, que componen el Servicio de Transferencia de residuos no peligrosos de la provincia de Huelva.
3. Operaciones de transporte de residuos no peligrosos desde las mencionadas Estaciones de Transferencia a la Planta de Tratamiento de Andévalo y Villarrasa (Servicio de Transporte de RNP).

Teniendo en cuenta, que es imprescindible implementar la modernización de las instalaciones del Servicio Provincial de forma que integre las últimas tecnologías disponibles para el tratamiento de residuos y que permita maximizar la recuperación de materiales, dirigiendo a vertedero únicamente la fracción de rechazo no valorizable, dentro de las actuaciones a llevar a cabo en el nuevo contrato se incluye la:

- La redacción de proyecto Constructivo y Ejecución de las Obras de mejoras del Servicio Provincial en todas las instalaciones del Servicio.

En este sentido, la puesta en marcha del nuevo Servicio Provincial se realizará en dos periodos:

- Un periodo de preexplotación, durante el cual, la empresa adjudicataria procederá a:

- La redacción de proyecto Constructivo y Ejecución de las Obras de mejoras del Servicio Provincial en todas las instalaciones del Servicio.
- Comenzará la prestación de la explotación de las instalaciones existentes, que tendrá que compatibilizar con la ejecución de las obras.

- Un periodo de explotación, durante el cual, la empresa adjudicataria procederá a:

1. Gestión y explotación de los Centros de tratamiento de residuos (CTR) de Villarrasa y Andévalo, con vertedero de apoyo en la primera.
2. Gestión y explotación de las Estaciones de Transferencia de residuos no peligrosos, situadas en La Redondela, Linares de la Sierra, El Campillo, La Alquería (Huelva) y Almonte, que componen el Servicio de Transferencia de residuos no peligrosos de la provincia de Huelva.
3. Operaciones de transporte de residuos no peligrosos desde las mencionadas Estaciones de Transferencia a la Planta de Tratamiento de Andévalo y Villarrasa (Servicio de Transporte de RNP).

En los trabajos previos que se están desarrollando, se ha estimado la duración de la concesión, en la que se establecen los siguientes plazos:

- Proyecto: 6 meses desde la formalización del contrato

- Ejecución de la obra: 18 meses desde la firma del acta de comprobación de replanteo

- Explotación: 11-16 años desde la firma del acta de inicio de explotación.



La duración del contrato finalmente se decidirá para coincidir con la vida útil de los nuevos equipos de las instalaciones, así como para dar viabilidad económica a que la empresa adjudicataria realice inversiones en el servicio y disponga de tiempo para su amortización, sin que suponga para la Diputación un incremento no asumible de la cantidad que debe abonar por el tratamiento, eliminación e impuesto a vertedero de los residuos generados por los municipios de la provincia y sin que tenga que aportar recursos para la ejecución de las obras.

El adjudicatario recibirá por la ejecución de las obras y explotación de las instalaciones, una contraprestación económica y el derecho a explotar las mismas. Ello supone una ventaja económica para la administración, por cuanto la financiación de estas obras corre a cargo del concesionario, junto al riesgo operacional de la explotación de las instalaciones.

La contraprestación del adjudicatario por la ejecución de las obras y explotación de las instalaciones consistirá en un precio por tonelada de residuo que gestione. Se estima que se gestionarán en torno a 278.000 toneladas de residuos/año, pudiendo ascender el precio (IVA INCLUIDO) a 66,60 €/T, para un periodo aproximado de 11 años y a 60,42 €/T en el caso de aumentar el periodo de explotación hasta los 16 años.

Desde el Servicio de Medio Ambiente y Energía con la finalidad de conocer los aspectos fundamentales de las obras a acometer y para tener un avance del presupuesto de ejecución de las obras, así como de los costes de explotación asociados al Servicio Provincial, se ha procedido a la contratación de diferentes consultoras especializadas, las cuáles han preparado una valoración de los costes asociados al nuevo contrato, a modo de orientación mientras se elaboran y aprueban de forma definitiva el estudio de viabilidad y el anteproyecto de obras y explotación del Servicio Provincial.

Se han realizados los cálculos en dos escenarios, con periodos de explotación distintos, en las que puede observarse que los costes asociados a la explotación del nuevo servicio suponen un 45% de los costes totales del nuevo contrato, en el caso de que la duración del contrato ascienda a los 11 años, aumentando hasta un 50% en el caso de aumentar el plazo de duración del contrato a 16.

PERIODO DE EXPLOTACIÓN 11 AÑOS			
CONCEPTO	Importe anual (€)	Importe anual (€) CON IVA (10%)	% sobre el total anual
Costes de explotación	7.627.303	8.390.033	45 %
Amortización y financiación en inversiones en 11 años	6.093.296	6.702.626	36 %
Impuesto de vertido	3.110.695	3.421.765	18 %
Total Anual	16.831.294	18.514.423	100 %
Total (11 años)	185.144.230,67	203.658.653,74	
CONCEPTO		Importe anual (€)	Importe anual (€) CON IVA
Precio (€/Tn*)		60,54	66,60
* Estimación de entrada anual de 278.000 toneladas			



PERIODO DE EXPLOTACIÓN 16 AÑOS			
CONCEPTO	Importe anual (€)	Importe anual (€) CON IVA (10%)	% sobre el total anual
Costes de explotación	7.627.303	8.390.033	50 %
Amortización y financiación en inversiones en 16 años	4.532.984	4.986.282	30 %
Impuesto de vertido	3.110.695	3.421.765	20 %
Total Anual	15.270.982	16.798.080	100 %
Total (16 años)	244.335.712	268.769.283	
CONCEPTO	Importe anual (€)	Importe anual (€) CON IVA	
Precio (€/Tn*)	54,93	60,42	
* Estimación de entrada anual de 278.000 toneladas			

Visto cuanto antecede, esta entidad entiende justificada la elección de la gestión indirecta del servicio mediante Concesión, pero se duda sobre la tramitación del expediente como CONCESIÓN DE OBRAS o como CONCESIÓN DE SERVICIOS, habida cuenta de la envergadura de las obras a ejecutar, y considerando que la regulación de ambos es bastante semejante en cuanto a sus líneas principales y, sobre todo, en un elemento sustancial: la necesidad en ambos de la transferencia del riesgo operacional al concesionario. Como también son comunes los umbrales cuantitativos para estar sujetos a regulación armonizada.

El contrato de estos dos que es paradigmático en cuanto a su regulación es el de concesión de obras. Así el artículo 297 de la nueva Ley establece el carácter supletorio de las normas del contrato de concesión de obras para el contrato de concesión de servicios y hay -además- otros preceptos en los que se hace remisión expresa de la regulación de éste a la de aquel.

Para el caso que nos ocupa, el planteamiento puede tener las dos siguientes vertientes:

- El concesionario ha de ejecutar obras de envergadura y encargarse de su mantenimiento, además de explotarlas para prestar el Servicio Provincial (concesión de obras), o
- El concesionario ha de encargarse de la correcta explotación, gestión y prestación del Servicio Provincial, previa realización de importantes obras de remodelación y modernización, que deberá mantener durante la explotación del servicio (concesión de servicios).

La Comisión Consultiva de Contratación Pública tiene como finalidad la de informar sobre cualquier asunto en materia de contratación del sector público, como se establece en el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa.

Así mismo, dispone el apartado 2º del artículo 1º de la misma norma que la Comisión podrá ser consultada por las entidades que integran la Administración Local en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía, por las universidades públicas andaluzas y por las organizaciones empresariales con representatividad en la Comunidad Autónoma de Andalucía en los distintos sectores afectados por la contratación del sector público.

CUESTIÓN QUE SE SOMETE A CONSULTA

A la vista de lo expuesto, la cuestión que se somete a la consideración de este órgano consultivo es si procede la tramitación de una licitación como la expuesta, bien como CONCESIÓN DE OBRAS, o bien como CONCESIÓN DE SERVICIO, en virtud de la interpretación general de las normas en materia de contratación pública que dicho órgano realice”.



II.- INFORME

1. La entidad consultante somete a consideración de esta Comisión Consultiva la tramitación de la licitación de su servicio provincial de transporte y tratamiento de residuos no peligrosos, bien como contrato de concesión de obras, o bien como contrato concesión de servicios, habida cuenta de la envergadura de las obras a ejecutar, y considerando que la regulación de ambos tipos de contratos es bastante semejante en cuanto a sus líneas principales.

La primera cuestión que procede aclarar a este respecto es que, de acuerdo con el criterio reiteradamente sentado (Informes 5/2007, 6/2007 y 6/2009), la Comisión Consultiva únicamente puede evacuar informes sobre cuestiones de contratación pública que revistan carácter general, careciendo de competencia para emitir informes en relación con expedientes concretos o un contrato en particular o sobre cláusulas específicas a incluir en los pliegos, salvo los supuestos específicos a que se refiere el artículo 2 del Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regulan la organización y funciones de este órgano consultivo, cuestiones todas ellas para las cuales las entidades públicas disponen del correspondiente servicio o asesoría jurídica.

Tampoco compete a este órgano consultivo asesorar jurídicamente a la entidad solicitante para la toma de decisiones en sus expedientes contractuales.

En consecuencia, esta Comisión no va a resolver la cuestión específica y concreta planteada respecto a la calificación del contrato proyectado como contrato de concesión de obra o concesión de servicio, sino que, en congruencia con lo antes expuesto, reconducirá la consulta a los términos generales en que debemos pronunciarnos.

Se hace constar igualmente que los términos de la consulta dan por sentada la procedencia de la calificación del contrato como de concesión, entendiéndose que se produciría en todo caso la transferencia del riesgo operacional a la concesionaria. Esta Comisión no ha sido consultada sobre la procedencia de este extremo, por lo que de su respuesta no puede deducirse en ningún caso una confirmación de aspectos sobre los que no ha sido consultada.

2. La cuestión general que se abordará en el presente informe es la diferencia entre el contrato de concesión de obra y el de concesión de servicio.

De conformidad con lo establecido en el artículo 14 LCSP, el **contrato de concesión de obras públicas** es aquel que tiene por objeto la realización por la persona concesionaria de una obra (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 la persona concesionaria consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.

Las características del contrato de concesión de obras son las siguientes:

- Interés por parte de la Administración contratante de que se acometa la construcción de una obra pública y que ésta sea susceptible de explotación por parte del contratista.
- La necesaria asunción por parte de la persona contratista de la financiación, total o parcial, de una obra pública.
- La obra debe ser susceptible de explotación. El derecho de explotación de las obras deberá implicar la transferencia a la persona concesionaria de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que la persona concesionaria 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

El artículo 15.1 LCSP define el **contrato de concesión de servicios** como aquel 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. El derecho de explotación de los servicios implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional.

Se tiene que tratar de un servicio de la titularidad o competencia de la Administración, que sea susceptible de explotación económica por particulares, y que no podrá implicar, en ningún caso, ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, y en la que esa explotación de los servicios implicará necesariamente la transferencia a la persona concesionaria del riesgo operacional de demanda, de suministro, o de ambos.

El contrato de concesión de servicios puede comprender en su objeto, además de la actividad de prestación del servicio, la ejecución de obras necesarias para la prestación del mismo, en cuyo caso, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 285.2 LCSP, *“la tramitación de aquel irá precedida, además, cuan Eldo proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248.1, de la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras”*.

Como puede observarse, la regulación de ambos tipos de contratos es muy semejante y el elemento más importante y que los distingue de sus homólogos no concesionales -el contrato de obras y el contrato de servicios-, que es la transferencia del riesgo operacional a la contratista-concesionaria, es común a ambos, como también son comunes los umbrales cuantitativos para estar sujetos a regulación armonizada. No es tarea fácil diferenciar conceptualmente uno de otro a la hora de calificar un concreto contrato como de concesión de obras o como de concesión de servicios.

Si bien podría entenderse que el principal criterio diferenciador es que el contrato de concesión de obra requiere de la construcción de una infraestructura, la realidad práctica viene a establecer un terreno de indefinición entre ambas figuras, por cuanto en la concesión de obras públicas se estipula como retribución del concesionario la explotación de la obra misma y en la concesión de servicios se puede prever que el concesionario esté obligado a ejecutar ciertas obras previas para la instalación del servicio.

Por ello, para establecer claramente los límites entre uno y otro contrato debe tenerse en consideración cuál es el **objeto de la concesión**:

- a) En la concesión de obras el objeto lo constituye la ejecución de una obra, pactándose como retribución la explotación de esta durante un período de tiempo.
- b) En la concesión de servicios el objeto está constituido por la explotación del servicio en sí mismo, consistiendo la retribución de la concesionaria en el importe de las tarifas que los usuarios deben pagar, acompañadas o no de un precio a abonar por la Administración. Lo anterior no obsta que concurra el supuesto en el que el contrato de concesión de servicios requiere de obras, con carácter previo al comienzo de la explotación, las cuales también serán a cargo del concesionario.

Por tanto, el elemento diferenciador se encuentra en el objeto de la concesión. Esto es, si el objeto de la misma es la construcción, actualización o mantenimiento de los elementos construidos, aunque conlleve la explotación de ésta, la concesión será de obra. Y si el objeto de la concesión es la explotación o prestación



del servicio, aunque puede conllevar la ejecución de alguna obra necesaria para ello, la concesión será de servicios. No obstante, en aquellos casos en los que la explotación del servicio requiera la ejecución de obras, estas tendrán un carácter accesorio y una entidad económica menor.

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 establece en su **artículo 20** el criterio determinante del régimen jurídico aplicable a la adjudicación de la misma en los siguientes términos:

“Las concesiones cuyo objeto sean tanto obras como servicios se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de concesión predominante en el objeto principal del contrato”.

Como se aprecia de la lectura del precepto, La Directiva 2014/23/UE parece dar carta de naturaleza a la existencia de “concesiones mixtas”, las cuales se regirán en cuanto a su adjudicación por las disposiciones aplicables al tipo predominante. Sin embargo, en la transposición de la Directiva que ha llevado a cabo el legislador estatal, por las razones que luego se verán, no parece contemplarse esa posibilidad, debiendo catalogarse la concesión como de obra o de servicios en función de cual sea el objeto de la misma.

Se ve refrendado este criterio en el **Informe 49/09, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 26 de febrero de 2010**, relativo a la «Calificación de un contrato cuyo objeto es la construcción dentro de un bien de dominio público de las instalaciones precisas para explotar un servicio de hostelería. Cesión del contrato. Régimen transitorio», cuya consideración jurídica tercera interesa traer a colación:

“3. La segunda de las cuestiones, naturaleza jurídica de la relación contractual establecida es básica para dar contestación a la segunda de las cuestiones planteadas, razón por la cual debe resolverse previamente.

La cuestión de cuándo estamos ante una concesión de obra pública y cuándo ante una concesión de servicios es fundamental a efectos de poder determinar el régimen jurídico aplicable. Ciertamente esta no es una labor que pueda llevarse a cabo sin dificultad, pues tanto la legislación actualmente en vigor como la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al referirse a una y otra modalidad de concesión administrativa ponen de manifiesto los puntos de contacto que existen entre ambas.

En principio, parece que debemos considerar como concesión de obras aquella que tiene por objeto la construcción de una obra pública y como concesión de servicios aquella cuyo objeto es la gestión de un servicio público. Sin embargo, la realidad viene a establecer un terreno de confusión entre ambas figuras por cuanto en la concesión de obras públicas se estipula como retribución del concesionario la explotación de la obra misma, y en la concesión de servicios públicos se prevé que el concesionario esté obligado a ejecutar ciertas obras previas para la instalación del servicio.

Para establecer claramente los límites entre una y otra debe tenerse en consideración cuál es el objeto de la concesión. Así, mientras en la concesión de obras públicas, el objeto lo constituye la ejecución de una obra de tal naturaleza, pactándose como retribución la explotación de la obra durante un periodo de tiempo, en la concesión de servicios públicos el objeto está constituido por la explotación o gestión del servicio en sí mismo considerado siendo la retribución del concesionario el importe de las tarifas que los usuarios deben pagar (sin perjuicio de ello cuando la gestión del servicio requiera la construcción de obras con carácter previo al comienzo de la explotación éstas pueden estar a cargo del concesionario también).



Es decir, el elemento diferenciador se encuentra en el hecho de que el objeto lo constituya la construcción de la obra o la explotación del servicio. En aquellos casos en que la explotación del servicio requiera la ejecución de obras de instalación, éstas tendrán un carácter accesorio y una entidad económica menor respecto de la explotación del servicio.

Este criterio debe considerarse acorde con la normativa, pues el artículo 7 de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que “la concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de [obras], 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”.

Con ello, la Ley de Contratos del Sector Público no hace otra cosa más que incorporar a nuestro derecho la definición de concesión de obras contenida en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE a cuyo tenor “la «concesión de obras públicas» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, 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”.

La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sin embargo, contiene una definición más compleja en el artículo 220, apartado 1 de conformidad con el cual la concesión de obras públicas es un contrato “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... 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, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este título”.

En realidad esta definición contiene los requisitos propios de una concesión de obras como son la existencia de una obra pública explotable y la retribución al contratista consistente en la cesión del derecho a explotarla, sin perjuicio de que además se haya incluido un supuesto como es el de explotación de obras ya construidas, de difícil encaje en este concepto.

Por otra parte, el artículo 8.1 de la Ley de Contratos del Sector Público define la concesión de servicios como un contrato “en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante”. Esta definición coincide con la que contiene el artículo 154.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que considera a las concesiones de servicios como contratos “mediante los que las Administraciones Públicas [encomiendan] a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público”. Ambas coinciden con la contenida en el artículo 1.3 de la Directiva 2004/18, a cuyo tenor “La «concesión de servicios» es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”.

Establecido, por tanto, el criterio general para distinguir entre uno y otro tipo de concesión, queda ahora por dilucidar si en el caso de construcción, dentro de un bien de dominio público preexistente (en el caso que analizamos, una piscina), de una instalación para destinarla a prestar servicio de restauración a los usuarios estamos ante una concesión de obras o de servicios.



Siguiendo el criterio anterior, debemos considerar que la finalidad de la concesión que se contempla es sin duda alguna la prestación de un servicio adicional al que ya presta de por sí la propia piscina. Y de ello, debemos deducir que estamos ante una concesión de servicios pues la prestación del servicio de restauración constituye el objeto fundamental del contrato, siendo meramente accesorio el hecho de que deba acondicionarse el recinto para la prestación del mismo.”

La definición de lo que haya de considerarse “objeto de la concesión” a efectos de su catalogación como de obra o de servicio, corresponde en exclusiva al órgano de contratación que, a la hora de definir el objeto del contrato, ostentará cierto grado de apreciación discrecional que deberá aplicar, en todo caso, de forma motivada.

Concedemos que habrá casos en los que el halo del concepto “objeto de la concesión” sea más amplio, debiendo ser la motivación en la determinación de la naturaleza jurídica del concepto la que mida el acierto de ese ejercicio de catalogación, para el que no habrá de atenderse a las reglas que para los contratos mixtos establece el artículo 18 de la LCSP, pues -como se anticipó- el legislador no ha querido contemplar una regla específica para este supuesto. Dicho de otro modo, no existe en nuestro ordenamiento jurídico el contrato mixto de concesión de obra y servicio.

III.-CONCLUSIÓN

La principal diferencia entre el contrato de concesión de obras y el contrato de concesión de servicios se encuentra en cuál es el objeto de la concesión. Esto es, si el objeto de la misma es la construcción, actualización o mantenimiento de los elementos construidos, aunque conlleve la explotación de la obra, la concesión será de obra. Y si el objeto de la concesión es la explotación o prestación del servicio, aunque puede conllevar la ejecución de alguna obra necesaria para ello, la concesión será de servicios. No obstante, en aquellos casos en los que la explotación del servicio requiera la ejecución de obras, estas tendrán un carácter accesorio y una entidad económica menor.

Es todo cuanto se ha de informar.