

Informe 12/10, de 23 de julio de 2010. «Diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios».

Clasificación de los informes: 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.1. Contratos administrativos. 2.1.2. Contratos de gestión de servicios públicos. 2.1.5. Contratos de servicios.

ANTECEDENTES.

Por el Alcalde Presidente del Concello de Pontevedra se formula la siguiente consulta:

"El tradicional criterio distintivo entre los contratos de servicios y gestión de servicios, que radicaba en el receptor directo de la prestación (Administración o particulares), debe ser corregido a la vista de los pronunciamientos de la JCCA, con la LCSP en vigor.

Así, en su informe 04/08, de 28 de julio de 2008, "Calificación por su objeto de diversos contratos administrativos", la JCCA precisa:

"Por otra parte, los artículos 251 y 255 de la Ley de Contratos del Sector Público aportan nuevos elementos que sirven para determinar qué servicios de los prestados por los Administraciones Públicas son susceptibles de gestionarse indirectamente. A tal respecto será preciso:

1 °) Que se trate de servicios susceptibles de ser explotados por los particulares.

2º) Que no implique ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

3º) Que el contratista que lo explote tenga encomendada la organización y prestación del servicio conjuntamente.

Pues bien, cuando concurren estos tres requisitos junto con la creación de una relación jurídica de carácter contractual de la que nace el derecho del particular a la explotación del servicio en sustitución de la entidad titular del mismo, y en la que dicha gestión se realiza a riesgo y ventura del contratista, nos encontramos ante la figura de una concesión de servicios públicos.

Por el contrario, en aquellos casos en que se encomiende al contratista el desempeño de las actividades precisas para la prestación del servicio sin asumir la organización ni el riesgo derivado de ello, estaremos ante un contrato de servicios, meramente".

Criterio anterior que viene en ser confirmado por el informe 65/08, de 11 de marzo de 2009, de la misma JCCA, "Calificación del contrato administrativo para el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio":

"Resulta así que la gestión indirecta de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista por así decirlo actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios el contratista se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio".

Así expuesto, son frecuentes los contratos en los que este Ayuntamiento encomienda la prestación de un determinado servicio (gestión de ludotecas, de local municipal de música, etc.), asumiendo la contratista la organización de dicha gestión (de hecho se valora la presentación del proyecto o memoria de su desarrollo), con medios propios y bajo su responsabilidad. El Ayuntamiento, obviamente, se reserva facultades de fiscalización o control, y fija unos mínimos, pero no ostenta la organización de dicho servicio, el contratista no se configura como un elemento auxiliar o complementario de una organización previamente creada, sino que él crea y gestiona la organización.

El problema surge cuando, también frecuentemente, no se establecen tarifas por dichos servicios, o establecidas el contratista no se retribuye en función de las mismas, sino por una cantidad o precio fijo que se establece en el contrato. A la vista del art. 257 de la LCSP, y como se pone de manifiesto en los informes mencionados y transcritos parcialmente, parece que el riesgo en la prestación es un elemento consustancial de la concesión, de tal forma que éste, el concesionario, debe retribuirse en función de la utilización del servicio (art. 257.1), aún cuando esta retribución la perciba de la Administración.

Con el fin de solventar lo expuesto el Ayuntamiento configura alguno de estos contratos como administrativo especial, dada la (a nuestro modo de ver) innegable vinculación con una "finalidad pública de la específica competencia" municipal (art. 19.1 b) LCSP).

En consecuencia, se solicita el parecer de esa JCCA sobre la adecuada calificación jurídica de los contratos mencionados y, en general, todos aquellos en los que, si bien la organización y gestión del servicio (bajo el control municipal) se asume por la contratista (a modo de concesión), las retribuciones se establecen de un modo cierto, fijo, independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios, con lo que el principio de riesgo y ventura se limita seriamente.

Piénsese, por poner un ejemplo, cuál sería la conceptualización adecuada de un contrato de gestión del servicio de recogida de residuos sólidos urbanos en el que se le atribuye la gestión integral del servicio, pero se cobra a tanto alzado por meses, bimestral o trimestralmente, con independencia del quantum de la recaudación por las correspondientes tasas".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

1. Plantea el Presidente del Concello de Pontevedra una cuestión de importancia trascendental en el ámbito de la contratación cual es el establecimiento de una línea diferenciadora entre las concesiones de servicios públicos y aquellos otros contratos en que la Administración encomienda la gestión de un servicio al contratista pactando un modo de retribución que excluye la asunción del riesgo de explotación por parte de éste.

Es cuestión trascendental desde el punto de vista del régimen jurídico de la contratación pública porque de la concepción de la relación jurídica en cuestión como concesión de servicios públicos o no depende su exclusión o no de la aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada. En efecto la Ley de Contratos del Sector Público, siguiendo en ello la pauta marcada por la Directiva 2004/18/CE, considera como contratos sujetos a regulación armonizada, o lo que es lo mismo a las exigencias contenidas en la citada Directiva, a los contratos de obras, de concesión de obras, de suministro y de servicios que, sin perjuicio de algún otro requisito, superen los umbrales establecidos en la Directiva y recogidos en la Ley.

Por el contrario, el contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, la concesión como una modalidad del mismo no está en ningún caso sujeto a regulación armonizada y, por consiguiente, queda exento del citado régimen.

Esta ha sido la razón por la que tanto la Directiva 2004/18/CE como la Jurisprudencia del Tribunal de las Comunidades Europeas han definido y configurado la concesión de servicios en la forma que han considerado más adecuada.

Las ideas fundamentales a través de las cuales la Jurisprudencia del Tribunal ha configurado la concesión de servicios se han condensado básicamente en la asunción del riesgo de explotación por parte del concesionario y ello ha llevado a la tantas veces mencionada Directiva a definirla como *"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"* (art. 1.4).

Esta definición, sin embargo, debe ser completada con otras ideas básicas expresadas también por la Jurisprudencia:

a) La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.

b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.

c) La concesión administrativa de servicios públicos comporta la transferencia al concesionario de la organización del servicio, sin perjuicio naturalmente de las potestades de policía que sobre el mismo corresponden a la Administración concedente. Esta potestad

organizativa es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación, pues, esta última requiere dotar al concesionario de la libertad de organización necesaria para establecer el modo de llevar a cabo la explotación que le pueda resultar más acorde con su propia concepción de la empresa.

El conjunto de ideas anterior es recogido por nuestro legislador con carácter disperso a través de varios artículos de la Ley de Contratos del Sector Público: artículo 8, (*"El contrato de gestión de servicios públicos es aquél 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"*), artículo 251, (*"La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos"*) y artículo 253: (*"La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades: a) Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura"*). Se deduce de los anteriores preceptos, en primer lugar que al encomendarse al particular la gestión del servicio este asume la organización del mismo, en segundo lugar que el servicio debe ser susceptible de explotación empresarial y por último que el concesionario debe asumir el riesgo de la explotación.

2. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean *"prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro"* (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma.

Cuando no sea así, es decir cuando la prestación no pueda incluirse dentro de ninguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley, el contrato, si reúne los requisitos del artículo 19.1 b) lo que ocurrirá normalmente si se trata de la asunción de la gestión de una actividad considerada como propia de la competencia de la Administración contratante, deberá ser calificado como contrato administrativo especial.

3. Una consideración de especial importancia ha de realizarse sobre los contratos de gestión de servicios públicos en tanto se vinculan expresamente con las concesiones de servicios, como es que para que puedan ser calificados como tales es requisito imprescindible que el carácter de servicio público haya sido especificado en una norma vigente, exigencia que se describe en el artículo 116 de la Ley: *"Antes de proceder a la contratación de un servicio público, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio"*, precepto que impide que se acuda a la figura de concesión de servicio de manera indiscriminada.

CONCLUSIONES.

1. El contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública, no podrá ser calificado como

concesión de servicios si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, es decir cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios.

2. Los contratos que tengan dicho objeto podrán ser calificados en tal caso como contratos de servicios si su objeto puede ser subsumido dentro de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público y fuera de dichos casos como contratos administrativos especiales.