

**Informe 16/12, de 27 de septiembre de 2012. “Calificación de un contrato por el que se cede la explotación de una instalación deportiva. Calificación de un contrato por el se cede el uso privativo de una parcela de dominio público para la instalación de equipamiento de telecomunicaciones.”**

Clasificación de los informes. 2. Calificación y régimen jurídico de los contratos. Objeto de los contratos. 2.2. Contratos privados.

## **ANTECEDENTES.**

Por el Director General de Tributos del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito de consulta:

“Con fecha 26 de enero de 2012, tuvo entrada en esta Dirección General un escrito por el que se formula una consulta sobre la calificación de dos contratos suscritos *por un Ente Público, a efectos de su tributación en el Impuesto sobre el Valor Añadido.*

*Para poder resolver esta consulta y otras que pudieran formularse en un futuro, es necesario delimitar previamente la naturaleza de dichos contratos, con el fin de determinar lo siguiente:*

*a) Si un contrato por el que se cede la explotación de un gimnasio municipal y en virtud del cual el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, puede calificarse como contrato de gestión del servicio público y, en caso afirmativo, si puede instrumentarse mediante la modalidad de arrendamiento o bien si debe efectuarse mediante la modalidad de concesión administrativa.*

*b) Si un contrato por el que se cede el uso privativo de una parcela de dominio público para destinarla a la instalación y puesta en funcionamiento de equipos de telecomunicaciones y, especialmente, de amplificación en línea de señales de telecomunicación, debe calificarse como un contrato de concesión de obras públicas o como un contrato de arrendamiento,*

*Es por ello que, en virtud de lo previsto en el artículo 324 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el artículo único del Real Decreto Legislativo 312011, de 14 de noviembre, se solicita informe de esa Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado”.*

Adicionalmente como documentación aneja se remite: el escrito que el Ayuntamiento de Banyeres del Penedès (Tarragona) dirige a la Dirección General de Tributos, el documento de “formalización del contrato de gestión del servicio público del gimnasio municipal mediante la modalidad de arrendamiento “de fecha 1 de diciembre de 2009 y el “contrato de concesión para uso privativo de la parcela C de dominio público” de fecha 1 de agosto de 2002.

## **CONSIDERACIONES JURÍDICAS**

1. El Director General de Tributos consulta acerca de la naturaleza jurídica de dos contratos bien diferenciados.

2. El primero de ellos, conforme a su estipulación primera, tiene por objeto “la gestión del servicio público de gimnasio municipal, que compone la sala de actividades dirigidas, la sala de musculación, la sauna y los vestidores.”

Como forma de retribución del contratista se fijan unas tarifas pagaderas por los usuarios del servicio en función del mayor o menor uso que hagan del mismo.

Asimismo se establece un canon mensual mínimo a satisfacer por el concesionario al Ayuntamiento, independientemente del nivel de uso del servicio, con un período de carencia de 24 meses a contar desde la iniciación de la prestación del servicio.

El contrato tiene una duración inicial de cuatro años con posibilidad de prórroga de dos años previo acuerdo.

3. El contenido descrito, según consta en el documento de formalización del contrato que se no ha remitido, es susceptible de calificarse jurídicamente como propio de un contrato de gestión de servicio público.

Recordemos que, tal y como ha manifestado esta Junta Consultiva en numerosos informes, entre los cuales cabe destacar el informe 60/11 dictado en respuesta a otra consulta del Director General de Tributos, estaremos ante un contrato de gestión de servicio público cuando se cumplan los requisitos que se derivan de los artículos 132 y 275 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y que han sido objeto de amplia elaboración doctrinal, esto es: la “publicatio” de la actividad o declaración de la misma como “servicio público”, la determinación de su régimen jurídico de manera que se haga la correspondiente atribución competencial al Ayuntamiento y se establezca el alcance de las prestaciones a favor de los administrados, que la actividad sea susceptible de explotación económica y, por último, que su prestación no implique el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

Considerada la naturaleza de la actividad objeto del contrato y el artículo 25.2. m) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local, esta Junta Consultiva entiende que la misma es susceptible de cumplir los cuatro requisitos enumerados en el párrafo anterior. No obstante, la atribución a los municipios que el artículo 25.2. m) hace de las “actividades o instalaciones culturales o deportivas” debe ser completada con la legislación autonómica correspondiente.

4. Asumiendo que la legislación autonómica confirma la “publicatio” del servicio y la atribución competencial al Ayuntamiento, procede entonces considerar si este contrato de gestión de servicio público puede adoptar la modalidad de arrendamiento, como declara su estipulación primera, la cual reza: “la explotación del servicio se realizará mediante la modalidad de arrendamiento por la cual el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura, disponiendo de las instalaciones anteriormente descritas con el mobiliario que se relaciona en el anexo”.

La respuesta ha de ser necesariamente negativa, toda vez que el arrendamiento como forma de gestión de servicios públicos, pese a que figura en el artículo 113 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, aprobado mediante Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante, RSCCLL), debe considerarse suprimido. En este sentido ya declaró esta Junta Consultiva en su informe 24/05, de 29 de junio de 2005, lo siguiente: “(...) ya que el artículo 156 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas omite la mención del arrendamiento como modalidad de gestión de servicio público a diferencia de lo que sucedía con el artículo 85.4.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, mención del arrendamiento, hoy derogada por la nueva redacción, que al citado artículo 85 ha dado la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas para la modernización del Gobierno Local. Desde el punto de vista reglamentario se llega a idéntica conclusión de la derogación o supresión del arrendamiento como forma de gestión de los servicios públicos locales ya que la disposición derogatoria única del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, deja subsistente el Título III del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, sólo en cuanto no se opongan a la Ley y los artículos 138 a 142 del citado Reglamento que se refieren al arrendamiento, son contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto no menciona esta modalidad de gestión de servicio público”.

Esta conclusión se vio confirmada en la Ley de Contratos del Sector Público por su Disposición Final 1ª, que, al modificar el artículo 85 de la Ley de Bases de Régimen Local, no introdujo el arrendamiento como forma de gestión indirecta, y se limitó a actualizar la remisión que antes se hacía al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a la nueva Ley de Contratos del Sector Público, ahora sustituida por el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. En cualquier caso, tanto la derogada Ley de Contratos del Sector Público como el actualmente vigente Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público omiten, al referirse a las modalidades de gestión de los servicios públicos, toda referencia al arrendamiento.

Así, cabe concluir que el arrendamiento como forma de gestión de servicios públicos ha quedado tácitamente suprimida, debiendo entenderse, en consecuencia, tácitamente derogados los artículos 113.b) y 138 a 142, ambos inclusive, todos ellos del RSCCLL, en los términos descritos en el informe 24/05 arriba señalado. Toda vez que el contrato al cual se refiere la consulta, fue formalizado en fecha 1 de diciembre de 2009, entiende esta Junta Consultiva que le resulta de aplicación la conclusión aquí vertida.

Adicionalmente procede recordar que el artículo 253 y la Disposición Final 1ª, ambos de la Ley de Contratos del Sector Público, norma que rige el contrato a que se refiere la consulta según su estipulación 13ª, son legislación básica conforme a lo dispuesto en la Disposición Final 7ª de la Ley de Contratos del Sector Público. De lo que sigue que la conclusión de derogación tácita debe hacerse extensiva a los artículos que regulan el arrendamiento como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos en el “Reglamento de obras, actividades y servicios de las Entidades Locales” aprobado mediante Decreto 179/1995, de 13 de junio, por la Generalitat de Cataluña, entre otras normas autonómicas si las hubiere.

5. De lo anterior sigue que la autocalificación jurídica de “contrato de gestión del servicio público del gimnasio municipal mediante la modalidad de arrendamiento” no es correcta porque el régimen jurídico que rige este contrato ya no contempla el arrendamiento como modalidad de gestión indirecta de un servicio público.

A continuación resta identificar en qué modalidad de gestión indirecta de las recogidas en el artículo 253 de la Ley de Contratos del Sector Público puede tener encaje el contrato que analizamos. En este sentido entendemos que en el clausulado del contrato pueden identificarse los elementos identitarios de un contrato de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión. Así, según el criterio de esta Junta Consultiva expresado, entre otras, en el ya citado informe 6/11, conforme a la literalidad del artículo 277 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y a la doctrina de esta Junta Consultiva (informes 27/07, 4/08, 65/08, 22/09, 12/10) y del propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Ss. TJUE de 18 de julio de 2007, Asunto C-382/05, apdo. 34; de 13 de noviembre de 2008, Asunto C-437/07, apdo. 29; de 27 de octubre de 2005, Asunto C-234/03, apdo. 22, entre otras) la concesión de servicios se caracteriza porque el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura. Esto significa, según ha indicado esta Junta Consultiva, que el empresario asume el riesgo de pérdida que comporta toda explotación de negocio, del mismo modo que es consustancial al sistema que el empresario perciba los beneficios que se deriven de ella.

A efectos de determinar si hay o no hay asunción de riesgo en los términos que son característicos de la concesión, esta Junta Consultiva ha indicado (entre otros, en su informe 65/08) que habrá de atenderse a los siguientes parámetros, a saber: si se exigen o no inversiones al contratista; si el contratista asume la gestión del servicio como propia; si se hace depender la retribución de la intensidad de uso del servicio por parte de los usuarios del mismo y si se fija, alternativa o adicionalmente, al pago de tarifas por los usuarios, el abono por parte de la Administración al contratista de una cantidad fija. Éstos son parámetros para evaluar la existencia o no de la asunción del riesgo de explotación, lo cual no significa que deban darse todos al mismo tiempo para poder concluir que estamos ante una concesión.

Asimismo, hay que recordar que no es imprescindible, según ha indicado esta Junta Consultiva (entre otros, en su informe 22/09) que la retribución a percibir por el concesionario proceda directamente de los usuarios, sino que lo relevante es que su cuantía está directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario, con la demanda o con la disponibilidad del servicio.

En el caso que nos ocupa la remuneración del contratista se hace a través del pago de tarifas, prefijadas por el Ayuntamiento y debidamente actualizadas en cada momento, pagaderas por los usuarios del servicio en función del uso que le den al mismo. Adicionalmente, el contratista se

obliga a pagar al Ayuntamiento un canon mínimo mensual que si bien tiene una carencia de 24 meses, se devengará durante los siguientes 24 meses (hasta completar los 4 años de plazo inicial del contrato) y, en caso de prórroga, durante 2 años más, como máximo. Así, al estar el canon configurado como un mínimo, minora el beneficio del contratista y, por lo tanto, contribuye a acentuar el riesgo propio de la explotación económica de la prestación del servicio público en cuestión. Asimismo el contratista se obliga “a asumir bajo su riesgo y ventura las inversiones que estime convenientes” (estipulación 5.1.11).

Llegados a este punto, y en lo que respecta a la diferenciación entre el riesgo de la explotación del servicio y el riesgo general que asume cualquier empresario, procede recordar que, tal y como ha señalado esta Junta Consultiva en su informe 65/08, la simple alusión a la circunstancia de que el contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista, no implica necesariamente la configuración del mismo como concesión. Hay que distinguir entre la asunción del riesgo de la explotación del servicio, que se produce cuando se gestiona siguiendo el régimen de la concesión, y el riesgo general que asume cualquier contratista cuando ejecuta el contrato. El primero de ellos depende de una multiplicidad de circunstancias que hacen especialmente incierto el resultado de la gestión, pues el rendimiento de ésta depende de la propia forma en que el concesionario gestiona el servicio. Por el contrario, en los contratos administrativos en general, el riesgo asumido por el contratista es el que deriva de circunstancias imprevistas que afectarían a todo contrato o de su propio error de cálculo al hacer su oferta. En todo caso, el precio se pacta como retribución de una prestación cuyo destinatario es el propio órgano contratante, aún cuando el beneficiado directo por ésta pueda ser el particular. Este mismo precio, a mayor abundamiento, se fija exclusivamente en función de los costes del contrato más el margen de beneficio y no en atención al mayor o menor número de usuarios del servicio.

Así cabe concluir que atendiendo al contenido del contrato y a los criterios sentados por esta Junta Consultiva en su doctrina arriba reseñada, a efectos de determinar si hay o no asunción de riesgo en los términos que son característicos de la concesión, esta Junta Consultiva entiende que en el contrato que nos ocupa sí hay tal asunción, por lo que procede recalificar jurídicamente el citado contrato como de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión administrativa.

6. La segunda cuestión que plantea el Director General de Tributos en su consulta se refiere a la calificación jurídica de “un contrato” que tiene por objeto el uso privativo de una parcela de dominio público y de titularidad municipal por parte de una empresa privada de telecomunicaciones; estando previsto que la ocupación se haga con instalaciones y equipos de telecomunicaciones, por un período inicial de diez años, prorrogable tácitamente por períodos sucesivos de cinco años, hasta un máximo de veinte. El concesionario se obliga a pagar un canon anual fijo al Ayuntamiento y que se actualizará anualmente de acuerdo con las variaciones del IPC.

El Director General de Tributos en su consulta parte de la premisa de que estamos ante un contrato, y pregunta a esta Junta Consultiva si se trata de un contrato de concesión de obra pública o de un contrato de arrendamiento. Al respecto hay que señalar que no existe precepto alguno que determine que las concesiones demaniales hayan de generarse siempre mediante un acto unilateral no contractual, así como a la fecha del negocio objeto de consulta y en la actualidad, existían y existen preceptos que admiten la génesis de una concesión, tanto mediante acto unilateral, como mediante contrato. Al efecto, deben citarse los siguientes preceptos.

1º. Artículo 126 de la entonces vigente Ley del Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 1964, que determina: “...el contenido de los contratos o convenios que tengan por objeto la ocupación o utilización de dominio público (...), quedará sometido al principio de libertad de pactos”.

2º. Artículo 78.2 del Reglamento de Bienes de las CCLL, aprobado por Real Decreto 1372/986, de 13 de junio, que determina:

“Las concesiones se otorgarán previa licitación con arreglo a los artículos siguientes y a la normativa reguladora de la contratación de las CCLL”.

3º. Artículo 90.4 del citado RBCCLL, que determina:

“Constituida la garantía definitiva y, en su caso, pagado o consignado el valor del proyecto, se formalizará la concesión con arreglo a la normativa reguladora de la contratación de las CCLL”.

Puede, por tanto, concluirse, que resulta legal que la concesión objeto de consulta se haya calificado como contractual.

Respecto del régimen legal de esta concesión, por su fecha, se regularía por la Ley del Patrimonio del Estado, Texto Articulado de 1964, vigente en la fecha de la concesión que se consulta, pero a pesar de ello, al tratarse de dominio público local, no le era de aplicación la Ley del Patrimonio del Estado. Por tal motivo, solo se puede regir por la Ley del Patrimonio de las AAPP, que sería aplicable al dominio público local en los preceptos correspondientes que se citan en su Disposición Final Segunda, bien porque se basen en una competencia exclusiva del Estado, bien en su competencia sobre legislación básica en ciertas materias. Así, determinados usos del dominio público requieren título habilitante, sea autorización, sea concesión, pero en modo alguno ello implica que dicha Ley determine que el título de concesión haya de ser siempre un acto unilateral, y no pueda ser también contractual, lo que indudablemente es posible, no solo porque la Ley del Patrimonio de las AAPP, no lo excluye, sino también porque está vigente el citado RBCCLL.

Por todo ello podemos concluir que nos encontramos ante un contrato que tiene por objeto regular la constitución de un derecho real administrativo de uso del dominio público y el ejercicio y contenido de la relación jurídica establecida entre el titular demanial y el adjudicatario interesado en el uso del dominio público local.

## **CONCLUSIONES**

1. La autocalificación jurídica de “contrato de gestión del servicio público del gimnasio municipal mediante la modalidad de arrendamiento” no es correcta porque el régimen jurídico que rige este contrato ya no contempla el arrendamiento como modalidad de gestión indirecta de un servicio público.
2. Atendiendo al contenido del contrato y a los criterios sentados por esta Junta Consultiva en su doctrina arriba reseñada, a efectos de determinar si hay o no asunción de riesgo en los términos que son característicos de la concesión, esta Junta Consultiva entiende que en el contrato que nos ocupa sí hay tal asunción, por lo que procede recalificar jurídicamente el citado contrato como de “gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión administrativa”.
3. Respecto de la segunda cuestión, podemos señalar que el concreto negocio objeto de consulta se ha configurado como un contrato que tiene por objeto regular la constitución de un derecho real administrativo de uso del dominio público y el ejercicio y contenido de la relación jurídica establecida entre el titular demanial y el adjudicatario interesado en el uso del dominio público local.