

Informe 42/11, de 1 de marzo de 2012. Naturaleza jurídica de los contratos de transporte escolar.

Clasificación de los informes. 2.1.3 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Contratos administrativos. Objeto de los contratos. Contratos de suministro. 2.1.5 Calificación y régimen jurídico de los contratos. Contratos administrativos. Objeto de los contratos. Contratos de servicios.

ANTECEDENTES

Los presidentes de las organizaciones empresariales Federación Nacional Empresarial de Transporte en Autobús (FENEBUS) y Asociación Nacional de Empresarios de Transporte en Autocares (ANETRA) y se dirigen a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando conocer si se mantiene el criterio expresado en el informe de 17 de noviembre de 2003, expediente 40/03, en el que se indicaba que los contratos que tienen por objeto el transporte escolar han de calificarse como contratos de gestión de servicios públicos.

Aun cuando los escritos que dirigen a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa tienen fecha diferente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, procede su acumulación al coincidir en la consulta.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión que se somete a la consideración de esta Junta Consultiva versa sobre la calificación de los contratos cuyo objeto es el transporte escolar, con referencia a si el criterio expresado por la misma es susceptible de variación.

2. Es conocido que el criterio de esta Junta Consultiva es susceptible de variación cuando las normas que han de aplicarse sean diferentes por haber cambiado las mismas, opción que también puede suceder si se producen cambios normativos originados por la promulgación de normas de la Unión Europea que no son susceptibles de transposición por parte de los Estados miembros, como sucede en la promulgación de Reglamentos comunitarios que constituyen el Derecho unificado de la misma.

3. En ambos expedientes tramitados se observa que se han promulgado otras normas, ya que en el año 2003 regía la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y ahora rige el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, que en sus artículos 8 y 132 indica la definición y requisitos propios del contrato de gestión de servicios públicos, y que en el ámbito de la Unión Europea se ha adoptado un Reglamento por el que se aprueba el Vocabulario común de contratos públicos (CPV), el cual ha sido modificado por Reglamento (CE) N° 213/2008 de la Comisión, de 28 de noviembre de 2007.

En este Reglamento la novedad normativa consiste en que es el Vocabulario CPV quien determina en que categoría, de las que se detallan respecto de cada una de ellas en función de los epígrafes o códigos descriptivos de los diferentes servicios que se plasman en el Anexo II del texto refundido, cuestión que ya ha sido expresada en el informe 2/11, de 28 de octubre de 2011. Procede por tanto conocer si en el Anexo II, en los servicios de transporte de viajeros en autobús está incluido tal servicio, lo que se acredita en la categoría 2, Servicios de transportes por vía terrestre (1), incluidos servicios de furgones blindados y servicios de mensajería, excepto transporte de correo, código 60000000-8, Servicios de transporte (excluido el transporte de residuos); código 60100000-9, Servicios de transporte por carretera; código 60112000-6 (1), Servicios de transporte por la vía pública; y código 60130000-8 (1), Servicios especiales de transporte de pasajeros por carretera.

Así, en función de tales referencias de la Nomenclatura CPV, los contratos que corresponden a los epígrafes citados han de considerarse como contratos de servicios.

4. Sin embargo, la Directiva 2004/18/CE distingue entre contratos de servicios y concesiones de servicios, que las define en su artículo 1.4 para luego declararlas excluidas del ámbito de la Directiva, pero sí incluidas en el ámbito del Tratado, correspondiendo en nuestra normativa a los contratos de gestión de servicios públicos. Se definen las concesiones de servicios 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.

De cuanto se señala procede afirmar que el transporte escolar será calificado como contrato de gestión de servicios públicos si el contratista cumple tal opción, es decir soporta con carácter exclusivo el riesgo derivado de su explotación, identificándose como una concesión de servicios y, en caso contrario, si por parte del órgano de contratación se interviene para asumir parte del riesgo vinculado a su explotación, deberá ser calificado como contrato de servicio, aplicándose, respecto de cada uno las normas correspondientes.

5. A lo expuesto deben incorporarse las consideraciones que se expresan en el informe 65/08, de 31 de marzo de 2009, y en el informe 12/10, de 23 de julio de 2010, sobre diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios».

En el informe 65/08 se expresa con detalle el criterio de la Junta Consultiva:

“2. En el primero de los mencionados se sentaba el criterio de que para gestionar de forma indirecta un servicio público es preciso que éstos “tengan un contenido económico que los haga susceptibles de explotación por empresarios particulares”.

Esta circunstancia exige que la explotación pueda hacerse siguiendo criterios empresariales que implican la existencia de un nivel de riesgo determinado que la Ley específica señalando que en la concesión “el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura” (arts. 156 a) de LCAP y 253 a) de LCSP). Es decir asumiendo el riesgo de pérdida que comporta toda explotación de negocio.

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.

Sentado lo anterior, resulta claro que para establecer la verdadera naturaleza jurídica del contrato a que se refiere la consulta de la Dirección General de Tributos es preciso conocer el contenido de sus cláusulas reguladoras. En el caso que nos ocupa se incorpora el Pliego de cláusulas Administrativas Particulares en el que se configura inicialmente el contrato como un supuesto de gestión indirecta de un servicio público a través de la figura concesional, puesto que se somete a determinados preceptos de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (el contrato se adjudicó en 2003) que rigen precisamente esta figura (caso de la duración o del procedimiento de adjudicación, en que se hace referencia expresa a los artículos de dicha Ley que regulaban esta modalidad). Incluso se afirma en la cláusula VIII.5 que el contrato se ejecutará a riesgo y ventura del adjudicatario.

Sin embargo, las anteriores referencias no son suficientes para calificar el contrato como una concesión de servicios públicos, pues falta el elemento fundamental de asunción del riesgo.

En efecto, 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, pues 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 un 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 las 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 puedan ser los particulares. 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.

Pues bien, el análisis de las características del contrato analizado nos lleva a la conclusión de que, cualquiera que sea la configuración dada por el órgano de contratación, evidentemente en él no hay asunción de riesgo en los términos que son característicos de la concesión, pues ni se exigen inversiones al contratista, ni asume la gestión del servicio como propia, ni se hace depender la retribución de la intensidad de uso del contrato limitándose el pliego a fijarlo en el abono de una cantidad fija (3,10 €) por metro cuadrado objeto de conservación.

En consecuencia es criterio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que el contrato objeto del presente informe debe ser considerado como un contrato de servicios.

En el informe 12/10 se manifiesta: *“... 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 conceptualización 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.”

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que los contratos que tienen por objeto el transporte escolar al estar acreditado que se cumplen los requisitos que especifica el artículo 132 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y coincide con el concepto expresado en el artículo 8, deberá ser calificado como contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión siempre que se acredite que el contratista asume con carácter exclusivo la asunción del riesgo derivado de la explotación del contrato, pero si no es así, y se produce por parte del órgano de contratación la intervención en el mismo en cualquiera de sus aspectos o contenidos, el contrato deberá ser calificado como de servicios.