

Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009. «Diversas cuestiones sobre un contrato de gestión de servicio público para recogida selectiva de residuos».

Clasificación de los informes: 22.9. Contratos de gestión de servicios públicos. Otras cuestiones.

ANTECEDENTES

Por el Presidente del Cabildo de Fuerteventura se formula consulta en los términos que a continuación se transcriben:

«De conformidad con el artículo 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre régimen orgánico y funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa se eleva a ese órgano la siguiente consulta sobre los contratos de gestión de servicios públicos:

El Cabildo de Fuerteventura ejerce las competencias en materia de recogida selectiva multimaterial de residuos de envases ligeros, de titularidad municipal, por delegación de los municipios de la isla, de conformidad con el artículo 30 de la ley 1/1999, de 29 de enero, de Residuos de Canarias.

El artículo 86 de la Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local declara la reserva a favor de las Entidades locales, como actividad o servicio esencial, la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos.

En ejercicio de tales competencias pretende celebrar un contrato de gestión de servicio público mediante concesión administrativa. Las características del servicio a contratar serían las siguientes:

- El objeto del contrato sería la recogida selectiva de residuos de papel y cartón y de envases ligeros en los seis municipios de la isla de Fuerteventura así como el transporte, selección y/o tratamiento para su posterior reciclado.

El servicio se prestaría con medios propios de la empresa (materiales y personales) y medios propios del Cabildo (solo medios materiales) y que se adscribirían a la prestación del servicio. La empresa incrementaría los medios disponibles si así lo solicita el Cabildo en función de la demanda.

Los gastos de mantenimiento de los medios (vehículos y contenedores) y de las instalaciones para la selección, tratamiento y reciclado de los residuos serán a cargo de la entidad concesionaria.

- La empresa recibiría un canon o precio fijo por la prestación del servicio a satisfacer por la Administración.

A nuestro juicio, la gestión indirecta del servicio (art. 85 Ley de Bases de Régimen Local) mediante un contrato administrativo de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión administrativa, en los términos definidos anteriormente, cumple con los requisitos que establece la Ley de Contratos del Sector Público para tal calificación:

El Cabildo ostenta las competencias para la prestación del servicio público y encomienda a una empresa su gestión. (artículo 8 LCSP).

El contratista organiza y presta el servicio con sujeción a lo establecido en el contrato. (artículo 255 LCSP).

El contratista percibe una retribución económica de la Administración por la prestación del servicio (artículo 257 LCSP.)

Sin embargo, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de julio de 2007- asunto C-382/05- declara que la República de Italia ha incumplido las obligaciones que derivan de la directiva 92/50/CEE (de contratos de servicios) al calificar como contrato concesional de servicios públicos - no sujeto a publicidad comunitaria- y no como contrato de servicios un contrato de recogida de basuras en el que el concesionario no soporta el riesgo de la explotación del servicio. Considera el Tribunal que dado que el canon lo paga la Administración por tonelada de basura y no los ciudadanos directamente al concesionario y además este concesionario no soporta el riesgo directo de la explotación del servicio no puede calificarse como contrato concesional, sino que debe ser de prestación de servicios.

A la vista de la citada sentencia no planteamos las siguientes dudas:

1º) Si no puede gestionarse indirectamente mediante contrato de gestión de servicios públicos, modalidad de concesión administrativa, aquellos servicios esenciales de competencia de la entidad local en los que el contratista perciba la remuneración económica directamente de la Administración Pública contratante.

2º) Si sólo pueden ser objeto de gestión indirecta mediante un contrato de gestión de servicios públicos aquellos servicios esenciales de competencia de la entidad local que permitan obtener un beneficio económico a resultas de su explotación directa por el empresario, de modo que quedarían excluidos los servicios públicos respecto de los que no sea posible la exacción de una tarifa.

3º) Si puede entenderse correctamente asignado al contratista el riesgo de implantación y gestión del servicio vinculando la retribución económica que deba abonar la Administración en función de la variación de la demanda del servicio o del cumplimiento de determinados estándares o indicadores de control de calidad prestacional, de tal forma que variaciones en los mismos puedan alterar sustancialmente la cuenta de explotación del contratista.

4º) Si la respuesta a alguna de las preguntas anteriores es negativa, que ocurre con el régimen jurídico de los servicios públicos declarados como esenciales por la legislación de régimen local, en cuanto al estatuto de los usuarios si no cabe la gestión indirecta de los mismos y tienen derecho a exigir su prestación por la Entidad Local».

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Plantea cuatro cuestiones diferentes la consulta del Presidente del Cabildo de Fuerteventura que habremos de examinar separadamente a lo largo de este informe.

La primera de las cuestiones se refiere a si no pueden gestionarse indirectamente mediante una concesión de servicios públicos aquellos servicios esenciales de competencia de la entidad local en los que el contratista perciba la remuneración económica directamente de la Administración Pública contratante. Para responder a esta cuestión debe sentarse el principio de que de conformidad con lo establecido en nuestra Ley de Contratos del Sector Público, el requisito esencial exigido para que la modalidad de gestión indirecta del Servicio Público pueda ser considerada como concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura.

Esta expresión sólo puede ser entendida en el sentido de que el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella. En ningún momento se exige que la retribución a percibir por el concesionario deba proceder directamente de los usuarios, sino que su cuantía esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario.

Claro está que siendo así las cosas, nada puede obstar a que la retribución al concesionario se abone por el órgano que otorga la concesión, siempre que su importe se vincule directamente con la demanda o la disponibilidad del servicio.

A este respecto conviene mencionar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto C-382/05, a que alude la consulta, dice expresamente que *“...según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata...”*, sin que, como vemos, haga manifestación alguna respecto de quién debe abonar la contraprestación. Abunda en esta idea el hecho de que la propia sentencia niega que el contratista haya asumido el riesgo derivado de la explotación del negocio en función de las características de los pagos asumidos por la Administración, al decir que *“está acreditado que, en virtud de los convenios controvertidos, el Comisario delegado se compromete, por un lado, a que todos los municipios afectados transfieran la totalidad de su fracción residual de residuos al operador y, por otro lado, a que le sea transferida a este último una cantidad anual mínima de residuos. Además, los citados convenios prevén la adaptación del importe del canon en el supuesto de que la cantidad anual efectiva de residuos transferida sea inferior al 95% o superior al 115% de dicha cantidad máxima garantizada, y ello con el fin de garantizar el equilibrio financiero y económico del operador. Tales convenios prevén asimismo que el importe del canon será objeto de una revalorización anual que estará en función de la evolución de los costes relativos al personal, a las materias consumibles y a los trabajos de mantenimiento, así como de un índice financiero. Estos mismos convenios establecen además una renegociación del canon cuando el operador tenga que hacer frente, para adecuarse a una modificación del marco normativo, a inversiones que superen un determinado nivel”*.

En definitiva, así pues, lo que determina que en la indicada Sentencia se niegue a los convenios objeto de la misma la naturaleza jurídica de concesiones administrativas no es el hecho de que el canon sea satisfecho por la Administración concedente, sino el de que su importe no se vincule con el riesgo de explotación del servicio.

2. La segunda cuestión plantea si sólo pueden ser objeto de gestión indirecta mediante un contrato de gestión de servicios públicos aquellos servicios esenciales de competencia de la entidad local que permitan obtener un beneficio económico a resultas de su explotación directa por el

empresario. Esta cuestión se contesta con la simple mención del artículo 251.1 de la Ley de Contratos del Sector Público a cuyo tenor podrán gestionarse de forma indirecta los servicios públicos “siempre que sean susceptibles de explotación por particulares”.

Es necesario, a estos efectos, precisar el significado de la expresión “susceptibles de explotación por los particulares”. En principio cabe admitir la posibilidad de que sólo son susceptibles de ello los servicios que puedan ser objeto de explotación económica. En tal caso la posibilidad de gestionar indirectamente un servicio público se restringiría a aquellos que el concesionario pueda gestionar de forma que obtenga un beneficio. Todos los demás habrían de ser gestionados directamente por la Administración titular del servicio, aunque para su prestación pudiera valerse de la colaboración de empresarios privados que realizaran para ella todo o parte de las actividades propias del mismo, celebrando para este fin los correspondientes contratos de servicios.

Frente a esta posibilidad podría mantenerse el criterio de que la gestión indirecta también puede llevarse a cabo a través de un contrato que no sea una concesión administrativa por no asumir el contratista el riesgo de la gestión. Este contrato, a efectos de la Ley no sería un contrato de servicios sino de gestión de servicios públicos y, por consiguiente, no podría calificarse como de regulación armonizada aún cuando superara el umbral establecido.

Esta segunda posibilidad, sin embargo, no es conciliable con el contenido de la propia Ley. En efecto, de conformidad con el artículo 253, la contratación de la gestión de servicios públicos podrá adoptar las modalidades de concesión, gestión interesada, concierto o empresa mixta. Esta enumeración se hace con carácter exhaustivo, por lo que fuera de ella no cabe más que la gestión directa del servicio.

Por consiguiente, excluyendo los tres supuestos que el artículo citado contempla en los tres últimos lugares (gestión indirecta, concierto y empresa mixta) que tienen particularidades muy específicas a las que no se refiere el texto de la consulta, la única forma de contratar la gestión de un servicio público es mediante el otorgamiento de una concesión, lo cual a su vez implica la transferencia al concesionario del riesgo inherente a la gestión.

Todo lo argumentado hasta ahora, abona la tesis de que sólo pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que pueden reportar un beneficio (o correlativamente pérdidas) para el empresario o la entidad que los gestiona. Como consecuencia de ello, el hipotético contrato por el que se cede la gestión del servicio a un particular sin asumir el riesgo derivado de ella, no puede ser considerado concesión de servicios y consiguientemente tampoco contrato de gestión de servicios públicos. La única calificación admisible sería la que hace la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es decir la de considerarlo como un contrato de servicios y, en consecuencia, de superar el umbral establecido en el artículo 16, deberá considerarse sujeto a regulación armonizada con las consecuencias derivadas de ello.

3. Se consulta en tercer lugar si puede entenderse correctamente asignado al contratista el riesgo de implantación y gestión del servicio vinculando la retribución económica que deba abonar la Administración en función de la variación de la demanda del servicio o del cumplimiento de determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, de tal forma que variaciones en los mismos puedan alterar sustancialmente la cuenta de explotación del contratista.

Los razonamientos anteriores ya han puesto de manifiesto que para calificar una relación jurídica como concesión administrativa de servicio público no es preciso que los ingresos que perciba el concesionario procedan de los usuarios del mismo, sino que asuma el riesgo derivado de la gestión. Esto supone que el resultado de la gestión ofrezca un grado tal de incertidumbre que, de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. El requisito esencial para ello, evidentemente, es que los ingresos derivados de la gestión del servicio que haya de percibir el concesionario no dependan exclusivamente de su mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en la concesión. El riesgo consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenos a la voluntad del empresario.

Así se desprende de la Sentencia mencionada por el Cabildo de Fuerteventura cuando dice que “...existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata”, es decir, no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste, sea

en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, sino cuando su retribución depende de los rendimientos de su explotación. Eso sí, es indiferente que estos rendimientos provengan directamente de los usuarios del mismo o de la Administración concedente.

Ello no obstante, es preciso admitir que en la actualidad es relativamente frecuente el supuesto en que la retribución del contratista se liga no tanto a los costes de la prestación sino a la disponibilidad de las instalaciones o del servicio objeto del contrato. Tales figuras contractuales pueden ser calificadas, en función de sus características, como contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, pero no como concesiones administrativas.

4. La última de las cuestiones planteadas por el Cabildo de Fuerteventura se refiere a qué ocurre con el régimen jurídico de los servicios públicos declarados como esenciales por la legislación de régimen local, en cuanto al estatuto de los usuarios, si no cabe la gestión indirecta de los mismos y tienen derecho a exigir su prestación por la Entidad Local.

La cuestión sólo de forma indirecta podría decirse que tiene carácter contractual, pues afecta más a la potestad de las Administraciones Públicas para organizar la forma de prestación de los servicios que tienen encomendado que a temas contractuales propiamente dichos. Ello no obstante diremos que el hecho de que un determinado contrato no pueda ser considerado como una concesión de servicios desde el punto de vista del derecho comunitario y, en la medida en que éste está incorporado a nuestro derecho, también desde el punto de vista de nuestro derecho de contratación pública, no significa en absoluto que la prestación del servicio no pueda ser efectuada utilizando los medios puestos a disposición de la entidad por los empresarios privados.

En primer lugar, porque cabe la posibilidad de configurar el contrato de manera que la retribución de contratista se vincule directamente con la explotación del servicio para que la relación jurídica pueda ser calificada como concesión.

Y en segundo lugar, porque en el caso de que, por las características de la prestación esto no sea posible, o cuando simplemente la entidad no desee organizar de esta forma la gestión del servicio, podrá asumirlo directamente, y prestarlo valiéndose de los medios puestos a su disposición por un empresario concertando con él, el correspondiente contrato de servicios.

CONCLUSIONES

1. La retribución económica del concesionario puede provenir directamente de la Administración que le hubiese otorgado la concesión, siempre que su importe esté vinculado directamente con el rendimiento obtenido de la explotación del servicio.

2. Sólo pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que pueden reportar un beneficio (o correlativamente pérdidas) para el empresario o la entidad que los gestiona.

3. No existe concesión sino cuando el volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación toda vez que ello se vincula directamente con la voluntad del concesionario y con el riesgo derivado de la explotación del servicio.

4. Cuando no sea posible la gestión indirecta de un servicio público, la Entidad titular del mismo podrá prestarlo de forma directa con la colaboración de empresarios que pongan a su disposición sus medios celebrando para ello los correspondientes contratos de servicios.