

Informe 64/09, de 26 de febrero de 2010. «Calificación de un contrato cuyo objeto es salvamento y socorrismo en las playas del término municipal. Distinción de las concesiones de servicios».

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

ANTECEDENTES

El Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Santa Margalida (Mallorca), se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa por medio de un escrito con el siguiente texto:

"Por parte de este Ayuntamiento hace dos años se adjudicó el contrato de salvamento y socorrismo en las playas del término municipal. Dicho contrato fue calificado de contrato administrativo especial.

Con la nueva Ley de Contratos del Sector Público surge la duda sobre si dicho contrato para prestar el servicio obligatorio para el Ayuntamiento (Ley Autonómica 20/2006, de 15 de diciembre) debe ser calificado como de gestión de servicio público, administrativo especial o de servicios. Significar que los servicios de salvamento y socorrismo en playas son prestaciones impuestas por la Ley 22/1988 de 28 de julio, de Costas, a los Ayuntamientos en su artículo 115.d). Además, tanto la Ley 20/2006 de 15 de diciembre municipal y de régimen local de las Islas Baleares, en su art., 151 d) como la propia Ley 7/85 de Bases del Régimen Local, art. 26, se preocupan de reforzar el carácter de obligatorio de los servicios que se describen.

Por lo tanto, la reglamentación básica del servicio obligatorio a prestar estará configurada en este caso por el Decreto 2/2005 de 14 de enero (BOIB de 15.01.05) regulador de las medidas mínimas de seguridad y protección que han de cumplir las playas y zonas de baño en la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, así como por la Orden Ministerial de 31/07/1972, de normas para la señalización de los servicios de vigilancia y de auxilio y salvamento, que en el artículo 11 valida la competencia municipal.

En base a los antecedentes, se solicita dictamen de la Junta Consultiva de Contratación sobre las siguientes cuestiones: a) Cual es la naturaleza jurídica del nuevo contrato a celebrar para la gestión del servicio de salvamento y socorrismo en las playas de este término municipal.

b) Cuales son las notas o características para diferenciar un contrato de gestión de servicios públicos del de servicios.

c) Si el servicio público no tiene reglamento municipal, pero si existe una reglamentación estatal y autonómica, la naturaleza del contrato de un servicio público debe ser calificado de especial, de servicios o de gestión de servicios públicos.

d) Cual es el grupo y subgrupo de clasificación exigible para dicho contrato, en el supuesto de que fuera calificado de servicios".

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. Son diversas las cuestiones planteadas en la consulta. En primer lugar se pide a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa que se pronuncie sobre la naturaleza jurídica de los contratos que tengan por objeto la prestación de un servicio de salvamento y socorrismo en las playas.

Para ello, el Ayuntamiento del que procede la consulta aclara en ella que le ha venido dando el tratamiento propio de un contrato administrativo especial, pero ante la nueva regulación introducida por la Ley de Contratos del Sector Público considera que esta calificación podría ser inadecuada.

En primer lugar, y con objeto de poner la solución que sea acorde con nuestra legislación, debemos analizar la definición de contrato de servicios que contiene el artículo 10 de la Ley citada. Dispone este artículo que *"son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son 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. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II"*. Esta definición pone de manifiesto junto a la especificidad de la prestación que se define básicamente de forma negativa, la vinculación entre el concepto de contrato de servicios y las actividades clasificadas en las diferentes categorías que se enumeran en el anexo II de la Ley. Categorías estas que, por otra parte, deben completarse con

la referencia al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV) aprobado por Reglamento (CE) no 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo y en el que se especifica el conjunto de actividades que se integran bajo cada de las categorías indicadas.

Por consiguiente, en principio, para entender que una determinada actividad constituye el objeto de un contrato de servicios deberemos analizar previamente si su objeto está incluido en alguna de las categorías mencionadas en los apartados 1 a 27 del Anexo II. Sólo en el caso de que no aparezca incluida en ninguno de ellos será necesario analizar su naturaleza a fin de determinar si puede ser clasificado entre los que el Anexo II denomina "Otros Servicios".

En el caso que nos ocupa, ninguna de las categorías mencionadas en los números 1 a 26 del Anexo acoge prestaciones en las que pudiera considerarse incluida la actividad de salvamento y socorrismo, por lo que es necesario acudir al análisis de la propia definición que hace el artículo 10 de la Ley y a la comparación con el resto de prestaciones expresamente contempladas en el Anexo II, para determinar si guarda analogía con ellas y, en consecuencia, puede considerarse como un servicio a incluir dentro de la categoría 27, "Otros servicios".

El análisis del artículo 10 nos lleva a definir el objeto de los contratos de servicios con una doble precisión, positiva la primera y negativa la segunda. En primer lugar se trata de *prestaciones "de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado"*. En segundo lugar, se exige que el resultado de la prestación no sea ni una obra ni un suministro.

Evidentemente tanto el socorrismo como el salvamento son prestaciones consistentes en la realización de una actividad, tienen por objeto obtener un resultado y no pueden ser consideradas ni obras ni suministros. Desde este punto de vista evidentemente cabría considerarlas como objeto de un contrato de servicios.

Sin embargo, la caracterización del contrato de servicios hecha sobre la exclusiva base de lo dispuesto en el artículo 10 en su párrafo primero, nos llevaría a una concepción tan amplia de este contrato que prácticamente podría abarcar cualquier actividad que no fuera ejecución de obras o suministro. Para hacer una configuración adecuada del contrato y evitar que se acabe convirtiendo en un género contractual que abarque cualquier prestación de hacer no comprendida expresamente bajo otra figura contractual, podemos acudir al segundo elemento, es decir la analogía con las categorías definidas en el Anexo II.

Este Anexo, como ya hemos visto, contiene una última categoría genérica bajo la cual podrían incluirse toda clase de figuras. Sin embargo, el simple hecho de que el título de la categoría sea "Otros servicios" pone de manifiesto la intención del legislador de que las prestaciones incluidas en ella, siendo diferentes de las incluidas en las categorías anteriores, guarden una cierta analogía con las restantes que se mencionan de forma individualizada. Así, cualquier prestación que no consista en la ejecución de una obra o de un suministro, no tiene por qué considerarse como posible objeto de un contrato de servicios, sino solamente las que tengan una cierta identidad esencial con las contempladas de forma expresa en las veintiséis categorías restantes.

Esta consideración, siendo cierta, queda casi totalmente desvirtuada como consecuencia del análisis de las actividades incluidas en las categorías 1 a 26, todas ellas de naturaleza tan diversa que resulta prácticamente imposible encontrar ninguna idea esencial que sea común a todas ellas, como no sea la de que se trata de prestaciones de hacer. Y aún esto resulta inadecuado si tenemos en cuenta que la categoría 6 incluye los servicios financieros dentro de los cuales se comprenden los servicios bancarios y los de seguros que, evidentemente y por regla general no pueden considerarse como prestaciones consistentes en la realización de una actividad. Claro está que estos servicios en concreto se excluyen de la regulación del contrato administrativo de servicios en nuestro derecho toda vez que el artículo 20 de la Ley de Contratos del Sector Público los considera contratos privados.

Pues bien, sentado lo anterior, entiende esta Junta que para caracterizar el contrato de servicios contemplado en el artículo 10 de la Ley citada, debemos sentar las siguientes conclusiones:

a) Que se trate de una prestación de hacer.

b) Que no consista en la ejecución de una obra o de un suministro (aunque los suministros por regla general son prestaciones de dar, el contrato de fabricación es una prestación de hacer).

c) Que sirva de instrumento auxiliar para el ejercicio de una competencia de la Administración contratante.

Caracterizado de esta forma el objeto del contrato de servicios, evidentemente dentro de él caben una multiplicidad de figuras contractuales, entre ellas la que contemplamos en el caso presente, es decir la realización de la actividad de salvamento y socorrismo en las playas. Ello significa que el contrato que tenga por objeto la prestación de este servicio puede ser calificado como contrato de servicios, aunque no necesariamente, según veremos.

2. Con ello entramos en el examen de la segunda cuestión planteada, es decir cuáles son las notas diferenciadores entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos.

Esta cuestión ya ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en diferentes informes. Así en el Dictamen número 22 de 2009 se dice 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"*.

Significa esto que cuando el contrato no implique para el empresario más riesgo que el derivado de la propia alteración en las prestaciones propias del mismo (modificación del contrato o elevación de los precios de la mano de obra, de los materiales, etc.), es decir de los elementos constitutivos del contrato, no existirá concesión administrativa. Para que exista concesión es preciso que el empresario asuma el riesgo derivado de la propia explotación del servicio como si éste fuera en sí mismo una actividad empresarial, no un parte del ejercicio de dicha actividad.

El mismo dictamen mencionado añade citando la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto C-382/05 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..."*. En definitiva, así pues, lo que determina que un determinado contrato tenga la naturaleza jurídica de una concesión administrativa es el hecho de que el resultado económico del mismo se vincule directamente con el riesgo de explotación del servicio.

En consecuencia, la actividad de socorrismo y salvamento en las playas objeto de este informe debe considerarse susceptible de ser prestada bien directamente por la Corporación Municipal, bien utilizando el auxilio de los servicios de un contratista (contrato de servicios), bien, finalmente, mediante gestión indirecta en cualquiera de las modalidades previstas en la Ley y de modo especial mediante la utilización de fórmulas que permitan al concesionario asumir el riesgo inherente a la gestión del servicio.

3. La consulta plantea también la cuestión relativa a si la existencia de una regulación expresa del servicio, aunque no sea de carácter municipal, es determinante de que al contrato relativo al mismo se le atribuya naturaleza jurídica de contrato especial, de gestión de servicios públicos o de servicios simplemente. No se comprende por qué el hecho de la existencia o inexistencia de normas que regulen la prestación del servicio pueda tener relevancia a la hora de determinar la naturaleza jurídica de un contrato del que sea objeto, salvo claro está el supuesto de que dicha reglamentación le atribuya expresamente una naturaleza jurídica determinada.

4. Finalmente, con respecto del grupo y subgrupo de clasificación en que debe ser incluido el contrato, que constituye la última de las cuestiones planteada, la Junta debe pronunciarse en un único sentido. Si se le da el tratamiento jurídico de un contrato de gestión de servicios públicos, evidentemente no estaría incluido entre los contratos que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 54.1 de la Ley de Contratos del Sector Público, están sujetos a la exigencia de clasificación. Si por el contrario se le diera el tratamiento propio de un contrato de servicios, tampoco sería exigible clasificación al estar incluido entre los previstos en la categoría 27 del Anexo II de la Ley, expresamente excluidos de ella a tenor de lo establecido en el mismo artículo que se acaba de citar.

CONCLUSIONES

1. La actividad de socorrismo y salvamento en las playas puede ser objeto de un contrato de servicios.

2. Para determinar si un contrato tiene o no la naturaleza de concesión de servicios es preciso atender a si el contratista asume o no el riesgo económico inherente a la gestión del servicio.

3. No es exigible clasificación para la adjudicación de un contrato de servicios que tenga por objeto el socorrismo y salvamento en la playa.