



Expediente 45/2019

Materia: Retribución del contratista en los contratos de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

ANTECEDENTES

El Instituto Municipal de Deportes de Las Palmas de Gran Canaria ha dirigido consulta a esta Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado con el siguiente tenor:

“Desde el Instituto Municipal de Deportes de Las Palmas de Gran Canaria, organismo autónomo del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria, se han iniciado los trámites para la contratación, a través de una concesión de servicios, del programa de actividades deportivas dirigidas del Instituto Municipal de Deportes de Las Palmas de Gran Canaria.

Con fecha 9 de julio de 2019, la Intervención General devuelve el expediente alegando: "De conformidad con el artículo 75 de la Ley 7/2015, de 1 de abril, de los municipios de Canarias, una vez creado, el organismo público correspondiente será el que gestione sus fines propios por sí mismo, no pudiendo acudir para ello a ninguna otra forma de gestión directa o indirecta, salvo que se trate de actividades complementarias al objeto estatutario del organismo.

Ahora bien, el artículo 4 de los Estatutos del Instituto Municipal de Deportes estipula que sin perjuicio de las facultades de tutela del Ayuntamiento, corresponden al Instituto Municipal de Deportes, la organización y administración de los servicios que se le encomienden y, en particular, los siguientes fines y atribuciones:



f) La divulgación y promoción del deporte.

h) La organización de competiciones y actividades orientadas a una mayor difusión, conocimiento y práctica del deporte.

j) Contratar obras, servicios y suministros con empresas especializadas para gestión de instalaciones y desarrollo de programas deportivos.

Analizado el objeto del contrato de concesión de servicios que se tramita resulta coincidente con los fines y atribuciones estatutarias del Organismo Autónomo, por lo que no puede gestionarse mediante contrato de concesión de servicios".

CONSIDERACIONES

Primero. Llegados a este punto, nos planteamos la necesidad de iniciar los trámites de un nuevo expediente, en este caso, de un contrato de servicios. Sin embargo, nos surge el problema del cobro de las tarifas, al ser más de 5.000 los usuarios potenciales del servicio y no disponer este organismo autónomo de los medios o el personal suficiente para asumir su gestión.

Segundo. Se ha procedido a analizar la normativa y la doctrina existente, al ser reciente la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público y no haber encontrado jurisprudencia al respecto. Así, encontramos que el artículo 312 de La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público establece que el adjudicatario de un contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía estará sujeto a las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada.

La referencia a una contraprestación a favor del prestador del servicio se formula de modo muy genérico, estableciendo tan sólo el párrafo citado que la obligación del



contratista de prestar el servicio debe ir compensada con el "abono en su caso de la contraprestación económica fijada". Nada se dice de la naturaleza de esta contraprestación, cuando de hecho se puede plantear también en estos casos cuál es la naturaleza de la contraprestación económica fijada, si será una tasa o una tarifa.

Por todo lo expuesto, y en relación con sus funciones consultivas previstas en La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, se eleva consulta y solicitud de informe a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en relación con los siguientes extremos: Primero. Si en un contrato de servicios, en el que no hay riesgo operacional y los servicios no son coactivos, la empresa adjudicataria puede retribuirse mediante el cobro de tarifas.”

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. La cuestión de la forma de retribución del contratista en un contrato de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía ya ha sido tratada por esta Junta Consultiva en el Informe 53/18. En dicho informe concluimos que es perfectamente posible que en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se establezca una contraprestación económica a percibir por el adjudicatario directamente de los usuarios.
2. También aludimos en el meritado informe a la naturaleza de este tipo de contraprestaciones. Merece la pena recordar nuestra argumentación, ante las dudas que, a este respecto, ha manifestado la entidad consultante:

“En lo que se refiere a la naturaleza de la contraprestación económica establecida en el contrato cabe señalar que para los casos en que se exija una contraprestación al usuario por la utilización del servicio la Ley ha incluido un conjunto de previsiones destinadas a aclarar el régimen jurídico de esas tarifas. Tales previsiones son las siguientes:



- *La del artículo 289.2 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, referido al contrato de concesión.*
- *La previsión general contenida en la disposición adicional cuadragésima tercera.*
- *Las contenidas en las disposiciones finales novena, undécima y duodécima, que modifican la Ley 8/1989, de 13 de abril, de tasas y precios públicos, la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y el texto refundido de la ley reguladora de las haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto legislativo 2/2004 de 5 de marzo.*

La constitucionalidad de estas disposiciones ha sido confirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional de 9 de mayo de 2019, que resulta de indudable interés para la comprensión de los citados preceptos. Es común de todos los preceptos impugnados que califican a este tipo de prestaciones que estamos estudiando como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario. La citada Sentencia lo expresa del siguiente modo:

“los artículos impugnados tienen en común que introducen en el ordenamiento la expresión “prestación patrimonial de carácter público no tributario”, que hasta ese momento no había sido objeto de ninguna regulación específica, sino que este Tribunal había deducido de las diferentes prestaciones. En todo caso, la novedad introducida por los preceptos impugnados, es sólo relativa, pues la tarifa como contraprestación, y herramienta de financiación de servicios públicos, no constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que referida al establecimiento y regulación de la contraprestación exigible, entre otros, en aquellos casos en los que determinados servicios públicos se prestan bien mediante personificación privada o bien mediante gestión indirecta.”



En el modelo clásico de financiación de los servicios públicos una de las fórmulas posibles era precisamente la utilización de instrumentos no tributarios denominadas tarifas. Como continuación a esta tradición legislativa, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público aclara y completa el régimen citado articulando las modificaciones precisas en la normativa tributaria. Por tanto, en la nueva ley las contraprestaciones económicas establecidas coactivamente que se perciban por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos, de forma directa mediante personificación privada o gestión indirecta, tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario, con los efectos que ello pueda tener. (Disposición adicional cuadragésima tercera)

Si atendemos a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, es muy cierto que el artículo 312 de la LCSP no contempla expresamente la calificación de las tarifas que se puedan establecer como prestación patrimonial de carácter público no tributario, a diferencia de lo previsto para la concesión de servicios (artículo 289.2 LCSP). No obstante, la disposición adicional cuadragésima tercera –y también las previsiones de la normativa tributaria que se modifica en las disposiciones finales- se refieren en términos generales a la prestación de servicios públicos mediante gestión indirecta, donde se comprenden también los contratos de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía, por más que se explicita algún caso como el de la concesión u otros similares. Por tanto, también en estos casos las tarifas deben considerarse como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.”

La consulta nos indica expresamente que los servicios en cuestión “no son coactivos”. La sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2006 nos recuerda que “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre la prestación patrimonial pública se contiene en las sentencias de 14 de diciembre de 1995, 28 de octubre de 1997, 19 de diciembre de 1999, 27 de marzo de 2003, 20 de abril de 2005 y 10 de mayo de 2005.



Todas ellas caracterizan la prestación patrimonial pública por el carácter obligatorio de la prestación de servicios o actividades; esto es, por ser de solicitud o recepción obligatoria, afirmando que el sometimiento de la relación obligacional a un régimen jurídico de derecho público no es suficiente por sí solo para considerar que la prestación patrimonial así regida sea una percepción de carácter público en el sentido del artículo 31.3 de la Constitución, y entendiendo también como coactivamente impuestas no sólo aquellas prestaciones en que para la realización del supuesto de hecho o para solicitar el servicio público, el bien de dominio público o la actuación administrativa de cuya realización surge la obligación de pago no ha concurrido la libre voluntad del obligado, sino también aquéllas en las que el bien, la actividad o el servicio requerido es objetivamente indispensable para poder satisfacer las necesidades básicas de la vida personal o social de los particulares de acuerdo con las circunstancias sociales de cada momento y lugar o, dicho en otras palabras, cuando la renuncia de sus bienes, servicios o actividades priva al particular de aspectos esenciales de su vida privada o social, considerando coactivamente impuestas las prestaciones pecuniarias que derivan de la utilización de bienes y servicios o actividades prestadas o realizadas por los entes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho.

Dice la sentencia de 14 de diciembre 1995, que reiteradamente citan los dictados posteriormente, que: «En lo que ahora importa, el problema de la determinación del alcance del concepto de prestación patrimonial de carácter público se centra, pues, en precisar cuándo puede considerarse que una prestación patrimonial resulta coactivamente impuesta. Con todo, a los efectos de la resolución del presente recurso de inconstitucionalidad, no es necesario intentar dar una respuesta con pretensiones omnicomprendivas a este interrogante. Basta, por el momento, con hacer referencia a los siguientes criterios:

a) Lo decisivo a la hora de dilucidar si una prestación patrimonial es coactivamente impuesta radica en averiguar si el supuesto de hecho que da lugar



a la obligación ha sido o no realizado de forma libre y espontánea por el sujeto obligado y si en el origen de la constitución de la obligación ha concurrido también su libre voluntad al solicitar el bien de dominio público, el servicio o la actuación administrativa de cuya realización surge dicha obligación.

Estaremos en presencia de prestaciones coactivamente impuestas cuando la realización del supuesto de hecho resulta de una obligación impuesta al particular por el ente público –por ejemplo cuando surge de la prestación de servicios o actividades de solicitud o recepción obligatoria– y también cuando, siendo libre la realización del supuesto de hecho, éste no consiste en la demanda de un bien, un servicio o una actuación de los entes públicos, sino que la obligación de pagar la prestación nace sin que exista actividad voluntaria del contribuyente dirigida al ente público, encaminada por ello mismo, siquiera sea mediatamente, a producir el nacimiento de la obligación.

En estas circunstancias, el hecho de que los entes públicos tengan una posición determinante en la configuración del contenido o las condiciones de la obligación e incluso el hecho de que esos entes se reserven determinadas potestades exorbitantes en caso de incumplimiento de la obligación –como son ciertas facultades derivadas de la ejecutoriedad y la autotutela–, tiene un relieve secundario en orden a determinar el grado de coactividad de las prestaciones pecuniarias, dado que ha sido el particular el que ha decidido libremente obligarse, sabiendo de antemano que los entes públicos de quienes ha requerido la actividad, los bienes o los servicios gozaban de esas prerrogativas.”

Teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad sobre la que versa la consulta, queda claro que adolece de la nota de coactividad que es imprescindible en las prestaciones patrimoniales de carácter público.

La Ley 8/1989, de 13 de abril, de Tasas y Precios Públicos nos recuerda el concepto de precio público en su artículo 24 cuando lo concibe como una



contraprestación pecuniaria que se satisfaga por la prestación de servicios o la realización de actividades efectuadas en régimen de Derecho público cuando, prestándose también tales servicios o actividades por el sector privado, sean de solicitud voluntaria por parte de los administrados. Tal concepto encaja con seguridad en el caso que nos atañe, por lo que nuestra conclusión ha de ser que en este caso estaríamos en presencia de un precio público.

En mérito a las anteriores consideraciones la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado alcanza la siguiente

CONCLUSION.

En los contratos de servicios con prestaciones directas en favor de la ciudadanía es posible imponer al receptor del servicio el pago de una tarifa.

Tal tarifa, en el caso que nos ocupa, tendrá la naturaleza de precio público al faltar la nota de coactividad propia de las prestaciones patrimoniales de carácter público.