

I. Normativa
II. Jurisprudencia
III. Doctrina administrativa
IV. Sindicatura de Comptes
Criterios generales
Riesgo de auditoría
Principales procedimientos de auditoría
Ejemplos de informe
V. Informes de Tribunal de Cuentas

## I. Normativa

### TRLCSP

#### Artículo 5. Calificación de los contratos.

1. Los contratos de obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y de colaboración entre el sector público y el sector privado que celebren los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público se calificarán de acuerdo con las normas contenidas en la presente sección.

2. Los restantes contratos del sector público se calificarán según las normas de derecho administrativo o de derecho privado que les sean de aplicación.

#### Artículo 8. Contrato de gestión de servicios públicos.

1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, 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 o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria

2. Las disposiciones de esta Ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.

#### Artículo 10. Contrato de servicios.

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.

#### Artículo 19. Contratos administrativos.

1. Tendrán carácter administrativo los contratos siguientes, siempre que se celebren por una Administración Pública:

a) Los contratos de obra, concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro, y servicios, así como los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado. No obstante, los contratos de servicios comprendidos en la categoría 6 del Anexo II y los que tengan por objeto la creación e interpretación artística y literaria y los de espectáculos comprendidos en la categoría 26 del mismo Anexo no tendrán carácter administrativo.

b) Los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley.

2. Los contratos administrativos se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por esta Ley y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. No obstante, a los contratos administrativos especiales a que se refiere la letra b) del apartado anterior les serán de aplicación, en primer término, sus normas específicas.

### Sección 3ª Actuaciones preparatorias del contrato de gestión de servicios públicos

#### Artículo 132. Régimen jurídico del servicio.

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.

#### Artículo 133. Pliegos y anteproyecto de obra y explotación.

1. De acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. *(En vigor hasta el 31/3/2015).*

1. De acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio, los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. En cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II del Título III de esta Ley. *(En vigor a partir del 1/4/2015, Ley 2/2015).*

2. En los contratos que comprendan la ejecución de obras, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización. En tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos en esta Ley para la concesión de obras públicas.

3. El órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.

### CAPÍTULO III Contrato de gestión de servicios públicos

#### Artículo 275. Ámbito del contrato.

1. 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.

2. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.

#### Artículo 276. Régimen jurídico.

Los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de gestión de servicios públicos se regularán por la presente Ley, excluidos los artículos 212, apartados 2 a 7, ambos inclusive, 213, 220 y 222, y por las disposiciones especiales del respectivo servicio, en cuanto no se opongan a ella.

#### Artículo 277. Modalidades de la contratación.

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.
- b) Gestión interesada, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato.
- c) Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.
- d) Sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

#### Artículo 278. Duración.

El contrato de gestión de servicios públicos no podrá tener carácter perpetuo o indefinido, fijándose necesariamente en el **pliego de cláusulas administrativas particulares** su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, sin que pueda exceder el plazo total, incluidas las prórrogas, de los siguientes períodos:

- a) Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años.

b) Veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.

c) Diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).

**Artículo 279. Ejecución del contrato.**

...

2. En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.

....

**Artículo 281. Prestaciones económicas.**

1. El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

2. Las contraprestaciones económicas pactadas serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato.

**Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.**

**Artículo 67. Contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares.**

4. En los contratos de gestión de servicios públicos los pliegos de cláusulas administrativas particulares, además de los datos expresados en el apartado 2, contendrán los siguientes:

- a) Régimen jurídico básico que determina el carácter de servicio público, con expresión de los reglamentos reguladores del servicio y de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos.
- b) Criterios de selección basados en los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica conforme a los artículos 16 y 19 de la Ley.
- c) En su caso, tarifas a abonar por los usuarios y procedimiento para su revisión.
- d) Precio o contraprestación económica a abonar por la Administración cuando proceda, especificando la clase, cuantía, plazos y forma de entrega, si procede.
- e) Canon o participación a satisfacer a la Administración por el contratista o beneficio mínimo que corresponda a alguna de las partes.
- f) Especificación de las obras e instalaciones que hubiera de realizar el contratista para la explotación del servicio público, expresando las que habrán de pasar a la Administración a la terminación del contrato, en su caso.
- g) Especificación de las obras e instalaciones, bienes y medios auxiliares que la Administración aporta al contratista para la gestión del servicio público.
- h) En los contratos bajo la modalidad de concesión, requisitos y condiciones que, en su caso, deberá cumplir la sociedad que se constituya para la explotación de la concesión.
- i) Obligación del contratista de mantener en buen estado las obras, instalaciones, bienes y medios auxiliares aportados por la Administración.

**Artículo 183. Proyectos de explotación del servicio público y proyectos de obras.**

1. Con excepción de los supuestos a que hace referencia el artículo 158.2 de la Ley **los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional. Comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.**

2. A los proyectos de obras necesarias para el establecimiento del servicio público les serán de aplicación los artículos 122, 124, 125, 127, 128 y 129 de la Ley y 124 a 132 y 134 de este Reglamento.

3. Cuando el contratista deba redactar el proyecto de las obras necesarias para el establecimiento o explotación del servicio dicho proyecto habrá de ser aprobado por el órgano de contratación.

## II. Jurisprudencia

### Sentencia del TJUE de 10 de septiembre de 2009 (Asunto Wasser).

“De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas).

A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio. Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p. I- 9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

Las cuestiones planteadas parten de la premisa de que la prestación de servicios de que se trata en el asunto principal implica riesgos económicos muy limitados, incluso en el caso de que sea la entidad adjudicadora quien presta dicho servicio y ello se debe a la aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata.

Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.

En consecuencia, procede responder a las cuestiones primera y segunda que, el hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/14, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico-pública de los servicios”.

### Sentencia del TJUE, de 10 de marzo de 2011 (Asunto Privater)

*Define de manera precisa qué debe entenderse por riesgo de explotación económica del servicio*

“El riesgo de explotación económica del servicio **debe entenderse** como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.”

### Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom)

*La transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios.*

«Si bien el modo de remuneración es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate. **La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión** de servicios (véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [ TJCE 2011, 52] , antes citada, apartado 26).

Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige

que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre (en este sentido véase, en particular, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler [TJCE 2011, 52] antes citada, apartado 29.”

### III. Doctrina administrativa

#### Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 366/2014, 9 de mayo de 2014

“Como recuerda la jurisprudencia de manera constante, los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes (SSTS, Sala I, de 16 de mayo de 2000 –Roj STS 3952/2000–y 3 de noviembre de 2010 –Roj STS 6115/2010, STS, Sala III, de 10 de julio de 2008 –Roj STS 5266/2008–), o, en palabras del Informe del Tribunal de Cuentas nº 620, de 27 de enero de 2004 (pág. 29), *“la naturaleza de un contrato no puede determinarse atendiendo exclusivamente a la calificación que le haya dado el órgano de contratación, sino en consideración a su verdadero objeto y finalidad.”*

#### Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, Resolución 548/2015, 12 de junio de 2015

“Hay que analizar el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares y el de Prescripciones Técnicas para determinar cuál es la naturaleza jurídica real del contrato licitado. El Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares señala que *el objeto del contrato es la gestión del servicio público de Recogida de Residuos, Limpieza Urbana y Gestión del Ecoparque, bajo la modalidad de concesión.*

Ahora bien, tal y como viene reiterando este Tribunal en numerosas resoluciones, el elemento característico de toda concesión de servicios públicos consiste en la asunción por el contratista de la totalidad o de una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio. Con base en dicha premisa, hemos abordado la **diferenciación entre el contrato de servicios y la concesión de servicio público**. Así, por ejemplo, en la Resolución nº 634/2014, de 12 de septiembre, tras indicar que *la nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación*, señalábamos que en los términos en que se define la “concesión de servicios” en la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión (artículo 5.1), implica *“la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación... abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”*.

Insistiendo en esta consideración, en la Resolución 141/2015, de 13 de febrero, tomando también como referencia informes sobre esta materia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, puntualizábamos que **la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinamos 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.

Como, asimismo, se refleja en esta última Resolución, en relación con la asunción de riesgo por parte del prestador del servicio público, cabe citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 (petición de decisión prejudicial; Asunto C-206/08 Eurawasser) en la que se concluía que *“El hecho de que, en el marco de un contrato de servicios, la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», en el sentido del artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales, siempre que la otra parte contratante asuma la totalidad, o, al menos, una parte significativa, del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídico pública de los servicios”*.

Parece patente así que **el elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista**. En el caso que ahora nos ocupa, el elemento central al que cabe acudir para determinar si puede haberse producido la transmisión del riesgo al contratista es la forma de retribución del mismo, ya que mientras en la concesión de servicios el concesionario asume el riesgo de la explotación, de tal forma que su mayor o menor retribución dependerá, en todo caso, del mayor o menor uso que del servicio hagan los destinatarios, en el contrato de servicios la retribución del empresario se fija en el contrato y no depende de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

Una vez sentada esta doctrina general hay que contrastarla con lo establecido en los Pliegos que rigieron la contratación.

....

Así las cosas, en el presente contrato observamos como la remuneración del contratista se abona directamente por la Administración contratante, **mediante pagos mensuales**, previéndose cláusula de revisión de precios, sin que quepa advertir de las cláusulas del pliego que el riesgo derivado de la explotación del servicio sea asumido por el concesionario. En efecto, si bien en el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares se realiza una declaración formal de que el servicio se gestionará a riesgo y ventura del concesionario, no existe ninguna previsión específica de que ello realmente vaya a ser así, es decir, de que los ingresos de aquel dependan del mayor o menor uso del servicio que hagan los destinatarios, limitándose ese proclamado riesgo y ventura al que es propio de todo contrato administrativo, mientras que en el caso del contrato de gestión de servicios públicos resulta característico, adicionalmente, el que la retribución del contratista dependa de los rendimientos de su explotación, algo que aquí no se contempla, refiriéndose el pliego al abordar el riesgo y ventura del contratista a los efectos sobre el mismo de determinadas modificaciones del objeto de los servicios a prestar, cuestión distinta que aquí no nos corresponde abordar.

Conviene advertir aquí, adicionalmente, que, si bien es cierto que los pliegos establecen un sistema de inspección del servicio por parte del Ayuntamiento y que el precio a abonar puede resultar condicionado por su resultado, ello no es suficiente para concluir que nos encontramos en presencia de una concesión. Citamos a este efecto a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009, previamente reseñado, donde se indica que *“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.”*

Sentado lo anterior, **resulta evidente que en el caso presente no es apreciable la asunción por el contratista de riesgo derivado de su explotación, como consecuencia de la prestación compensatoria de la Administración. Ello significa que al no existir dicha asunción de riesgo, el contrato no puede ser calificado como de concesión de servicio público.** Por consiguiente, y dado que se trata de un contrato cuyo valor estimado es superior a 207.000 euros, no existe duda alguna que se trata de un contrato de servicios sujeto a regulación armonizada incluido dentro del ámbito del recurso especial en materia de contratación.”

#### **Junta Consultiva de Contratación Administrativa, Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009**

“1. La cuestión que se plantea por la consulta, la calificación jurídica del contrato administrativo para el **mantenimiento de las zonas verdes** del término municipal de Culleredo (La Coruña) ha sido ya objeto de informe en alguna otra ocasión por esta Junta Consultiva, de manera especial en el 27/07 y el 4/08.

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 especifica 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, aun 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.**"

#### Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, Informe 4 /2012, de 9 de mayo

##### ***"Falta de adecuación del tipo de contrato a su objeto y forma de retribución.***

Aunque en el PCAP no se indican los códigos del CPV descriptores del objeto del contrato, del Pliego de condiciones técnicas que rige la contratación se deduce con total claridad que el objeto principal del contrato lo constituyen las prestaciones de hacer correspondientes a **la recogida de residuos urbanos y a la limpieza viaria**, a cambio de una retribución determinada a priori en el contrato y pagada por el Ayuntamiento. Estas prestaciones (CPV 90511000-2 y 90600000-3) se encuentran comprendidas en la categoría 16 del Anexo II de la LCSP (y de la Directiva 2004/18/CE), modificado por el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP.

Desde la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, esta Junta ya se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la imposibilidad legal de utilizar la figura contractual de la concesión en aquellas contrataciones que, por una parte, tienen por objeto prestaciones de servicios definidas en el artículo 10 de la LCSP y comprendidas en su Anexo II y simultáneamente, por otra, las contraprestaciones a percibir por el contratista no se ajustan, como es el caso que nos ocupa, a lo dispuesto en el artículo 257 del LCSP para los contratos de gestión de servicios públicos, el cual establece que tales contraprestaciones incluirán, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio objeto del contrato, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Así, en el Informe 1/2010, de 26 de octubre, con motivo de una consulta de otro Ayuntamiento sobre una contratación análoga a la presente, esta Junta llegaba a la conclusión de que cuando "la retribución del contratista proviene del propio ayuntamiento y, aunque proviniera de terceros, no procede de la explotación del servicio a riesgo y ventura del contratista, sino de la prestación del servicio a cambio de un precio cierto ..., la figura del contratista, lejos de asimilarse al concesionario, se asimila a lo que en términos de la Directiva 2004/18 y la propia LCSP se denomina 'prestador de servicios'. La inexistencia, por tanto, de riesgo, aunque fuera al principio limitado por la configuración jurídico pública del servicio, lleva por sí sola a la conclusión de que estamos ante contratos de servicios".

En Informe 2/2010, de 31 de enero de 2011, esta Junta recuerda que en este tipo de contratos, *"como en todo contrato oneroso, debe fijarse un precio, precio que no es ni más ni menos que la remuneración al contratista por la prestación del servicio y, en su caso, por las inversiones que sean necesarias para ello. Así el artículo 257 de la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP) determina que el contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.*

***Es decir, en el contrato de concesión la Ley distingue dos posibles clases de contraprestación al concesionario del servicio: una, en función de la utilización del servicio, necesaria y obligatoria por ser donde reside principalmente el "riesgo y ventura" de la explotación, y otra que, en caso de haberla, no estará en función de dicha utilización y dependerá de las prestaciones previstas en el contrato que obliguen al adjudicatario a efectuar inversiones o gastos que no vayan a ser retribuidos por las tarifas o retribuciones por la utilización".***

Igualmente, en el Informe 4/2011, de 22 de noviembre, en respuesta a la consulta relativa a la paralización por el Ayuntamiento de Almoradí del procedimiento de adjudicación del contrato para la gestión indirecta mediante concesión del servicio público de recogida, transporte y eliminación de residuos urbanos y de limpieza viaria de dicho municipio, ya destacamos que **cuando la retribución al contratista proviene del propio ayuntamiento y no deviene de la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia, y cuando no existe, por tanto, riesgo inherente a la explotación, debíamos afirmar sin vacilaciones que se trata de un contrato de servicios en el sentido de la normativa comunitaria y, como no puede ser de otra forma, de la propia LCSP.**

Concretamente, en este último informe se apreciaban, igual que ahora, las siguientes circunstancias: "***En el caso de la limpieza viaria del municipio ni siquiera puede decirse que sea un servicio susceptible de explotación económica por un particular, como exige el artículo 251.1 de la LCSP, ya que no puede establecerse al menos una parte significativa del precio en función de la utilización del servicio por los usuarios, y para que lo fueran los de recogida y tratamiento de residuos, donde sí cabe establecer tarifas o precios unitarios por su utilización, sería necesario que los usuarios tuvieran alguna alternativa a los servicios prestados por el concesionario para que realmente exista riesgo***".

....

En consecuencia, esta Junta no puede sino reiterar el criterio de que, **conforme a la normativa comunitaria y la LCSP, sólo es posible la concesión de servicios comprendidos en el Anexo II de la LCSP cuando éstos sean susceptibles de explotación económica por particulares a su riesgo y ventura, su contraprestación sea precisamente el derecho a esa explotación y su retribución para hacer efectivo dicho derecho dependa, al menos de una forma significativa, de la utilización del servicio por una pluralidad de usuarios.** No parece que los servicios de limpieza viaria (comprendidos en la división 90600000-3 del CPV) puedan ajustarse en modo alguno a tales requisitos y los de recogida, transporte o tratamiento y eliminación o valorización de residuos sí que podrían, pero en condiciones diferentes de las planteadas por el Ayuntamiento en la contratación objeto de consulta.

Por tanto, en este punto, hemos de concluir que la contratación objeto de la consulta del Ayuntamiento de Ibi, tal como está planteada, corresponde a un contrato de servicios de los definidos en el artículo 10 de la LCSP que, por su cuantía y por estar comprendido en la categoría 16 del Anexo II de la LCSP, **se encuentra sujeto a regulación armonizada** de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la misma Ley. **En consecuencia, su duración máxima, incluidas las prórrogas, no debería exceder de 6 años y, asimismo, sería necesario acreditar la clasificación como empresa contratista de servicios para poder optar a su adjudicación,** según lo dispuesto en el artículo 46 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, y de conformidad con lo establecido en el artículo 54 de la LCSP (actualmente artículo 65 de su Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

#### ***Inexistencia de normas reguladoras del servicio y de anteproyecto de explotación o de estudio económico previos a la licitación.***

Entre la documentación facilitada por el Ayuntamiento consultante **no se encuentra, ni consta referencia alguna en los pliegos, a la elaboración y aprobación previa por el Ayuntamiento de las correspondientes normas reguladoras del régimen jurídico y del anteproyecto, proyecto o estudio económico de explotación del servicio público cuya gestión indirecta se quiere contratar mediante concesión,** a lo que obligan los artículos 116 y 117 de la LCSP y el artículo 183.1 del todavía vigente Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este último dispone que **los proyectos de explotación de servicios públicos comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.**

Por lo que respecta a las normas reguladoras del servicio, el artículo 68 del Pliego de condiciones técnicas remitido por el Ayuntamiento, sorprendentemente, establece que serán los licitadores quienes habrán de incluir en sus propuestas "un proyecto de reglamento del servicio, en el que se definan sus características, las normas de funcionamiento interno, los derechos y deberes de los usuarios y de los operarios del servicio, la referencia a los distintos servicios, el régimen disciplinario y los procedimientos de queja, reclamaciones y sugerencias de los usuarios". **Ello no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 67.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, apartado a), donde se establece que, en los contratos de gestión de servicios públicos, el PCAP debe, además de contener el régimen jurídico básico del servicio público, expresar los reglamentos reguladores del servicio y de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos.**

En cuanto a los aspectos económicos de la explotación, aunque no se determinan tarifas por la prestación de los servicios, sino precios globales máximos, el PCAP exige igualmente que sean los licitadores en su proposición los que presenten una descomposición de los costes y la justificación de todos los precios "mediante el correspondiente estudio económico, en el que se recojan los medios asignados a cada uno de los trabajos, tanto para la propuesta indicada en este Pliego, como para los posibles mejoras, ...".



Sobre esta cuestión, esta Junta ya tuvo ocasión de pronunciarse en el Informe 11/2004, de 29 de noviembre, solicitado por el Ayuntamiento de Oliva con motivo de un contrato para la concesión del Servicio de Control de Estacionamiento Limitado de Vehículos en la vía pública (ORA). Entre otras cuestiones, en dicho Informe se advertía "que **es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara nulas de pleno derecho las licitaciones de gestión de servicios públicos que no acompañan el proyecto o anteproyecto de explotación del servicio, recayendo esta obligación sobre el licitador**", y se traía a colación el Auto del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2003 ratificando la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana 90/2001 de 27 de enero del 2001 que declara la nulidad de pleno derecho de un contrato de gestión de servicios públicos por haber infringido el artículo 159.1 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al haberse omitido el preceptivo trámite previo de aprobación del anteproyecto de explotación, así como sendas sentencias del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, de 5 de junio de 2002, y del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares, de 30 de junio de 1999.

Asimismo en el Informe 2/2010, de 31 de enero de 2011, anteriormente citado, esta Junta determina que **en estos contratos, como en cualquier otro contrato concesional (concesión de obras públicas), la retribución al contratista y en consecuencia el precio del contrato debe fijarlo la administración en base al anteproyecto de explotación que obligatoriamente debe acompañar a la licitación si el contrato comprende la ejecución de obras, o en base al estudio económico para la determinación de las tarifas que habrán de abonar los usuarios cuando el contrato no comprenda la ejecución de obras y ésta sea la única forma de retribución al contratista**. Así el artículo 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas citado, en relación con el artículo 117 de la LCSP, establece que "Con excepción de los supuestos a que hace referencia el artículo 158.2 de la Ley los proyectos de explotación deberán referirse a servicios públicos susceptibles de ser organizados con unidad e independencia funcional. Comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.

Por ello, esta Junta entiende que en el caso sometido a consulta **se incumplen las normas antes citadas con la consecuencia de que, además, desde el punto de vista económico, la inexistencia de un presupuesto o anteproyecto de explotación del servicio previo a la licitación hace imposible valorar con suficientes elementos de juicio y fundamentadamente cualesquiera ofertas presentadas. No se trata sólo de comparar los costes que cada empresa se compromete a soportar en condiciones sólo parcialmente determinadas, sino sus respectivas ofertas o propuestas ante una estructura completa y previamente definida de ingresos y gastos vinculados a la explotación del servicio**, los segundos a partir de unos mínimos o estándares de calidad del servicio establecidos por el Ayuntamiento, y los ingresos teniendo en cuenta todos los que pueden obtenerse de la explotación del servicio. En la explotación de un servicio de recogida de residuos, máxime si se ha implantado un sistema de recogida selectiva, los ingresos del concesionario o, por decirlo de otra forma, su retribución, no sólo consiste en los importes pagados por el Ayuntamiento, sino también en los rendimientos o ingresos que pueden obtenerse de la venta de dichos residuos para su reciclaje o valorización por las entidades que se dedican a ello. Y nada de esto se dice en el pliego, ni se establece ningún canon o retorno al Ayuntamiento en concepto de participación en dichos ingresos y se desconoce si tal circunstancia ha sido tenida en cuenta de algún modo en la fijación del precio o presupuesto máximo que ha de pagar el Ayuntamiento, una parte significativa del cual debería estar en función de la utilización del servicio para que sea posible utilizar la figura contractual de la concesión.

Los pliegos que rigen la licitación mezclan disposiciones que son propias de los contratos públicos de servicios, como son precios globales y fijos por prestaciones determinadas contratadas por el Ayuntamiento para el municipio como si fuera un único usuario o beneficiario de las mismas (en el caso de la limpieza viaria lo es realmente al tratarse de viales y espacios públicos), con otras que son propias de un contrato de gestión de servicios públicos como las establecidas en la cláusula 23.1 del PCAP, donde la primera obligación del adjudicatario que se establece es "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 comprendida en las tarifas aprobadas". ¿A qué tarifas se refiere? ¿En qué condiciones pueden los particulares utilizar el servicio de limpieza viaria o el de recogida de residuos?

Igualmente, se establecen en el pliego de condiciones técnicas prescripciones de carácter económico que no tienen reflejo en el PCAP, como son la obligación del adjudicatario de ingresar a favor del Ayuntamiento la cantidad de 194.886,03 euros para su posterior abono al "anterior concesionario", en concepto de valor residual de una maquinaria o material que figura en un Anexo IX del pliego técnico que no ha sido remitido y a cuya adquisición queda obligado el adjudicatario según se establece en el artículo 65 de dicho pliego. También se establecen en este artículo plazos de amortización contradictorios a que ha de someterse el "material nuevo que haya de incorporarse inicialmente" (parece referirse sobretodo a vehículos) indicando que "se amortizará a 12,5 o 8 años (dependiendo del servicio)". En cualquier caso los plazos establecidos son arbitrarios tanto uno como otro, no se ajustan a los que son comunes en contabilidad y sólo tendría sentido establecerlos si se hubiera elaborado un proyecto de explotación en el que se hubieran determinado las inversiones en nuevos bienes de equipo y maquinaria necesarias para la prestación de los servicios durante el plazo de la concesión y a las que el adjudicatario quedara obligado."

“CONCLUSIONES

Segunda. El servicio de limpieza viaria, definido en el pliego de condiciones técnicas remitido, y en general cualquier servicio de limpieza de viales o espacios de dominio público o de titularidad de una Administración pública, no puede considerarse susceptible de explotación por particulares, a riesgo y ventura del que resulte adjudicatario y de forma que se le transfiera a éste el riesgo de explotación económica en el sentido expresado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y recogido en la Ley de Contratos del Sector Público.

Tercera. En el supuesto de que el Ayuntamiento optara por la gestión indirecta de la recogida de residuos urbanos, la contratación de la gestión de dicho servicio público debe ir precedida, con carácter necesario por Ley, de la elaboración del correspondiente régimen jurídico básico del servicio y del proyecto, anteproyecto o estudio económico de la explotación.”

Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, Informe 9/2009, de 14 de diciembre

***Carácter residual de los contratos administrativos especiales.***

“El artículo 10 de la LCSP establece igualmente, trasponiendo la directiva citada, lo siguiente: “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.” Y téngase en cuenta que dicho Anexo es prácticamente comprensivo de todas las prestaciones de servicios posibles al incluir, junto a 26 categorías claramente delimitadas, una categoría residual (la 27) que recoge cualquier otra prestación que se ajuste a dicha definición de servicios.

De esta forma la LCSP, al trasponer el derecho comunitario y hacer obligatorio el régimen del contrato de servicios para la contratación de las prestaciones incluidas en las categorías enumeradas en el Anexo II, cambia radicalmente el esquema anterior del TRLCAP -que distinguía contratos de servicios, de consultoría y asistencia y administrativos especiales- independientemente de que el destinatario de la prestación sea un tercero ajeno a la administración, o de que el objeto de la prestación comprenda servicios de contenido múltiple, pues de lo que se trata es de un contrato de carácter oneroso entre un poder adjudicador y un prestador de servicios que deberá satisfacer esta prestación según las especificaciones que determine la entidad adjudicadora, a cambio de un precio y dirigido a obtener el resultado querido por la entidad contratante dentro de la esfera de sus competencias.

Por tanto, de todo cuanto antecede, y sin desvirtuar este tipo de contrato administrativo, que **por definición ha de tener un objeto distinto de los tipificados en la LCSP, puede decirse que su aplicación se ha visto enormemente minimizada y posiblemente reducida a los casos en los que una ley así lo establezca.**

CONCLUSIONES:

PRIMERA.- La consideración de que un contrato tiene naturaleza administrativa especial requiere, además de que se objeto sea distinto de los expresados en el artículo 19.1 a) de la Ley de Contratos del Sector Público, que su vinculación al giro o tráfico de la administración contratante y la satisfacción de una necesidad de interés general se aprecie caso a caso y no se interprete de manera amplia o genérica, sino restringida, debiendo atender al específico ámbito de actuación y de competencias de la administración contratante y a la existencia de una directa relación entre el objeto del contrato y el servicio o la finalidad pública. No basta, pues, la mera presencia de características intrínsecas que hagan necesaria o justifiquen una especial tutela de la administración para considerar la vinculación a la satisfacción de un interés general o de una necesidad pública.

SEGUNDA.- No pueden ser considerados contratos administrativos especiales los contratos privados a los que se refiere el artículo 20.1 de la Ley, ni los contratos patrimoniales comprendidos en el artículo 4.1.p) ni aquellos otros negocios que se puedan establecer sobre bienes de dominio público aunque su utilización sea común, debiendo reconducirse a concesiones o autorizaciones, de conformidad con el artículo 4.1.o), rigiéndose en ambos casos por su normativa específica.

TERCERA.- **La regulación del contrato de servicios del artículo 10 y Anexo II de la Ley de Contratos del Sector Público no permite considerar de naturaleza administrativa especial numerosos contratos de la Administración que sí tenían tal consideración de acuerdo con la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero que hoy por hoy ya tienen en estos preceptos una conceptualización clara y concisa.”**

Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la CA de Aragón. Informe 13/2014, de 7 de mayo

***Carácter residual de los contratos administrativos especiales.***

“Debe recordarse que en la calificación de un contrato es de aplicación, como elemento delimitador, la causa del negocio causal (como ya se advertía en nuestra Recomendación 1/2011). Y aquí es clara la causa: la prestación de un servicio de hostelería, que se encuentra incluido en la categoría 17 «Servicios de hostelería y restaurante» del Anexo II del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP). Dado que la categoría del contrato administrativo especial es «residual», y solo se

**aplica cuando el objeto de la prestación no se incluye en los supuestos del artículo 5 TRLCSP (prestaciones ajenas a la regulación de contratos de la Unión Europea), la calificación del contrato objeto de consulta debe ser de servicios.** Criterio igualmente compartido por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, en Informe 9/2009, de 14 de diciembre, que también ha mantenido el nuevo concepto de contrato de servicios con la regulación del TRLCSP, y el carácter marcadamente residual del contrato administrativo especial.”

## IV. Sindicatura

### Criterios generales

- La nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación. El elemento al que es preciso acudir para determinar la naturaleza del contrato no puede ser solamente la mera materia sobre que versa, sino que hay algo más que diferencia entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios: la existencia de transmisión de riesgos al contratista.
- Cuando la retribución al contratista proviene de la propia entidad y no deviene de la explotación del servicio sometido a la incertidumbre de la demanda y de los precios de mercado, sino de la prestación de un servicio público obligatorio a usuarios determinados y sin competencia, y cuando no existe, por tanto, riesgo inherente a la explotación, se trata de un contrato de servicios en el sentido de la normativa comunitaria y, como no puede ser de otra forma, de la propia LCSP
- Es preceptiva la elaboración y aprobación previa por el órgano de contratación de las correspondientes normas reguladoras del régimen jurídico y del anteproyecto, proyecto o estudio económico de explotación del servicio público cuya gestión indirecta se quiere contratar mediante concesión.

La contratación de la gestión de un servicio público debe ir precedida, con carácter necesario por Ley, de la elaboración del correspondiente régimen jurídico básico del servicio y del proyecto, anteproyecto o estudio económico de la explotación. Según el Tribunal Supremo son nulas de pleno derecho las licitaciones de gestión de servicios públicos que no acompañan el proyecto o anteproyecto de explotación del servicio, recayendo esta obligación sobre el licitador.

- Los contratos administrativos especiales tienen un carácter marcadamente residual. No deben estar incluidos en el Anexo II del TRLCSP, ya que en este caso se tratará de contratos de servicios.

### Riesgo de auditoría

- La utilización de contrato de gestión de servicios públicos en lugar del contrato de servicios puede tener por finalidad burlar el principio de publicidad, ya que superados determinados límites, un contrato de servicio puede ser SARA y un uno de gestión no. Es decir se puede eludir la tramitación de la licitación por procedimientos SARA y la publicidad de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.
- Se puede intentar forzar la duración máxima de un contrato pasando fraudulentamente de un periodo de 6 años (servicios) a 50 años (concesión).
- La no existencia de proyecto de explotación es causa de nulidad.

### Procedimientos principales

- Revisar los PCAP para analizar si el contratista asume el riesgo de explotación o no;
- Revisar si los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas fijan las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijan las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración.
- Solicitar el proyecto de explotación.

### Ejemplos de informe

#### a) Incorrecta calificación jurídica del contrato

Hemos observado con una frecuencia excesiva que la calificación jurídica de determinados contratos ha sido incorrecta. Esta circunstancia se ha dado principalmente en contratos de servicios relacionados con la recogida de residuos urbanos y con la limpieza de espacios públicos.

Como observación preliminar conviene traer a colación la Resolución 366/2014, de 9 de mayo de 2014 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales:

*“Como recuerda la jurisprudencia de manera constante, los contratos son lo que son según su naturaleza con independencia de la denominación dada por las partes, ... o, en palabras del Informe del Tribunal de Cuentas nº 620, de 27 de enero de 2004 (pág. 29), “la naturaleza de un contrato no puede determinarse atendiendo exclusivamente a la calificación que le haya dado el órgano de contratación, sino en consideración a su verdadero objeto y finalidad.”*

En todos los casos analizados, el “error” o la “incorrecta” calificación jurídica, tiene las siguientes consecuencias:

- Ampliar el plazo de duración de los contratos. Por ejemplo, en uno de los contratos fiscalizados, en lugar de fijar una duración máxima de 4 años establecida para los contratos de servicios (más 2 años de prórrogas) se establece una duración contratada de 20 años (más 5 años de prórrogas).
- Eludir la tramitación de la licitación por procedimientos SARA y la publicidad de la licitación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

La distinción entre un contrato como de **servicios** (artículo 10 del TRLCSP) o de **gestión de servicios públicos** (artículo 10 del TRLCSP), depende exclusivamente de si el contratista asume la totalidad o una parte significativa de los riesgos derivados de la explotación de dicho servicio.

El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales se ha manifestado reiteradamente en sus resoluciones<sup>1</sup> destacando que la nota sustancial que distingue un contrato de servicios de otro de gestión de un servicio público es que en este último el adjudicatario asume el riesgo de la explotación. En idéntico sentido, se han manifestado tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>2</sup>, como la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat<sup>3</sup>. También la Sindicatura se ha pronunciado en el mismo sentido en informes anteriores<sup>4</sup>.

En casi todos los casos fiscalizados no se ha apreciado que se produjera esa traslación del riesgo de explotación al contratista, por lo que se ha concluido que el contrato de gestión de servicios públicos no era el vehículo jurídico adecuado.

Otro grupo de contratos sobre los que hemos discrepado respecto de su calificación jurídica han sido los que el órgano de contratación ha configurado como **contratos administrativos especiales** (artículo 19 del TRLCSP), cuando según nuestra apreciación se trataba de contratos de servicios (artículo 10 del TRLCSP).

Al respecto consideramos que con la actual normativa, el TRLCSP, la categoría del contrato administrativo especial es “residual”, y solo se aplica cuando el objeto de la prestación no se incluye en los supuestos del artículo 5 del TRLCSP. Este criterio es igualmente mantenido por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat, que a mayor abundamiento concluye que “La regulación del contrato de servicios del artículo 10 y Anexo II del TRLCSP no permite considerar de naturaleza administrativa especial numerosos contratos de la Administración que sí tenían tal consideración de acuerdo con la anterior Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero que hoy por hoy ya tienen en estos preceptos una concepción clara y concisa<sup>5</sup>”.

La utilización indebida de las citadas figuras jurídicas representa un incumplimiento legal que atenta contra los principios generales y objetivos de la contratación establecidos en el artículo 1 del TRLCSP y es contrario a lo dispuesto en el artículo 23 que establece la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las prestaciones contratadas.

---

<sup>1</sup> Véase la Resolución 548/2015, 12 de junio de 2015.

<sup>2</sup> Véase su Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009.

<sup>3</sup> Véase su Informe 4 /2012, de 9 de mayo.

<sup>4</sup> Véase el Informe “Recogida de residuos urbanos: oportunidad de mejora en la calidad y economía del servicio”, de 22 de abril de 2014, páginas 70 y anexo 1. En dicho informe además, al analizar los criterios de adjudicación de ocho contratos, se realizan observaciones similares a las realizadas en el presente informe.

<sup>5</sup> Véase su Informe 9/2009, de 14 de diciembre.

**a) Inadecuada calificación del contrato.**

El Ayuntamiento ha dado al contrato fiscalizado el tratamiento jurídico establecido en el TRLCSP para los contratos de gestión de servicios públicos (artículo 8 del TRLCSP), cuando de acuerdo con las condiciones establecidas para la realización del servicio en los pliegos queda patente que el adjudicatario no asume ningún riesgo de explotación, limitándose a percibir una contraprestación fija por la prestación del servicio contratado.

La jurisprudencia europea y la JCCA ha reiterado que la calificación del objeto de un contrato como de gestión de servicio público exige, como condición sine qua non, la transferencia del riesgo de explotación al contratista, circunstancia que no se da en el presente caso, por lo tanto se trata de un contrato de servicios de los definidos en el artículo 10 del TRLCSP.

Esta circunstancia tiene efectos muy relevantes ya que el ser calificado como de servicios y no como de gestión de servicios públicos, supone que el plazo de ejecución **no podría superar los 4 años** (artículo 303 del TRLCSP), sin embargo el contrato se adjudica para 10 años, exige obligatoriamente la clasificación del contratista (artículo 65 del TRLCSP) y la **publicidad de la licitación en el DOUE** por tratarse de un contrato SARA (hecho que no se ha producido).

El plazo de duración máxima del contrato (25 años), por las características del mismo, que no requiere inversiones iniciales significativas, parece excesivo.

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 183 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas los expedientes de contratos de gestión de servicios públicos deben incorporar, antes de su aprobación, un **proyecto de explotación del servicio público**, que comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición. No consta que se haya elaborado dicho proyecto.

**a) Inexistencia de normas reguladoras del servicio y de anteproyecto de explotación o de estudio económico previos a la licitación.**

Entre la documentación facilitada no se encuentra, ni consta referencia alguna en los pliegos, a la elaboración y aprobación previa por el Ayuntamiento de las correspondientes normas reguladoras del régimen jurídico y del anteproyecto, proyecto o estudio económico de explotación del servicio público cuya gestión indirecta se quiere contratar mediante concesión, a lo que obligan los artículos 116 y 117 de la LCSP y el artículo 183.1 del todavía vigente Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Este último dispone que los proyectos de explotación de servicios públicos comprenderán un estudio económico-administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición, que deberá incorporarse por el órgano de contratación al expediente de contratación antes de la aprobación de este último.

Es reiterada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que declara nulas de pleno derecho las licitaciones de gestión de servicios públicos que no acompañan el proyecto o anteproyecto de explotación del servicio, recayendo esta obligación sobre el licitador

Por lo que respecta a las normas reguladoras del servicio, el artículo 68 del PCAP, sorprendentemente, establece que serán los licitadores quienes habrán de incluir en sus propuestas "un proyecto de reglamento del servicio, en el que se definan sus características, las normas de funcionamiento interno, los derechos y deberes de los usuarios y de los operarios del servicio, la referencia a los distintos servicios, el régimen disciplinario y los procedimientos de queja, reclamaciones y sugerencias de los usuarios". Ello no se ajusta a lo dispuesto en el artículo 67.4 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, apartado a), donde se establece que, en los contratos de gestión de servicios públicos, el PCAP debe, además de contener el régimen jurídico básico del servicio público, expresar los reglamentos reguladores del servicio y de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos.

Se incumplen las normas antes citadas con la consecuencia de que, además, desde el punto de vista económico, la inexistencia de un presupuesto o anteproyecto de explotación del servicio previo a la licitación hace imposible valorar con suficientes elementos de juicio y fundamentadamente cualesquiera ofertas presentadas. No se trata sólo de comparar los costes que cada empresa se compromete a soportar en condiciones sólo parcialmente determinadas, sino sus respectivas ofertas o propuestas ante una estructura completa y previamente definida de ingresos y gastos vinculados a la explotación del servicio,