Fiscalización Local

ISSN 2659-3572

Un blog sobre administración local

¿Son las prestaciones de servicios para la ciudadanía una gestión indirecta de servicios públicos? por @javaduc

Publicado el 6 de septiembre de 2023

ENLACE PERMANENTE DE ESTA ENTRADA

https://www.fiscalizacionlocal.es/contrato-de-servicios-para-la-ciudadania/

¿Los contratos administrativos de servicios que regula el art. 312 de la LCSP son una modalidad de de gestión indirecta de los servicios públicos?

Auto: Miguel H. Javaloyes Ducha, Secretario General del ayuntamiento de Xirivella. Septiembre 2023

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, en adelante, LCSP, introdujo, entre otras novedades, la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público, y, tal y como señala el preámbulo de dicha norma, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del derogado Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Surge en su lugar, como señala el preámbulo de la LCSP, de conformidad con el contenido de la Directiva europea relativa a la adjudicación de contratos de concesión, la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade dentro de la categoría de las concesiones a la ya existente figura de la concesión de obras, en un intento de acomodar las previsiones de nuestro ordenamiento jurídico a las previsiones de las citadas Directivas europeas.

Pero ello no sólo conlleva la regulación de la concesión de servicios fundamentada en el traslado del riesgo operacional al contratista, sino, además, la regulación, en cuanto se refiere al régimen jurídico de los contratos administrativos de servicios, del denominado “contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía”, según la regulación que, al efecto, lleva a cabo el artículo 312 de la

LCSP.

Si atendemos al tenor literal de dicho artículo 312 de la LCSP, vemos que éste señala expresamente que en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se deberán cumplir las siguientes prescripciones:

a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza 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, 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.

b) El adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo 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; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

c) Los bienes afectos a los servicios regulados en el presente artículo no podrán ser objeto de embargo.

d) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

e) La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía de que se trate.

f) Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.

g) Además de las causas de resolución del contrato establecidas en el artículo 313 de la LCSP, serán causas de resolución de los contratos de servicios tratados en el presente artículo, las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 294 de la LCSP.

Si atendemos al contenido de dicha regulación, es prácticamente la misma que se preveía en nuestro ordenamiento jurídico respecto al derogado contrato de gestión de servicio público, lo que puede conllevar dudas sobre cuándo debe incardinarse una prestación en la tipología de contrato de servicios del artículo 312 de la LCSP y cuándo debe ser incardinado como una prestación propia de ser considerada como un contrato de concesión de servicios.

La respuesta básicamente, parte de que el legislador estatal, consciente de las particularidades de nuestro modelo de gestión de los servicios públicos, parte de que había determinadas prestaciones que, antes de la entrada en vigor de la LCSP de 2017 debían ser consideradas como contratos de gestión de servicio público, si bien, tras la entrada en vigor de la citada norma estatal, podrían no ser consideradas concesiones de servicio público si no se daba la nota definitoria del traslado del riesgo operacional al concesionario.

En ese sentido, la LCSP de 2017 ofrece una solución "intermedia", regulando, dentro del ámbito del contrato administrativo de servicios, este tipo de contratos que conllevan prestaciones directas a favor de los ciudadanos, que, por sus propias características, son claros ejemplos de servicios públicos, pero que, precisamente, por no darse la nota del traslado del riesgo operacional al contratista (en cualquiera de sus modalidades, ya sea en la de demanda, suministro, o ambas), no pueden ser calificados como contratos de concesión de servicios.

Así, los contratos administrativos a los que se refiere el artículo 312 de la LCSP, en su condición de contratos administrativos de servicios, no dejan de ser un trasunto de los derogados contratos de gestión de servicio público.

Ahora bien, en base a dicha premisa, es lógico que surja la siguiente duda: **¿Puede ser considerado un contrato de servicios que conllevan prestaciones directas a la ciudadanía una forma de gestión indirecta de servicios públicos, conforme a la normativa aplicable en materia de régimen local?**

La respuesta, a la vista de los pronunciamientos de los órganos consultivos que señalaremos a continuación, es **afirmativa.**

Debemos tener en cuenta, por un lado, que la vigente Ley 7/1985, de 2 de abril, Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local, prevé en el apartado primero de su artículo 85 que son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias, para, a continuación, señalar en su apartado segundo que los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Dicho artículo 85.2 de la LRBRL incide en que sólo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) arriba señaladas cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b) arriba previstas, para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión.

Además, dicho artículo 85.2 incide en que deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados, de forma que, a estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

Por su parte, para lo que nos interesa en la presente entrada, el tenor literal del citado artículo 85.2 de la LRBRL prosigue de la siguiente forma, a falta de actualización: *"B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos."

Como puede observarse, dicha regulación partía de la consideración de los contratos de gestión de servicio público como la forma de gestión indirecta de servicios públicos, no así los contratos administrativos de servicios como tales. De hecho, a modo de ejemplo, el Informe 26/2007, de 05 de julio de 2007, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado [1](hoy Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado) afirmaba, en relación a la gestión de los tanatorios municipales, que, independientemente de la forma de retribución del contratista, dicha gestión debía ser calificada como un contrato de gestión de servicio público, precisamente, por las propias características del mismo.

Ello obedecía, pues, al concepto de servicio público como aquél que debe ser prestado como manifestación de una competencia del municipio para dar satisfacción a las necesidades del colectivo general de los vecinos.

A partir de la entrada en vigor de la LCSP de 2017, no obstante, dicha concepción cambia radicalmente, de forma que se diluye, por así decirlo, el concepto de servicio público como elemento definitorio de la calificación de un contrato administrativo como concesión de servicios, ya que un contrato de concesión de servicios será calificado como tal partiendo de si hay traslado o no del riesgo operacional a favor del contratista. Así, si hay traslado del riesgo operacional, nos encontraremos ante un contrato de concesión de servicios, pero, si no hay traslado del mismo, estaremos, por regla general, ante un contrato administrativo de servicios (que, a su vez, podrá ser configurado o no en la modalidad que prevé el artículo 312 de la LCSP, atendiendo a sus características propias de servicio público).

Por su parte, el Informe 53/2018, [2]19, de la Junta Consultiva de Contratación Pública (en adelante, JCCP) del Estado argumenta que *"(…) El artículo 312 de la LCSP recoge el régimen jurídico aplicable a un tipo de contratos que con arreglo a la legislación anterior a la LCSP habrían sido calificados como contratos de gestión de servicios públicos. Se trata de contratos en los que no concurre la nota distintiva de la asunción del riesgo operacional por el concesionario, condición ésta que resulta propia de los nuevos contratos de concesión de servicios, de acuerdo con la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. A pesar de ello, estos contratos de servicios tienen como objeto característico servicios públicos, por lo que es menester establecer el régimen propio de aquellos y prever las especialidades que pueda entrañar su gestión.*

(…)

A diferencia de la regulación propia del contrato de concesión de servicios, contenida en el artículo 289 Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que establece una regulación de las prestaciones económicas propias del contrato y que se completa con la aplicación supletoria de las normas del contrato de concesión de obras (297 LCSP), no existe en el artículo 312 mayor precisión respecto a la forma y naturaleza de la posible contraprestación a exigir a los usuarios del servicio de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

Sin duda, este contrato puede calificarse como un modo de gestión indirecta de un servicio público. *En cuanto tal, y como queda reflejado tanto en la regulación de los contratos de servicios como en la de la concesión de servicios, resulta preciso que su régimen jurídico haya sido establecido previamente, determinando "los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio" (312 a) y 284.2 LCSP).*

Corresponde al Ayuntamiento o la entidad contratante definir todos los aspectos relacionados con el uso, financiación y prestación de los servicios públicos atendiendo a la naturaleza de los mismos y a los requisitos que establezca la legislación general y sectorial que sea aplicable en cada caso.

Cabe recordar que las Directivas en materia de contratación pública no afectan a la libertad de los Estados para configurar la prestación de los servicios de su competencia de conformidad con el Derecho nacional y de la Unión Europea, libertad que queda expresamente reconocida por estas normas (artículos 1.4 de la Directiva 2014/24/UE, 2 de la Directiva 2014/23/UE y 1.4 de la Directiva 2014/25/UE). Lógicamente, la decisión del órgano de contratación sobre el régimen propio del servicio tiene consecuencias relevantes respecto de las posibles formas de retribución del

contratista y respecto de la posible contraprestación a exigir a los usuarios por la utilización del servicio, aspecto que tendrá, a su vez, trascendencia respecto de la calificación que desde el punto de vista de la normativa tributaria deba otorgarse a las prestaciones.

Por otro lado, en este punto hay que advertir que la calificación jurídica de las distintas formas de prestación que se puedan establecer no tiene por qué coincidir en todos los casos, ya que hay que diferenciar el régimen de retribución al contratista por la prestación del servicio de la contraprestación a

exigir a los usuarios por el uso del servicio. (…)"

Así, la JCCP del Estado concluye en dicho informe, además, que el Ayuntamiento ha de establecer el régimen jurídico del servicio público propio del contrato de servicios con prestaciones a favor de la ciudadanía, de forma que la decisión de la Administración es la que configura la forma y condiciones de retribución del contratista y, en su caso, el régimen de las contraprestaciones a abonar por los usuarios del servicio dentro del marco de la LCSP de 2017, así como que en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía las tarifas o prestaciones que deben satisfacer los usuarios al prestador de los servicios tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario cuando se exijan coactivamente.

En línea con dichos argumentos, el Informe 45/2019, de la JCCP del Estado [3] indica que 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 (sic), si bien dicho informe matiza que *"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."*

Por último, el Informe 5/2023, de 28 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón [4] argumenta que *"(…) Antes de entrar en la posible aplicación a estos contratos de espectáculos del régimen de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía del artículo 312 LCSP, conviene poner de manifiesto la significativa extensión del alcance del contrato de servicios que se llevó a cabo con la LCSP, tanto por la supresión del anexo que enumeraba categorías específicas como por incluir servicios al público y gestión de servicios públicos siempre que el riesgo operacional no sea transferido al contratista.* ***De este modo, el contrato de servicios ha perdido su nota principal, el carácter instrumental y, además, se ha convertido en una de las vías de gestión indirecta de los servicios públicos.***

El contrato de servicios ya no solo se extiende a las necesidades internas de la administración –vocación con la que surgió-, sino que incluye también la prestación de servicios al público e, incluso, de servicios públicos siempre que no se traslade el riesgo operacional al contratista.

La amplitud del ámbito de aplicación de los contratos de servicios es indudable, no sólo porque ahora será una modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos, en concreto, cuando el riesgo operacional no exista o no se traslade al contratista, sino también porque, al no definirse todos los servicios por su carácter instrumental, algunos de los que anteriormente se calificaban como contratos administrativos especiales han pasado a incluirse en esta categoría.

El legislador estatal, por influencia del concepto de contrato público de servicios del artículo 2.9 de la Directiva 2014/24 amplía el objeto tradicional del contrato de servicios –prestaciones de hacer diferentes de una obra o suministro-, para pasar a definirlo de modo abierto y dar cabida, también, a través del mismo, a cualquier servicio incluso, también, a la eventual prestación no sólo de servicios al público sino de auténticos servicios públicos.

En consecuencia, contratos que con la normativa anterior eran contratos de gestión de servicios públicos, con la LCSP pasan a ser contratos de servicios si no existe transferencia del riesgo operacional, y tal y como se especifica en el preámbulo de la Ley, se deberá acudir para identificarlos a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio; y por ello se crea esta nueva categoría de contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos del artículo 312 LCSP.

El artículo 312 LCSP recoge el régimen jurídico aplicable a un tipo de contratos que con arreglo a la legislación anterior a la LCSP habrían sido calificados como contratos de gestión de servicios públicos. Se trata de contratos en los que, como hemos dicho, no concurre la nota distintiva de la asunción del riesgo operacional por el concesionario, condición ésta que resulta propia de los nuevos contratos de concesión de servicios, de acuerdo con la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. A pesar de ello, estos contratos de servicios tienen como objeto característico servicios públicos, por lo que es preciso establecer el régimen propio de aquellos y prever las especialidades que pueda entrañar su gestión.

(…)

De este modo, el contrato de servicios del artículo 312 LCSP, como variante o especialidad del contrato de servicios, está llamado a ocupar el espacio dejado por el desaparecido contrato de gestión de servicios públicos en aquellos casos, además, donde no procede o no puede aplicarse el contrato de concesión de servicios. Esta variante o especialidad del contrato de servicios, en atención a su singularidad, excepciona el régimen común de los contratos de servicios por llevar aparejado un régimen que podríamos denominar reforzado de prestación. La regulación del régimen del servicio debe poner el foco de atención en los ciudadanos y en la forma en la que se presta el servicio a los mismos.

(…)”

El citado informe concluye, entre otros aspectos, que la supresión del contrato de gestión de servicios públicos por la LCSP obliga a reconducir las prestaciones de servicios bien a través de la concesión de servicios –cuando se transfiere el riesgo operacional-, bien mediante el contrato de servicios, así como que afirma que , dentro de este último contrato, para posibilitar la prestación de servicios públicos sin transferencia de riesgo operacional al contratista, el legislador crea una especialidad cuyo objeto es la realización de prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

A su vez, el mencionado informe de la JCCA de Aragón señala que el contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía del artículo 312 LCSP, como variante o especialidad del contrato de servicios, en atención a su singularidad, excepciona el régimen común de los contratos de servicios por llevar aparejado un régimen que podríamos denominar “reforzado” de prestación, así como que debe distinguirse en estos casos entre el régimen jurídico del contrato y el régimen jurídico del servicio público objeto del contrato; y será en esta reglamentación del servicio público objeto del contrato donde se deberá incluir aquella regulación que afecte a la prestación del servicio para garantizar la misma.

Notas que, añadimos nosotros, son las propias de la reglamentación propia de la gestión del servicio público.

Esperamos que os haya sido de utilidad la presente entrada para poder comprender la figura del contrato administrativo de servicios que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos, al que se refiere el art. 312 de la LCSP.

Enlaces citados

Direcciones de los enlaces incluidos en el texto.

[1] https://www.hacienda.gob.es/dgpatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2007/informe%2026-07.pdf

[2] https://www.hacienda.gob.es/dgpatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes2019/2018-53ppcpnt.pdf

[3] https://www.hacienda.gob.es/dgpatrimonio/junta%20consultiva/informes/informes%202020/2019-045retrib.pdf

[4] https://www.aragon.es/documents/20127/33965468/WEB+-+Informe+5_2023+Consulta+AYTO+ALMUNIA.pdf/f3a12da3-9817-81b1-086c-ef46a7bdba55?t=1680261254241

ENTRADA ORIGINAL

https://www.fiscalizacionlocal.es/contrato-de-servicios-para-la-ciudadania/

Fiscalización Local · ISSN 2659-3572