



# Govern de les Illes Balears

Conselleria d'Administracions Públiques  
Junta Consultiva  
de Contractació Administrativa

## Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de 30 de maig de 2012

### Informe 2/2012, de 30 de maig. Qualificació dels contractes: el contracte de serveis i el contracte de gestió de serveis públics. Transmissió del risc de l'exploració del servei

#### Antecedents

1. La secretària general de la Conselleria de Salut, Família i Benestar Social ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

1. Dia 31 d'octubre de 2011, la directora general de Família, Benestar Social i Atenció a Persones en Situació Especial va emetre l'informe justificatiu relatiu a la necessitat d'iniciar el corresponent expedient de contractació per a la concertació dels Serveis de Desenvolupament Infantil i Atenció Primerenca de la Xarxa Pública i Concertada d'Atenció Primerenca en l'àmbit dels serveis socials de les Illes Balears, en l'àmbit territorial de la comarca de Manacor, amb l'entitat APROSCOM.

2. Dia 2 de novembre de 2011, la secretària general de la Conselleria de Salut, Família i Benestar Social, per delegació de la consellera, va signar la Resolució d'inici de l'expedient de contractació de referència, mitjançant procediment negociat sense publicitat i tramitació urgent.

3. Dia 11 de novembre de 2011, la directora general de Família, Benestar Social i Atenció a Persones en Situació Especial va signar la proposta de resolució d'aprovació d'expedient, despesa i plecs del contracte.

4. Dia 2 de desembre de 2011, la interventora delegada de la Conselleria de Salut, Família i Benestar Social va fiscalitzar de conformitat l'expedient de referència, però va manifestar la següent observació:

«Revisada la documentació de l'expedient i considerant la normativa específica d'aplicació, en concret, l'article 9 del Decret 85/2010, de 25 de juny, pel qual es regula la xarxa pública i concertada d'atenció primerenca en l'àmbit dels serveis socials de les Illes Balears, que inclou l'atenció primerenca privada que hagin subscrit contracte de gestió de serveis públics, l'expedient es fiscalitza de conformitat. Tot i així, han sorgit dubtes raonables respecte de si aquests contractes han de ser considerats com a contractes de gestió de serveis públics o com a contractes de serveis, atès que un dels elements essencials per poder qualificar un contracte de



gestió de serveis públics és l'existència d'un servei públic susceptible d'exploració.

La correcta interpretació de la normativa estatal en matèria de contractes s'ha de fer des de la perspectiva de la normativa comunitària i la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea. Així ho han considerat les diferents juntes consultives de contractació que en reiterades ocasions han manifestat la diferència entre aquestes dues figures contractuals, sobre la base que el contractista assumeixi o no el risc de l'exploració del servei que corre el poder adjudicador. Representatiu d'aquest criteri és l'Informe 12/10, de 23 de juliol de 2010. *<Diferència entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios>*, que conclou de la manera següent: “*El contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública, no podrá ser calificado como concesión de servicios si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, es decir, cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente del grado de utilización del servicio por los usuarios*”.

Aquest risc d'exploració ha estat definit pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea en nombroses sentències –entre les quals assenyalem la darrera de 10 de novembre de 2011 C-348-10– com un risc diferent als riscos que són inherents a qualsevol contracte públic, vinculats a la mala gestió o errades en l'apreciació de l'operador econòmic a l'hora de presentar la seva oferta.

Segons el Tribunal, el risc d'exploració del servei s'ha d'entendre com un risc d'exposició a les incerteses del mercat, que pot traduir-se en el risc a enfrontar-se a la competència d'altres operadors, el risc d'un desajustant entre l'oferta i la demanda, el risc a la insolvència dels deutors, el risc que els ingressos no cobreixin les despeses dels serveis prestats o també el risc de la responsabilitat per un perjudici causat per la irregularitat de la prestació dels serveis. Atesa la transcendència de la qualificació del contracte a l'efecte de resultar subjecte o no a regulació harmonitzada i en general la importància que té la qüestió en la determinació del règim jurídic que s'ha d'aplicar a aquests expedients, és necessari que el seu centre gestor formulï una consulta a la Junta Consultiva de Contractació referent a la qualificació que s'ha de donar a aquests contractes. El pronunciament que sobre l'assumpte faci la Junta Consultiva de Contractació de les Illes Balears serà assumit per aquesta Intervenció en els propers expedients que es trametin a fiscalitzar.»

Per tot el que s'acaba d'exposar, se sol·licita de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa l'emissió d'un informe relatiu a la qualificació que s'ha de donar al “*contracte per a la concertació dels Serveis de Desenvolupament Infantil i Atenció Primerenca de la Xarxa Pública i concertada d'Atenció Primerenca en l'àmbit dels serveis socials de les Illes Balears, en l'àmbit territorial de la comarca de Manacor*”, en concret, si atès l'objecte contractual, es tracta d'un contracte de gestió de serveis públics, modalitat concert, o



d'un contracte de serveis; i en el que es doni resposta a les qüestions següents:

1a. És consubstancial al contracte de gestió de serveis públics, en totes les seves modalitats, el requisit de transferència al contractista del risc i ventura, entès en el sentit de transferència de la possibilitat d'obtenir una pèrdua o un guany, derivat de l'explotació del servei?

2a. De tenir una resposta afirmativa la pregunta anterior, serà doncs, conseqüència necessària, que aquells contractes aparentment qualificables de gestió de serveis públics, però on no resti acreditada la transferència al contractista del risc i ventura derivada de l'explotació del servei, siguin tractats com un contracte de serveis?

3a. L'aplicació del procediment previst a l'article 172 a) del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, pot produir-se com a conseqüència de l'aplicació d'una normativa autonòmica que exigeixi el compliment d'uns determinats requisits administratius, perquè una persona, física o jurídica, pugui desenvolupar la determinada activitat objecte del contracte?

2. La secretària general de la Conselleria de Salut, Família i Benestar Social està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de conformitat amb l'article 12.1 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

### **Consideracions jurídiques**

1. L'escrit de consulta planteja la qüestió relativa a quina ha de ser la qualificació que s'ha de donar al contracte per a la concertació dels Serveis de Desenvolupament Infantil i Atenció Primerenca de la Xarxa Pública i concertada d'Atenció Primerenca en l'àmbit dels serveis socials de les Illes Balears, en l'àmbit territorial de la comarca de Manacor. Concretament, planteja si, en atenció a l'objecte contractual, es tracta d'un contracte de gestió de serveis públics, en la modalitat de concert, o si és un contracte de serveis.

A més, es plantegen dues qüestions relacionades amb la transferència al contractista del risc derivat de l'explotació del servei, entès en el sentit de transferència de la possibilitat d'obtenir una pèrdua o un guany, com a element diferenciador entre el contracte de gestió de serveis públics i el contracte de serveis. La primera fa referència a si la transferència del risc és consubstancial al



contracte de gestió de serveis públics, en totes les seves modalitats, i, la segona, en cas de ser afirmativa l'anterior, a si els contractes en què no s'acrediti aquesta transferència s'han de qualificar necessàriament com a contractes de serveis.

Finalment, es planteja una qüestió relacionada amb un dels supòsits en què es pot utilitzar el procediment negociat per adjudicar un contracte de gestió de serveis públics. Concretament, es consulta si el fet que una normativa autonòmica exigeixi el compliment d'uns requisits administratius determinats perquè una persona, física o jurídica, pugui desenvolupar una activitat concreta, permet a l'òrgan de contractació utilitzar el procediment negociat a l'empara de l'article 172 *a* del Text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (en endavant, TRLCSP).

2. La qualificació dels contractes a l'efecte de la legislació de contractes del sector públic és una qüestió complexa que no es pot resoldre amb la simple denominació del contracte, sinó que requereix un examen complet i detallat del seu objecte i del contingut de les obligacions de les parts.

La qualificació dels contractes com a contractes de serveis o contractes de gestió de serveis públics ha suscitat un gran interès, tant en l'àmbit comunitari com en l'àmbit intern, i ha estat objecte d'anàlisi per part de diverses juntes consultives de contractació administrativa i d'alguns autors, com també per part del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (en endavant, TJUE), fet que, sens dubte, posa de manifest la dificultat d'establir una delimitació clara entre ambdues figures.

El contracte de gestió de serveis públics és una figura tradicional característica del nostre dret intern, aliena, en principi, al dret comunitari, el qual, fins fa poc, no havia fet el pas per establir-ne la regulació.

La delimitació d'ambdós tipus de contracte, el contracte de serveis i el contracte de gestió de serveis públics, presenta alguns dubtes interpretatius, i la seva interpretació ha sofert una evolució en paral·lel a l'evolució de la normativa comunitària, fet que posa de manifest la dificultat d'analitzar-la. Per tant, resulta d'interès delimitar aquestes figures per així determinar els elements bàsics que les caracteritzen i el règim jurídic de cadascuna d'elles.

En particular, atès que el contracte de gestió de serveis públics no està sotmès a les actuals directives comunitàries, la seva correcta qualificació és especialment rellevant, ja que determinarà la inclusió o no del contracte en l'àmbit d'aplicació de les normes relatives als contractes subjectes a regulació harmonitzada, amb



les conseqüències que això implica als efectes, entre d'altres, de publicitat, de l'exigència de solvència, de la durada del contracte o del règim de revisió de les decisions en matèria de contractació.

Com ha assenyalat en diverses ocasions el Tribunal de Justícia de la Unió Europea<sup>1</sup>, és irrellevant, a l'efecte de determinar la inclusió o no en l'àmbit d'aplicació de les directives comunitàries, la qualificació jurídica o la definició del contracte segons el dret intern, atès que la definició dels contractes públics és matèria de dret comunitari. Com veurem més endavant, l'existència d'aquesta figura típicament espanyola i la seva regulació diferenciada ha donat lloc que alguns contractes que, d'acord amb la normativa interna de contractació, es configuren com a contractes de gestió de serveis públics, es qualifiquin des del punt de vista de les directives comunitàries com a contractes de serveis, amb les conseqüències ja esmentades quant al règim jurídic que els és d'aplicació.

Passem ara a analitzar la regulació d'aquestes figures en el dret espanyol i en el dret comunitari, la jurisprudència comunitària i la doctrina de les juntes consultives de contractació administrativa en la matèria.

3. Com ja hem avançat, en el dret comunitari no hi havia una figura contractual anàloga o similar al contracte de gestió de serveis públics. No ha estat fins a l'aprovació de la Directiva 2004/18/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 31 de març de 2004, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics d'obres, de subministraments i de serveis, actualment en vigor, que s'ha incorporat a una norma de dret derivat una definició de la concessió de serveis. Anteriorment, ni la Directiva 92/50/CEE del Consell, de 18 de juny de 1992, sobre coordinació dels procediments d'adjudicació dels contractes públics de serveis ni cap altra disposició comunitària no hi feien cap esment.

De fet, tot i que en la proposta de directiva que va donar lloc a la Directiva 92/50/CEE esmentada s'inclouïa la regulació de les "concessions de serveis públics", posteriorment, en el transcurs del procediment legislatiu, el Consell les va excloure a causa, principalment, de les diferències existents entre els estats membres en matèria de delegació de la gestió dels serveis públics i en les modalitats d'aquesta delegació, diferències que podrien crear una situació de gran desequilibri en l'obertura dels mercats de concessió de serveis públics.

---

<sup>1</sup> Vegeu, entre d'altres, les sentències de 20 d'octubre de 2005, *Comissió/França*; de 18 de gener de 2007, *Jean Auroux*; de 18 de juliol de 2007, *Comissió/Itàlia*; de 10 de març de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, i de 10 de novembre de 2011, *Norma-A i Dekom*.



No obstant això, les concessions eren instruments que utilitzaven alguns estats membres, i, per això, la Comissió, amb l'objectiu d'aclarir la normativa que els era aplicable, va adoptar la Comunicació interpretativa sobre les concessions en el dret comunitari, de 12 d'abril de 2000 (2000/C 121/02).

Aquesta Comunicació es refereix als actes imputables a l'Estat mitjançant els quals una autoritat pública confia a un tercer la gestió total o parcial de serveis que normalment són de la seva competència i per als quals el tercer assumeix el risc d'explotació. Aquests actes reben el nom de "concessions", independentment de la qualificació jurídica que rebin en el dret nacional.

A més, en la Comunicació es posa de manifest que el fet que les concessions no estiguin definides en el Tractat no significa que en quedin excloses, sinó que en la mesura que aquestes concessions deriven d'actes de l'Estat que tinguin per objecte la prestació d'activitats econòmiques o el subministrament de béns, estan sotmeses a les disposicions del Tractat, com també als principis que estableix la jurisprudència del TJUE. En aquest sentit, és il·lustrativa la Sentència de 15 d'octubre de 2009, *Acoset*, dictada en l'assumpte C-196/08.

Quant a les concessions de serveis, la Comunicació en delimita els trets essencials tenint en compte tant la jurisprudència del TJUE com les opinions doctrinals. Aquests trets són:

- L'assumpció del risc del servei (establiment i explotació del servei) per part de l'operador, cobrant una part significativa de la seva remuneració a l'usuari.
- La transferència de la responsabilitat d'explotació.
- La incidència en activitats que, per raó de la seva naturalesa, objecte i normes a què estan subjectes, poden ser competència de l'Estat i per a les quals poden haver-hi drets exclusius o especials.

Les directives comunitàries actualment vigents només recullen una definició d'aquesta figura. Així, l'apartat 4 de l'article 1 de la Directiva 2004/18/CE defineix la concessió de serveis com un contracte que presenta les mateixes característiques que el contracte públic de serveis, amb la diferència que la contrapartida de la prestació de serveis consisteix, o bé únicament en el dret a explotar el servei, o bé en aquest dret acompanyat d'un preu. D'acord amb l'article 17, aquestes concessions estan excloses de l'àmbit d'aplicació de la Directiva.



Actualment, s'ha iniciat el procediment per aprovar la Proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, tant d'obres com de serveis, que es va presentar simultàniament a la proposta de revisió de les directives sobre contractació pública, amb l'objectiu principal d'aclarir el marc jurídic aplicable a l'adjudicació de les concessions, com també de delimitar clarament l'àmbit d'aplicació d'aquest marc.

La Proposta inclou una definició més precisa del contracte de concessió en la qual s'incorpora la referència al concepte de risc operacional. En concret, la Proposta defineix la concessió de serveis en l'article 2, apartat 1, punt 7, en els termes següents:

«Concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadores, cuyo objeto es la prestación de servicios diferentes de los recogidos en los puntos 2 [concessió d'obres públiques] y 4 [concessió d'obres], y la contrapartida de dichos servicios es, bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago.

l'apartat 2 d'aquest article especifica alguns aspectes relatius a la transferència del risc de l'explotació i manifesta que:

2. El derecho a explotar obras o servicios, contemplado en los puntos 2, 4 y 7 del apartado 1, implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial. Se considerará que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que 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.

El riesgo económico puede ser de los tipos siguientes:

- a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio;
- b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios.

La característica principal d'una concessió —el dret d'explotar les obres o els serveis— implica sempre la transferència al concessionari d'un risc econòmic que implica la possibilitat que no recuperi les inversions que hagi dut a terme ni cobreixi els costos que hagi assumit per explotar les obres o els serveis que se li adjudiquin.

A més, aquesta Proposta fa extensiva a totes les concessions de serveis la majoria



d'obligacions que actualment regeixen l'adjudicació de concessions d'obres i estén l'aplicació de les directives comunitàries a l'adjudicació de contractes de concessió en el sector dels serveis públics, que en l'actualitat està exempta de regulació comunitària.

Així doncs, com veurem a continuació, la regulació futura de les concessions de serveis, tal com està expressada, és conforme amb la jurisprudència comunitària en la matèria.

4. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea s'ha pronunciat en nombroses ocasions sobre les diferències entre els contractes públics de serveis i les concessions de serveis, i ha concretat els criteris que permeten delimitar ambdues figures, com també el règim jurídic que els és aplicable.

En un principi, el Tribunal va considerar que el criteri que diferenciava aquestes figures era la modalitat de retribució, de manera que en el contracte públic de serveis el contractista rep la retribució directament de l'entitat adjudicadora, mentre que en el cas de les concessions de serveis són els usuaris dels serveis els que retribueixen al contractista. En aquest sentit, la Sentència de 13 d'octubre de 2005, *Parking Brixen*, assumpte C-458/03, manifesta que:

39 Tal y como resulta de su octavo considerando, la Directiva 92/50 se aplica a los «contratos públicos de servicios», que se definen en el artículo 1, letra a), de dicha Directiva como «los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora». De esta definición se deduce que un contrato público de servicios, en el sentido de la Directiva, requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios.

40 En cambio, en la situación a que se refiere la primera cuestión, la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos.

D'acord amb la doctrina posterior del TJUE, tot i que la manera de retribuir la prestació és un dels elements determinants per poder qualificar una relació jurídica com a concessió de serveis, l'element imprescindible és que el concessionari assumeixi el risc d'explotació dels serveis.





D'entre els nombrosos pronunciaments del Tribunal<sup>2</sup>, cal destacar-ne la Sentència de 10 de novembre de 2011, *Norma-A i Dekom*, assumpte C-348/10, la qual, en relació amb la interpretació dels conceptes de contracte de serveis i de concessió de serveis en els àmbits d'aplicació de les directives 2004/17/CE i 2004/18/CE, recull els criteris que permeten delimitar ambdues figures en els termes següents:

41 De los conceptos de contrato público de servicios y de concesión de servicios, definidos respectivamente en el apartado 2, letras a) y d), y en el apartado 3, del artículo 1 de la Directiva 2004/17, 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, 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 (en este sentido, véase, en particular, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartado 51).

42 Por lo que se refiere al contrato de servicios, la circunstancia de que 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, responde a la exigencia de una contrapartida establecida en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17 (véase, en particular, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartado 57).

43 Así sucede cuando, como en el procedimiento principal, el prestador de los servicios de transporte público por autobús obtiene el derecho a explotar servicios en contrapartida de los cuales es retribuido por los usuarios de dichos servicios con arreglo a una tarifa establecida.

44 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*, antes citada, apartado 26).

45 Por consiguiente, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo

---

<sup>2</sup> Vegeu, entre d'altres, a més de les esmentades en la sentència que es transcriu, les sentències de 26 d'abril de 1994, *Lottomatica*; de 10 de novembre de 1998, *BFI Holding*; de 9 de setembre de 1999, *RI.SAN*; de 13 d'octubre de 2005, *Parking Brixen*; de 7 de desembre de 2000, *Telaustria*, i de 18 de juliol de 2007, *Comissió/Itàlia*.



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*, antes citada, apartado 29).

46 En efecto, es corriente que algunos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como el controvertido en el procedimiento principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Por un lado, la configuración jurídico-pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación del mismo y reduce los factores que pueden vulnerar la transparencia y falsear la competencia. Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado (sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 72 a 74).

47 En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración. Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo (véase la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 75 y 76).

48 El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia *Eurawasser*, antes citada, apartados 66 y 67), 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 (véase, en este sentido, la sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 37).

49 En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, antes citada, apartado 38).



50 Si bien, como se ha indicado en el apartado 45 de la presente sentencia, el riesgo económico vinculado a la explotación del servicio puede ser muy limitado desde el primer momento debido a la configuración jurídico-pública del servicio, la calificación de concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre.

Per tant, d'acord amb la doctrina del TJUE, l'element clau perquè hi hagi una concessió de serveis és que el prestador assumeixi el risc de l'explotació del servei, encara que es tracti d'un risc limitat. Així doncs, com afirma el Tribunal en la Sentència de 10 de setembre de 2009, *Eurawasser*, assumpte C-206/08, davant la inexistència absoluta de transmissió al prestador dels riscos relacionats amb la prestació del servei, l'operació en qüestió constitueix un contracte de serveis i no una concessió de serveis.

El TJUE, en la Sentència de 27 d'octubre de 2005, dictada en l'assumpte C-234/03, considera irrellevant que la prestació satisfaci un interès general o no, i per aquest motiu examina només si en el contracte en qüestió es produeix o no la transmissió del risc d'explotació al prestador dels serveis.

El Tribunal de Justícia també ha manifestat que considera irrellevants per delimitar els contractes de serveis de les concessions de serveis, criteris com ara la durada del contracte, l'existència de retribucions addicionals a les que paga l'Administració concedent o l'autonomia de l'empresari en l'execució del contracte. En aquest sentit es pronuncia, entre d'altres, la Sentència de 18 de juliol de 2007, *Comissió/Itàlia*, dictada en l'assumpte C-382/05.

5. En l'àmbit intern, la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic (en endavant, LCSP), va incorporar al dret nacional la Directiva 2004/18/CE i, amb això, va introduir una nova definició del contracte de serveis, en termes pràcticament idèntics als de la Directiva.

L'article 10 de l'LCSP definia, igual com ho defineix avui el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, el contracte de serveis en els termes següents:

Són contractes de serveis aquells l'objecte dels quals són prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o adreçades a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o un subministrament. Als efectes de l'aplicació d'aquesta Llei, els contractes de serveis es divideixen en les categories enumerades a l'annex II.



Aquesta nova definició suposa una novetat important respecte de la normativa anteriorment vigent, el Text refós de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2000, de 16 de juny. Així, l'LCSP va eliminar com a tipus de contracte diferenciat el de consultoria i assistència, — inexistent en el dret comunitari, les prestacions del qual es consideren incloses en els contractes de serveis—, subsumint-lo en la definició del contracte de serveis, i configura el contracte de serveis com un tipus de contracte que, fent una interpretació àmplia del nou règim jurídic, permet considerar que pot incloure també alguns contractes que fins llavors es qualificaven com a administratius especials o de gestió de serveis públics en la mesura que tinguin com a objecte alguna de les activitats que detalla l'Annex II del TRLCSP.

Quant al contracte de gestió de serveis públics, l'article 8.1 del TRLCSP, amb una redacció idèntica a la de l'LCSP, el defineix en els termes següents:

El contracte de gestió de serveis públics és aquell en virtut del qual una Administració pública o una mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la Seguretat Social encomana a una persona, natural o jurídica, la gestió d'un servei la prestació del qual ha estat assumida com a pròpia de la seva competència per l'Administració o la mútua que fa l'encàrrec.

El règim jurídic del contracte de gestió de serveis públics està previst en els articles 132 i 275 a 289 del TRLCSP, i incorpora el dret a l'explotació del servei com a element configurador d'aquest tipus de contracte. D'acord amb aquesta regulació, per determinar quins serveis de les administracions públiques es poden gestionar indirectament, és necessari que hi concorrin els requisits següents:

- Que la prestació a què fa referència sigui un servei públic. Aquest concepte, en l'accepció més àmplia, inclou qualsevol activitat que l'Administració desenvolupi per satisfer l'interès general atribuït a l'esfera específica de les seves competències. Així doncs, l'existència d'un servei públic requereix que la titularitat del servei estigui atribuïda en virtut d'una norma a una administració pública, i que es tracti d'una prestació destinada a satisfer les necessitats dels ciutadans.
- Que el servei sigui susceptible d'explotació per particulars, és a dir, que les prestacions en què consisteixi el contracte siguin susceptibles de valoració econòmica. El contractista té dret a l'explotació del servei i, per fer-lo efectiu, el contracte ha d'incloure una retribució fixada en funció de la seva utilització, que es percep directament dels usuaris o de la mateixa Administració.



- Que no impliqui exercici d'autoritat inherent als poders públics. Pel que fa a aquest requisit, la dificultat consisteix a concretar aquesta expressió, atès que no es disposa, en el nostre dret, d'un catàleg o relació de serveis que impliquen l'exercici de l'autoritat inherent als poders públics. No obstant això, l'Informe 2/06, de 24 de març, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, concreta algunes matèries que constitueixen el nucli fonamental de matèries vetades a la contractació, com ara la potestat sancionadora, la defensa nacional, la seguretat ciutadana i el sistema penitenciari, si bé conclou que s'ha de fer una anàlisi de les activitats objecte de cada contracte.
  - Que el contractista que l'exploti tingui encarregada l'organització i la prestació dels serveis conjuntament.
  - Que abans de contractar un servei públic se n'hagi establert el règim jurídic, el qual ha de declarar expressament que l'activitat de què es tracta queda assumida per l'Administració corresponent com a pròpia, ha d'atribuir les competències administratives, determinar l'abast de les prestacions a favor dels administrats i regular els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatius a la prestació del servei.
6. La diferenciació entre els contractes de serveis i els contractes de gestió de serveis públics ha estat també objecte d'anàlisi per part de diverses juntes consultives de contractació administrativa. La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat s'ha pronunciat en nombrosos informes sobre aquesta matèria, en els quals s'observa l'evolució de la seva doctrina en paral·lel a l'evolució jurisprudencial dels criteris comunitaris.

En un principi, es considerava que l'existència dels contractes de gestió de serveis públics depenia, quasi exclusivament, de l'existència d'un servei públic. En l'Informe 37/95, de 24 d'octubre, la Junta Consultiva va manifestar el següent:

[...] la diferencia entre ambos tipos de contrato viene establecida por la noción de servicio público y su encomienda a un particular en un caso y por la existencia, en otro, de servicios que no merecen el calificativo técnico de "públicos" en sentido estricto y que un particular presta a la Administración contratante, por lo cual, la cuestión suscitada queda reducida a determinar si las prestaciones sanitarias que el Insalud debe realizar en favor de los beneficiarios de la Seguridad Social, en concreto, las que constituyen el objeto del presente informe, y que, en virtud de un contrato encomienda a un particular merecen o no el calificativo de servicio público en sentido estricto.



El criteri de l'existència d'un servei públic és el que va mantenir la Junta Consultiva en altres informes posteriors, com ara els informes 10/07, de 26 de març, i 26/07, de 5 de juliol, en els quals, a més, va manifestar que la forma de retribució al contractista no afectava la qualificació dels contractes de gestió de serveis públics, i que podia consistir en l'abonament de la tarifa directament pels usuaris del servei, en una contraprestació de l'Administració al contractista o en l'abonament, per part del contractista, d'un cànon a l'Administració, o en una combinació d'aquests sistemes.

Posteriorment, introdueix com a criteri distintiu la transmissió del risc d'explotació. Així, en l'Informe 4/08, de 28 de juliol, aprovat una vegada havia entrat en vigor la Llei 30/2007, manifesta que:

[...] cuando concurren estos tres requisitos [que es tracti de serveis susceptibles de ser explotats pels particulars, que no impliquin exercici de l'autoritat inherent als poders públics i que el contractista que els exploti tenguí encomanada l'organització i la prestació del servei conjuntament] junto con la creación de una relación jurídica de carácter contractual de la que nace el derecho del particular a la explotación del servicio en sustitución de la entidad titular del mismo, y en la que dicha gestión se realiza a riesgo y ventura del contratista, nos encontramos ante la figura de una concesión de servicios públicos.

Por el contrario, en aquellos casos en que se encomiende al contratista el desempeño de las actividades precisas para la prestación del servicio sin asumir la organización ni el riesgo derivado de ello, estaremos ante un contrato de servicios, meramente.

Així doncs, a parer de la Junta Consultiva, l'assumpció del risc d'explotació o risc econòmic inherent a la gestió del servei per part del concessionari és indispensable per atribuir a una relació jurídica concreta la qualificació de concessió de serveis.

En aquest sentit, l'Informe 65/08, d'11 de març de 2009, que també destaca una altra diferència entre ambdues figures, indica 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.

Aquest mateix informe es refereix també a l'especificitat del risc d'explotació respecte del risc i ventura inherent a tots els contractes, i manifesta que:

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, aún 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.

També l'Informe 64/09, de 26 de febrer de 2010, en fa una menció, en els termes següents:

Significa esto que cuando el contrato no implique para el empresario más riesgo que el derivado de la propia alteración en las prestaciones propias del mismo (modificación del contrato o elevación de los precios de la mano de obra, de los materiales, etc.), es decir de los elementos constitutivos del contrato, no existirá concesión administrativa.

En relació amb la retribució del contracte i la possibilitat que en una concessió de serveis públics sigui la mateixa Administració la que retribueixi el contractista i no els usuaris del servei, l'Informe 22/09, de 25 de setembre, es pronuncia en sentit afirmatiu, atès que manifesta que no s'exigeix que la retribució que ha de percebre el concessionari hagi de procedir directament dels usuaris, sinó que la quantia estigui lligada directament amb la millor o pitjor gestió del servei per part del concessionari.

Així, indica que la retribució del concessionari pot provenir de l'òrgan que atorga



la concessió, sempre que el seu import es vinculi directament amb la demanda o la disponibilitat del servei. Finalment, assenyala que només poden ser objecte de gestió indirecta els serveis que poden reportar un benefici o, correlativament, pèrdues, per a l'empresari o l'entitat que els gestioni.

Cal esmentar, en relació amb aquesta qüestió, que l'apartat 4 de l'article 67 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques, aprovat pel Reial decret 1098/2001, de 12 d'octubre, estableix que els plecs de clàusules administratives particulars dels contractes de gestió de serveis públics han de contenir, entre d'altres, la modalitat de retribució que s'hi preveu, que pot ser qualsevol de les que s'esmenten en les lletres *c*, *d* i *e*.

En l'informe 12/10, de 23 de juliol, d'especial interès, la Junta Consultiva posa de manifest que en la regulació del contracte de gestió de serveis públics que conté la Llei de contractes del sector públic, s'ha recollit la doctrina del TJUE en relació amb els elements que configuren la concessió de serveis. Així, d'acord amb els articles 8, 251 i 253 de l'LCSP (actualment articles 8, 275 i 277 del TRLCSP) els elements configuradors de la concessió són els següents:

- El concessionari ha d'assumir l'organització del servei.
- El servei ha de ser susceptible d'explotació econòmica.
- El concessionari ha d'assumir el risc d'explotació.

La Junta Consultiva considera indispensable, d'aquests elements, l'assumpció del risc i afirma que:

2. De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos 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.

Finalment, la Junta Consultiva conclou el següent:

1. El contrato en cuya virtud se encomienda a un particular la gestión de servicios asumidos como de su competencia por una administración pública, no podrá ser calificado como concesión de servicios si el concesionario no asume el riesgo de la explotación, es decir cuando su retribución se establece de un modo cierto, variable e independientemente





del grado de utilización del servicio por los usuarios.

Per tant, només quan es produeixi la transmissió del risc d'exploració es podrà qualificar un contracte com a concessió de serveis.

7. Analitzem ara, en resposta a una de les qüestions plantejades en la sol·licitud d'informe, les diferents modalitats que pot adoptar la gestió dels serveis públics, des de la perspectiva de l'assumpció dels riscos d'exploració, amb la finalitat de determinar si la transmissió del risc al contractista, en el sentit expressat per la jurisprudència comunitària, és consubstancial a cadascuna d'aquestes modalitats.

Cal recordar que, d'acord amb la doctrina del Tribunal de Justícia, la qualificació de concessió de serveis exigeix que l'entitat adjudicadora transfereixi al concessionari la totalitat o, almenys, una part significativa del risc de l'exploració del servei, encara que el risc que es derivi de l'exploració sigui molt limitat, atesa la configuració jurídicopública del servei.

A més, com hem vist, el risc d'exploració del servei s'ha d'entendre com el risc d'exposició a les incerteses del mercat, que es pot traduir en el risc d'enfrontar-se a la competència d'altres operadors, al risc d'un desajustament entre l'oferta i la demanda dels serveis, el risc d'insolvència dels que han d'assumir el pagament del preu, el risc que els ingressos no cobreixin íntegrament les despeses d'exploració o el risc de responsabilitat pels perjudicis que es puguin causar en la prestació del servei.

S'ha de tenir en compte que allò essencial no és el fet que la prestació d'un servei comporti un gran risc (de fet, en l'àmbit dels serveis públics no sempre serà així, atès el tipus de demanda i la reglamentació d'aquestes activitats), sinó que el que és essencial és que el risc existeixi, i que, per poc rellevant que sigui, es transfereixi al contractista.

Aquest risc no s'ha de confondre amb el risc general que assumeix qualsevol contractista en l'execució del contracte i que està vinculat a circumstàncies com ara una mala gestió o errors de càlcul en presentar l'oferta, i al qual s'ha fet referència en la consideració jurídica sisena d'aquest Informe.

8. L'article 277 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic disposa que la contractació de la gestió dels serveis públics pot adoptar alguna de les quatre modalitats següents:



- a) Concessió, per la qual l'empresari gestiona el servei al seu propi risc i ventura.
- b) Gestió interessada, en virtut de la qual l'Administració i l'empresari participen en els resultats de l'explotació del servei en la proporció que s'estableixi en el contracte.
- c) Concert amb persona natural o jurídica que estigui realitzant prestacions anàlogues a les que constitueixen el servei públic de què es tracti.
- d) Societat d'economia mixta en la qual l'Administració participa, per si mateixa o per mitjà d'una entitat pública, en concurrència amb persones naturals o jurídiques.

Analitzem ara breument cada una d'aquestes modalitats:

La concessió constitueix la forma més típica de gestió indirecta dels serveis públics, i es caracteritza per la transferència o la cessió a un particular d'una esfera d'actuació originàriament administrativa, produint-se una escissió entre la titularitat del servei —que roman en l'Administració pública concedent— i la gestió del servei —que s'encarrega a un particular, que assumeix el risc econòmic de l'explotació.

Així doncs, la concessió és un contracte en virtut del qual l'Administració encarrega a un particular la gestió d'un servei de la seva competència, servei que ha de gestionar al seu propi risc i ventura, en el sentit que aquest assumeix el risc de pèrdua que derivi de la gestió del servei, de la mateixa manera que percep els beneficis que se'n deriven. Per tant, es pot afirmar clarament que la transferència del risc d'explotació és consubstancial a aquesta figura.

La gestió interessada es caracteritza perquè l'Administració i l'empresari participen en els resultats de l'explotació del servei d'acord amb la proporció que hagin establert en el contracte. No obstant això, l'article 180 del Reglament general de la Llei de contractes de les administracions públiques preveu la possibilitat que s'estableixi un ingrés mínim en favor de qualsevol de les parts associades, que ha d'abonar l'altra part, quan el resultat de l'explotació no arribi a cobrir un determinat import de beneficis. Pot parèixer raonable que en determinats casos l'Administració contractant asseguri al contractista la percepció de les quantitats necessàries per mantenir i gestionar el servei, amb independència del resultat de la gestió, de manera que el gestor interessat no desenvolupi l'activitat íntegrament al seu risc i ventura, sinó que en alguns casos tingui cobertes les despeses ordinàries d'inversió i d'activitat, i fins i tot garantits uns beneficis, independentment del resultat de la gestió.

Per tant, per determinar en quina mesura en aquesta modalitat es produeix la



transmissió del risc a l'empresari, cal analitzar les obligacions que assumeixen cada una de les parts. En tot cas, sembla que l'empresari assumeix el risc d'explotació, però que, amb caràcter general, ho fa amb caràcter limitat, atès que el risc es comparteix amb l'Administració, llevat dels casos en què es faci ús de la possibilitat que preveu l'article 180 del Reglament general per establir uns ingressos mínims a favor del contractista, en què no es produeix, *prima facie*, la transferència del risc d'explotació i, en conseqüència, la modalitat de contractació no reuniria les característiques de les concessions de serveis, en els termes que exigeix la jurisprudència comunitària. Tot i així, s'hauria d'analitzar cada cas concret per determinar si de la configuració de l'objecte del contracte i de les obligacions de les parts es dedueix que es transfereix un altre dels aspectes o manifestacions que conformen el risc d'explotació d'acord amb la jurisprudència comunitària.

Pel que fa a la societat d'economia mixta, que, com preveu la disposició addicional vint-i-novena del TRLCSP, és una fórmula institucionalitzada de col·laboració entre el sector públic i el sector privat, es tracta d'una modalitat de gestió indirecta de serveis, caracteritzada per la participació de l'Administració en una societat en concurrència amb persones naturals o jurídiques. Aquesta societat figura com a contractant, és l'empresa que gestiona el servei i és tractada com a concessionària, per la qual cosa assumeix l'explotació al seu risc i ventura, i les parts participants en la societat assumeixen com a sòcies el resultat en funció de la seva participació social. Per tant, també en aquesta modalitat es produeix la transferència d'una part del risc d'explotació a l'empresari privat que participa en la societat, encara que sigui amb caràcter limitat.

Quant a la modalitat de concert, es caracteritza perquè la gestió d'un servei públic s'encomana, normalment per raons d'eficàcia, a un empresari que ja estigui prestant serveis anàlegs als serveis de què es tracti. Aquesta modalitat s'utilitza especialment en serveis de tipus educatiu, sanitari, assistencial o social, en què la titularitat pública de l'activitat no implica l'exclusió de la iniciativa privada. En aquests casos és habitual que els usuaris dels serveis no abonin cap tarifa, sinó que sigui l'Administració la que assumeixi el cost de la prestació abonant el preu directament al contractista. Per tant, s'hauran d'examinar en cada cas les obligacions a què se sotmeten les parts, especialment la modalitat de retribució, per verificar si hi ha una vertadera transmissió del risc d'explotació, tal com exigeix la jurisprudència comunitària, i, en conseqüència, es tracta d'un contracte de gestió de serveis públics, o si aquesta transmissió del risc no es produeix i la qualificació del contracte ha de ser una altra diferent.

En conclusió, s'observa que les diferents modalitats contractuals per a la gestió



d'un servei públic poden tenir un grau diferent d'intensitat pel que fa al nivell d'assumpció dels riscos de l'explotació per part del contractista —que pot ser major o menor segons la modalitat del contracte de gestió de serveis públics elegida—, i és necessari analitzar en cada cas concret les obligacions que assumeix cada una de les parts —amb independència de la denominació i qualificació que s'hagi donat al contracte—, per verificar que es produeix la transferència del risc d'explotació, encara que sigui limitat, transferència, que, com ja sabem, s'ha de produir necessàriament per poder qualificar el contracte com a concessió de serveis.

9. Pel que fa a la qualificació del contracte per a la concertació dels serveis de desenvolupament infantil i atenció primerenca de la xarxa pública i concertada d'atenció primerenca en l'àmbit dels serveis socials de les Illes Balears, en l'àmbit territorial de la comarca de Manacor, al qual fa referència la consulta a aquesta Junta Consultiva, com a contracte de gestió de serveis públics o com a contracte de serveis, és una qüestió que requereix analitzar si hi concorren les característiques dels contractes de gestió de serveis públics, en especial, si es produeix la transferència del risc d'explotació al prestador dels serveis.

L'especificitat de la contractació dels serveis socials ha estat reconeguda en l'àmbit comunitari, particularment en la proposta de revisió de les directives sobre contractació pública, atès que es considera que el règim general de la contractació no s'adapta als serveis socials, com tampoc ho fa als serveis de salut i de l'educació. Aquests serveis, per la seva naturalesa, tenen una dimensió transfronterera limitada, i es presten en un context particular que varia molt d'un estat membre a un altre, a causa de les diferents tradicions culturals, fets que motiven l'establiment d'un règim específic per als contractes relatius a aquests serveis.

Correspon a l'òrgan de contractació analitzar, en la fase de preparació del contracte, si la prestació a què fa referència el contracte és un servei públic i si hi concorren la resta de requisits esmentats en la consideració jurídica cinquena d'aquest Informe, i, molt especialment, si es produeix la transmissió dels riscos de l'explotació del servei en els termes que s'expressen en l'apartat 48 de la Sentència del Tribunal de Justícia de 10 de novembre de 2011, *Norma-A i Dekom*, assumpte C-348/10, parcialment transcrita en la consideració jurídica quarta d'aquest Informe.

L'informe jurídic que acompanya la sol·licitud d'informe a aquesta Junta Consultiva analitza l'expedient del contracte objecte de la consulta, inclòs el projecte d'explotació, amb la finalitat de qualificar adequadament el contracte, i



conclou que en aquest cas hi concorren els requisits que el TRLCSP considera necessaris per qualificar-lo com a contracte de gestió de serveis públics i que es produeix la transmissió del risc al contractista.

Així, tal com exposa l'informe jurídic, la condició de servei públic del serveis de desenvolupament infantil i atenció primerenca deriva del Decret 85/2010, de 25 de juny, pel qual es regula la xarxa pública i concertada d'atenció primerenca en l'àmbit dels serveis socials de les Illes Balears, l'article 9 del qual disposa que:

En el sistema de serveis socials, integren la xarxa pública de serveis socials els serveis de desenvolupament infantil i d'atenció primerenca propis de les administracions públiques, i també els serveis de desenvolupament infantil i d'atenció primerenca privats previstos en la legislació i que hagin subscrit contractes de gestió de serveis públics d'aquesta tipologia.

A més, aquest Decret estableix el contingut i les condicions d'aquests serveis i el procediment per accedir-hi, en el marc de l'ordenament dels serveis socials, que en l'àmbit de la Comunitat Autònoma de les Illes Balears està establert a la Llei 4/2009, d'11 de juny, de serveis socials de les Illes Balears.

D'acord amb aquest Decret, aquests serveis no estan subjectes a contraprestació econòmica per part de les persones i famílies que els rebin, i l'Administració de la Comunitat Autònoma ha de garantir el principi de proximitat territorial dels serveis de desenvolupament infantil i el principi de lliure elecció.

Quant als prestadors d'aquests serveis, que poden tenir o no ànim de lucre, el Decret preveu que puguin concertar els seus serveis amb l'Administració de la Comunitat Autònoma, sempre que estiguin inscrits en el Registre Unificat de Serveis Socials i s'adaptin a la planificació establerta per a aquest sector.

En definitiva, cal considerar, d'acord amb l'informe jurídic, que el contracte per concertar els Serveis de Desenvolupament Infantil i Atenció Primerenca de la Xarxa Pública i concertada d'Atenció Primerenca en l'àmbit dels serveis socials de les Illes Balears, en l'àmbit territorial de la comarca de Manacor, és un contracte de gestió de serveis públics, en la modalitat de concert, atès que sembla que hi concorren les característiques d'aquesta modalitat de contractació, inclosa la transmissió del risc d'explotació al contractista, encara que de forma limitada. Si bé en aquest cas la retribució al contractista prové íntegrament de l'Administració, és cert que la retribució depèn del nivell de freqüentació del servei objecte del concert, per la qual cosa es pot afirmar, en principi, que es produeix la transferència del risc d'explotació.



10. Una altra qüestió que es planteja en l'escrit de consulta fa referència a si els contractes que aparentment es poden qualificar com a contractes de gestió de serveis públics però respecte dels quals no resti acreditada la transferència al contractista del risc derivat de l'explotació del servei, s'han de qualificar com a contractes de serveis.

La Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, en l'Informe 12/10, de 23 de juliol, esmentat abans en la consideració jurídica sisena d'aquest Informe, ha respost aquesta qüestió en els termes següents:

[...] cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean "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" (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma.

Cuando no sea así, es decir cuando la prestación no pueda incluirse dentro de ninguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Ley, el contrato, si reúne los requisitos del artículo 19.1 b) lo que ocurrirá normalmente si se trata de la asunción de la gestión de una actividad considerada como propia de la competencia de la Administración contratante, deberá ser calificado como contrato administrativo especial.

En un sentit similar, l'Informe 22/09, de 25 de setembre, assenyala el següent:

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

Per tant, un negoci jurídic que reuneixi alguns dels requisits necessaris per poder-



lo qualificar com a contracte de gestió de serveis públics, però en el qual no es produeixi la transferència del risc de l'exploració del servei al contractista, es podrà qualificar com a contracte de serveis o com a contracte administratiu especial, en funció que l'objecte permeti incardinar-lo en qualcuna d'aquestes figures.

11. Finalment, es planteja una qüestió relacionada amb un dels supòsits en què es pot utilitzar el procediment negociat per adjudicar un contracte de gestió de serveis públics. Concretament, en la sol·licitud d'informe es consulta si el fet que una normativa autonòmica exigeixi el compliment d'uns requisits administratius determinats perquè una persona, física o jurídica, pugui desenvolupar una activitat concreta permet a l'òrgan de contractació utilitzar el procediment negociat a l'empara de la lletra a de l'article 172 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic. És a dir, es tracta de determinar si es pot fer servir aquest procediment a conseqüència o arran de l'aplicació de normativa autonòmica que exigeixi el compliment d'uns determinats requisits administratius perquè es pugui desenvolupar l'activitat objecte del contracte.

Cal recordar que, d'acord amb l'article 138 del TRLCSP, els contractes s'adjudiquen, ordinàriament, utilitzant el procediment obert o el restringit. El procediment negociat és un procediment específic d'adjudicació dels contractes que es configura com un procediment excepcional que només és d'aplicació en els casos que preveuen els articles 170 a 175 del Text refós i que té com a elements essencials i diferenciadors respecte dels procediments d'adjudicació ordinaris (l'obert i el restringit), la consulta i la negociació prèvies a l'adjudicació del contracte. L'excepcionalitat d'aquest procediment justifica que el seu règim difereixi de les regles dels procediments ordinaris, tal com ha posat de manifest la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat en l'Informe 48/2009, d'1 de febrer de 2010.

L'article 172 a del TRLCSP estableix que:

A més dels supòsits previstos a l'article 170, es pot acudir al procediment negociat per adjudicar contractes de gestió de serveis públics en els casos següents:

- a) Quan es tracti de serveis públics respecte dels quals no sigui possible promoure concurrència en l'oferta.

Pareix que de la lectura del precepte es pot considerar que aquesta causa és procedent únicament en els casos en què, per causes alienes a la voluntat de l'òrgan de contractació, i en atenció a circumstàncies objectives, sigui impossible promoure la concurrència i, per tant, només un empresari pugui executar el



contracte.

El fet que una disposició legal o reglamentària exigeixi el compliment de determinats requisits administratius perquè una persona, física o jurídica, pugui desenvolupar l'activitat de servei públic objecte d'un contracte, no impossibilita, per si mateix, que es promogui la concurrència en l'oferta.

Sembla evident que, amb caràcter general, les normes no poden restringir el nombre de persones que poden exercir una determinada activitat, de manera que només una estigui habilitada per dur-la a terme. De fet, amb caràcter general, nombroses normes sectorials exigeixen que per exercir una activitat concreta s'ha de disposar d'una determinada habilitació empresarial o professional, qüestió que ha recollit l'apartat 2 de l'article 54 del TRLCSP, que disposa que per contractar amb el sector públic els empresaris han de comptar amb l'habilitació empresarial o professional que, si s'escau, sigui exigible per dur a terme la prestació o activitat que constitueixi l'objecte del contracte.

Sembla, doncs, que el fet que una única persona o entitat pugui dur a terme l'activitat concreta de servei públic que es vol contractar en el cas que se sotmet a consulta, no pot ser una conseqüència de l'aplicació de la normativa. De fet, l'informe jurídic no indica que l'exercici d'aquesta activitat estigui limitat per cap norma. Qüestió diferent seria si, tal com apunta l'informe jurídic, en el moment de tramitar l'expedient de contractació, només un empresari disposés de l'habilitació empresarial o professional necessària per exercir l'activitat. Així doncs, la impossibilitat de promoure la concurrència a què fa referència l'article 172 *a* del TRLCSP només podria derivar de la circumstància que únicament una persona física o jurídica reunís els requisits necessaris per executar la prestació de què es tracti i l'òrgan de contractació en tengui coneixement fefaent.

Per tant, no es pot establir una relació automàtica, de causa/efecte, entre el fet que una norma exigeixi el compliment de determinats requisits administratius per poder exercir una activitat determinada i la utilització del procediment negociat sense publicitat emparat en el supòsit que preveu l'article 172 *a* del Text refós. Una conclusió en aquest sentit seria contrària als principis de no-discriminació i concurrència que, entre d'altres, informen la contractació pública, sens perjudici del que s'ha esmentat en el paràgraf anterior.

## Conclusions

1. El contracte de gestió de serveis públics requereix que l'òrgan de contractació transfereixi al contractista la totalitat o una part significativa del risc d'explotació





del servei, encara que el risc derivat de l'exploració sigui limitat.

2. Els contractes que aparentment es poden qualificar com a contractes de gestió de serveis públics però en els quals no es produeix la transferència del risc de l'exploració del servei al contractista, podran qualificar-se com a contractes de serveis o com a contractes administratius especials, en funció que l'objecte permeti incardinar-lo en qualcuna d'aquestes figures.
3. El contracte per a la concertació dels Serveis de Desenvolupament Infantil i Atenció Primerenca de la Xarxa Pública i concertada d'Atenció Primerenca en l'àmbit dels serveis socials de les Illes Balears, en l'àmbit territorial de la comarca de Manacor, reuneix, en principi, les característiques per a ser qualificat com a contracte de gestió de serveis públics en la modalitat de concert, atès que, com afirma també el servei jurídic, es produeix la transmissió del risc d'exploració al contractista, encara que de forma limitada.
4. La utilització del procediment previst a l'article 172 *a* del Text refós de la Llei de contractes del sector públic no es pot produir, *a priori*, com a conseqüència de l'aplicació d'una normativa autonòmica que exigeixi el compliment d'uns determinats requisits administratius, per a que una persona, física o jurídica, pugui desenvolupar l'activitat objecte del contracte. No obstant això, en el cas que només una persona estigui habilitada per exercir l'activitat, sí seria possible utilitzar aquest procediment, sempre que aquesta circumstància s'acrediti en l'expedient.