



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de 30 de mayo de 2012

Informe 2/2012, de 30 de mayo. Calificación de los contratos: el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos. Transmisión del riesgo de la explotación del servicio

Antecedentes

1. La Secretaria General de la Consejería de Salud, Familia y Bienestar Social ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

1. El 31 de octubre de 2011 la directora general de Familia, Bienestar Social y Atención a Personas en Situación Especial emitió el informe justificativo relativo a la necesidad de iniciar el correspondiente expediente de contratación para la concertación de los Servicios de Desarrollo Infantil y Atención Temprana de la Red Pública y Concertada de Atención Temprana en el ámbito de los servicios sociales de las Illes Balears, en el ámbito territorial de la comarca de Manacor, con la entidad APROSCOM.

2. El 2 de noviembre de 2011 la secretaria general de la Consejería de Salud, Familia y Bienestar Social, por delegación de la Consejera, firmó la Resolución de inicio del expediente de contratación de referencia, mediante procedimiento negociado sin publicidad y tramitación urgente.

3. El 11 de noviembre de 2011 la directora general de Familia, Bienestar Social y Atención a Personas en Situación Especial firmó la propuesta de resolución de aprobación de expediente, gasto y pliegos del contrato.

4. El 2 de diciembre de 2011 la interventora delegada de la Consejería de Salud, Familia y Bienestar Social fiscalizó de conformidad el expediente de referencia, pero manifestó la siguiente observación:

«Revisada la documentación del expediente y considerando la normativa específica de aplicación, en concreto, el artículo 9 del Decreto 85/2010, de 25 de junio, por el que se regula la red pública y concertada de atención temprana en el ámbito de los servicios sociales de las Illes Balears, que incluye la atención temprana privada que hayan suscrito contrato de gestión de servicios públicos, el expediente se fiscaliza de conformidad. A pesar de ello, han surgido dudas razonables respecto de si estos contratos han de ser considerados como contratos de gestión de servicios públicos o



como contratos de servicios, dado que uno de los elementos esenciales para poder calificar un contrato de gestión de servicios públicos es la existencia de un servicio público susceptible de explotación.

La correcta interpretación de la normativa estatal en materia de contratos debe hacerse desde la perspectiva de la normativa comunitaria y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así lo han considerado las diferentes juntas consultivas de contratación que en reiteradas ocasiones han manifestado la diferencia entre estas dos figuras contractuales, sobre la base de que el contratista asuma o no el riesgo de la explotación del servicio que corre el poder adjudicador. Representativo de este criterio es el Informe 12/10, de 23 de julio de 2010. *<Diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios>*, que concluye de la siguiente manera: “*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*”.

Este riesgo de explotación ha sido definido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en numerosas sentencias –entre las que señalamos la última de 10 de noviembre de 2011 C-348-10– como un riesgo diferente a los riesgos que son inherentes a cualquier contrato público, vinculados a la mala gestión o errores en la apreciación del operador económico a la hora de presentar su oferta.

Según el Tribunal, el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como un riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo a enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda, el riesgo de insolvencia de los deudores, el riesgo de que los ingresos no cubran los gastos de los servicios prestados o también el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por la irregularidad de la prestación de los servicios. Dada la trascendencia de la calificación del contrato a efectos de resultar sujeto o no a regulación armonizada y en general la importancia que tiene la cuestión en la determinación del régimen jurídico que debe aplicarse a estos expedientes, es necesario que su centro gestor formule una consulta a la Junta Consultiva de Contratación en relación con la calificación que debe darse a estos contratos. El pronunciamiento que sobre el asunto haga la Junta Consultiva de Contratación de las Illes Balears será asumido por esta Intervención en los próximos expedientes que se envíen a fiscalizar.»

Por todo lo que se acaba de exponer se solicita de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa la emisión de un informe relativo a la calificación que debe darse al “*contrato para la concertación de los servicios de desarrollo infantil y atención temprana de la red pública y concertada de atención temprana en el ámbito de los servicios sociales de las Illes Balears, en el ámbito*”



territorial de la comarca de Manacor”, en concreto, si en atención al objeto contractual se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, modalidad concierto, o de un contrato de servicios; y en el que se dé respuesta a las siguientes cuestiones:

1ª. ¿Es consustancial al contrato de gestión de servicios públicos, en todas sus modalidades, el requisito de transferencia al contratista del riesgo y ventura, entendido en el sentido de transferencia de la posibilidad de obtener una pérdida o un beneficio, derivado de la explotación del servicio?

2ª. De tener una respuesta afirmativa la pregunta anterior, ¿será, pues, consecuencia necesaria, que aquellos contratos aparentemente calificables de gestión de servicios públicos, pero en los que no quede acreditada la transferencia al contratista del riesgo y ventura derivada de la explotación del servicio, sean tratados como un contrato de servicios?

3ª. La aplicación del procedimiento previsto en el artículo 172 a) del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, ¿puede producirse como consecuencia de la aplicación de una normativa autonómica que exija el cumplimiento de unos determinados requisitos administrativos para que una persona, física o jurídica, pueda desarrollar la determinada actividad objeto del contrato?

2. La Secretaria General de la Consejería de Salud, Familia y Bienestar Social está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 12.1 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se cumplen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea la cuestión relativa a cuál tiene que ser la calificación que debe darse al contrato para la concertación de los Servicios de Desarrollo Infantil y Atención Temprana de la Red Pública y Concertada de Atención Temprana en el ámbito de los servicios sociales de las Illes Balears, en el ámbito territorial de la comarca de Manacor. Concretamente, plantea si, en atención al objeto contractual, se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concierto, o si es un contrato de servicios.

Además, se plantean dos cuestiones relacionadas con la transferencia al contratista del riesgo derivado de la explotación del servicio, entendido en el



sentido de transferencia de la posibilidad de obtener una pérdida o un beneficio, como elemento diferenciador entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios. La primera hace referencia a si la transferencia del riesgo es consustancial al contrato de gestión de servicios públicos, en todas sus modalidades, y, la segunda, en caso de ser afirmativa la anterior, a si los contratos en que no se acredite esta transferencia deben calificarse necesariamente como contratos de servicios.

Finalmente, se plantea una cuestión relacionada con uno de los casos en que se puede utilizar el procedimiento negociado para adjudicar un contrato de gestión de servicios públicos. Concretamente, se consulta si el hecho de que una normativa autonómica exija el cumplimiento de unos requisitos administrativos determinados para que una persona, física o jurídica, pueda desarrollar una actividad concreta, permite al órgano de contratación utilizar el procedimiento negociado al amparo del artículo 172 *a* del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

2. La calificación de los contratos a efectos de la legislación de contratos del sector público es una cuestión compleja que no puede resolverse con la simple denominación del contrato, sino que requiere un examen completo y detallado de su objeto y del contenido de las obligaciones de las partes.

La calificación de los contratos como contratos de servicios o contratos de gestión de servicios públicos ha suscitado un gran interés, tanto en el ámbito comunitario como en el ámbito interno, y ha sido objeto de análisis por parte de varias juntas consultivas de contratación administrativa y de algunos autores, así como por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), hecho que, sin duda, pone de manifiesto la dificultad de establecer una delimitación clara entre ambas figuras.

El contrato de gestión de servicios públicos es una figura tradicional característica de nuestro derecho interno, ajena, en principio, al derecho comunitario, el cual, hasta hace poco, no había dado el paso para establecer su regulación.

La delimitación de ambos tipos de contrato, el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, presenta algunas dudas interpretativas, y su interpretación ha sufrido una evolución en paralelo a la evolución de la normativa comunitaria, hecho que pone de manifiesto la dificultad de analizarla.



Por tanto, resulta de interés delimitar estas figuras para así determinar los elementos básicos que las caracterizan y el régimen jurídico de cada una de ellas.

En particular, dado que el contrato de gestión de servicios públicos no está sometido a las actuales directivas comunitarias, su correcta calificación es especialmente relevante, ya que determinará la inclusión o no del contrato en el ámbito de aplicación de las normas relativas a los contratos sujetos a regulación armonizada, con las consecuencias que ello implica a efectos, entre otros, de publicidad, exigencia de solvencia, duración del contrato o régimen de revisión de las decisiones en materia de contratación.

Como ha señalado en diversas ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹, es irrelevante, a efectos de determinar la inclusión o no en el ámbito de aplicación de las directivas comunitarias, la calificación jurídica o la definición del contrato según el derecho interno, dado que la definición de los contratos públicos es materia de derecho comunitario. Como veremos más adelante, la existencia de esta figura típicamente española y su regulación diferenciada ha dado lugar a que algunos contratos que, de acuerdo con la normativa interna de contratación, se configuran como contratos de gestión de servicios públicos, se califiquen desde el punto de vista de las directivas comunitarias como contratos de servicios, con las consecuencias ya mencionadas en cuanto al régimen jurídico que les es de aplicación.

Pasemos ahora a analizar la regulación de estas figuras en el derecho español y en el derecho comunitario, la jurisprudencia comunitaria y la doctrina de las juntas consultivas de contratación administrativa en la materia.

3. Como ya hemos avanzado, en el derecho comunitario no había una figura contractual análoga o similar al contrato de gestión de servicios públicos. No ha sido hasta la aprobación de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, actualmente en vigor, que se ha incorporado a una norma de derecho derivado una definición de la concesión de servicios. Anteriormente, ni la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios ni ninguna otra disposición comunitaria hacían mención alguna al respecto.

¹ Vid., entre otras, las sentencias de 20 de octubre de 2005, *Comisión/Francia*; de 18 de enero de 2007, *Jean Auroux*; de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*; de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, y de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A i Dekom*.



De hecho, a pesar de que en la propuesta de directiva que dio lugar a la citada Directiva 92/50/CEE se incluía la regulación de las “concesiones de servicios públicos”, posteriormente, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo las excluyó a causa, principalmente, de las diferencias existentes entre los estados miembros en materia de delegación de la gestión de los servicios públicos y en las modalidades de esta delegación, diferencias que podrían crear una situación de gran desequilibrio en la apertura de los mercados de concesión de servicios públicos.

Sin embargo, las concesiones eran instrumentos que utilizaban algunos estados miembros, y, por ello, la Comisión, con el objetivo de aclarar la normativa que les era aplicable, adoptó la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario, de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02).

Esta Comunicación se refiere a los actos imputables al Estado mediante los cuales una autoridad pública confía a un tercero la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los cuales dicho tercero asume el riesgo de explotación. Estos actos reciben el nombre de “concesiones”, independientemente de la calificación jurídica que reciban en el derecho nacional.

Además, en la Comunicación se pone de manifiesto que el hecho de que las concesiones no estén definidas en el Tratado no significa que queden excluidas del mismo, sino que en la medida en que estas concesiones derivan de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, están sometidas a las disposiciones del Tratado, así como a los principios que establece la jurisprudencia del TJUE. En este sentido, es ilustrativa la Sentencia de 15 de octubre de 2009, *Acoset*, dictada en el asunto C-196/08.

En cuanto a las concesiones de servicios, la Comunicación delimita sus características esenciales teniendo en cuenta tanto la jurisprudencia del TJUE como las opiniones doctrinales. Estas características son:

- La asunción del riesgo del servicio (establecimiento y explotación del servicio) por parte del operador, cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario.
- La transferencia de la responsabilidad de explotación.
- La incidencia en actividades que, por razón de su naturaleza, objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y



para las que pueden existir derechos exclusivos o especiales.

Las directivas comunitarias actualmente vigentes solo recogen una definición de esta figura. Así, el apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 2004/18/CE define la concesión de servicios como un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la diferencia de que la contrapartida de la prestación de servicios consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en este derecho acompañado de un precio. De acuerdo con el artículo 17, estas concesiones están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva.

Actualmente se ha iniciado el procedimiento para aprobar la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, tanto de obras como de servicios, que se presentó simultáneamente a la propuesta de revisión de las directivas sobre contratación pública, con el principal objetivo de aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de las concesiones, así como de delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco.

La Propuesta incluye una definición más precisa del contrato de concesión en la que se incorpora la referencia al concepto de riesgo operacional. En concreto, la Propuesta define la concesión de servicios en el artículo 2, apartado 1, punto 7, en los siguientes términos:

«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 [concesión de obras públicas] y 4 [concesión de obras], 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.

Y el apartado 2 de este artículo especifica algunos aspectos relativos a la transferencia del riesgo de la explotación y manifiesta 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 de una concesión —el derecho de explotar las obras o los servicios— implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo económico que implica la posibilidad de que no recupere las inversiones que haya llevado a cabo ni cubra los costes que haya asumido para explotar las obras o los servicios que se le adjudiquen.

Además, esta Propuesta hace extensiva a todas las concesiones de servicios la mayoría de obligaciones que actualmente rigen la adjudicación de concesiones de obras y extiende la aplicación de las directivas comunitarias a la adjudicación de contratos de concesión en el sector de los servicios públicos, que en la actualidad está exenta de regulación comunitaria.

Así pues, como veremos a continuación, la futura regulación de las concesiones de servicios, tal como está expresada, es conforme con la jurisprudencia comunitaria en la materia.

4. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en numerosas ocasiones sobre las diferencias entre los contratos públicos de servicios y las concesiones de servicios, y ha concretado los criterios que permiten delimitar ambas figuras, así como el régimen jurídico que les es aplicable.

En un principio, el Tribunal consideró que el criterio que diferenciaba estas figuras era la modalidad de retribución, de forma que en el contrato público de servicios el contratista recibe la retribución directamente de la entidad adjudicadora, mientras que en el caso de las concesiones de servicios son los usuarios de los servicios los que retribuyen al contratista. En este sentido, la Sentencia de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*, asunto C-458/03, manifiesta 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.

De acuerdo con la doctrina posterior del TJUE, a pesar de que la forma de retribuir la prestación es uno de los elementos determinantes para poder calificar una relación jurídica como concesión de servicios, el elemento imprescindible es que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios.

De entre los numerosos pronunciamientos del Tribunal², cabe destacar la Sentencia de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom*, asunto C-348/10, la cual, en relación con la interpretación de los conceptos de contrato de servicios y de concesión de servicios en los ámbitos de aplicación de las directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE, recoge los criterios que permiten delimitar ambas figuras en los siguientes términos:

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

² *Vid.*, entre otras, además de las mencionadas en la sentencia que se transcribe, las sentencias de 26 de abril de 1994, *Lottomatica*; de 10 de noviembre de 1998, *BFI Holding*; de 9 de septiembre de 1999, *RI.SAN*; de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*; de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria*, y de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*.



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 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.

Por tanto, de acuerdo con la doctrina del TJUE, el elemento clave para que haya una concesión de servicios es que el prestador asuma el riesgo de la explotación del servicio, aunque se trate de un riesgo limitado. Así pues, como afirma el Tribunal en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, *Eurawasser*, asunto C-206/08, ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestador de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios y no una concesión de servicios.

El TJUE, en la Sentencia de 27 de octubre de 2005, dictada en el asunto C-234/03, considera irrelevante que la prestación satisfaga un interés general o no, y por este motivo examina solo si en el contrato en cuestión se produce o no la transmisión del riesgo de explotación al prestador de los servicios.

El Tribunal de Justicia también ha manifestado que considera irrelevantes para delimitar los contratos de servicios de las concesiones de servicios, criterios como por ejemplo la duración del contrato, la existencia de retribuciones adicionales a las que paga la Administración concedente o la autonomía del empresario en la ejecución del contrato. En este sentido se pronuncia, entre otras, la Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión/Italia*, dictada en el asunto C-382/05.

5. En el ámbito interno, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector



Público (en adelante, LCSP), incorporó al derecho nacional la Directiva 2004/18/CE y, con ello, introdujo una nueva definición del contrato de servicios, en términos prácticamente idénticos a los de la Directiva.

El artículo 10 de la LCSP definía, igual a como lo define hoy el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, el contrato de servicios en los siguientes términos:

Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II.

Esta nueva definición supone una novedad importante respecto de la normativa anteriormente vigente, el Texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Así, la LCSP eliminó como tipo de contrato diferenciado el de consultoría y asistencia, —inexistente en el derecho comunitario, cuyas prestaciones se consideran incluidas en los contratos de servicios—, subsumiéndolo en la definición del contrato de servicios, y configura el contrato de servicios como un tipo de contrato que, haciendo una interpretación amplia de su nuevo régimen jurídico, permite considerar que puede incluir también algunos contratos que hasta entonces se calificaban como administrativos especiales o de gestión de servicios públicos en la medida que tengan como objeto alguna de las actividades que detalla el Anexo II del TRLCSP.

En cuanto al contrato de gestión de servicios públicos, el artículo 8.1 del TRLCSP, con una redacción idéntica a la de la LCSP, lo define en los siguientes términos:

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.

El régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos está previsto en los artículos 132 y 275 a 289 del TRLCSP, e incorpora el derecho a la explotación del servicio como elemento configurador de este tipo de contrato. De acuerdo con esta regulación, para determinar qué servicios de las administraciones públicas se pueden gestionar indirectamente, es necesario que



concurran en los mismos los siguientes requisitos:

– Que la prestación a la que hace referencia sea un servicio público. Este concepto, en su acepción más amplia, incluye cualquier actividad que la Administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de sus competencias. Así pues, la existencia de un servicio público requiere que la titularidad del servicio esté atribuida en virtud de una norma a una administración pública, y que se trate de una prestación destinada a satisfacer las necesidades de los ciudadanos.

– Que el servicio sea susceptible de explotación por particulares, es decir, que las prestaciones en que consista el contrato sean susceptibles de valoración económica. El contratista tiene derecho a la explotación del servicio y, para hacerlo efectivo, el contrato ha de incluir una retribución fijada en función de su utilización, que se percibe directamente de los usuarios o de la propia Administración.

– Que no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. En relación con este requisito, la dificultad consiste en concretar esta expresión, dado que no se dispone, en nuestro derecho, de un catálogo o relación de servicios que implican el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. No obstante, el Informe 2/06, de 24 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concreta algunas materias que constituyen el núcleo fundamental de materias vetadas a la contratación, como por ejemplo la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana y el sistema penitenciario, si bien concluye que debe hacerse un análisis de las actividades objeto de cada contrato.

– Que el contratista que lo explote tenga encargada la organización y la prestación de los servicios conjuntamente.

– Que antes de contratar un servicio público se haya establecido su régimen jurídico, el cual debe declarar expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración correspondiente como propia, debe atribuir las competencias administrativas, determinar el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regular los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

6. La diferenciación entre los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicios públicos ha sido también objeto de análisis por parte de varias juntas consultivas de contratación administrativa. La Junta Consultiva de Contratación



Administrativa del Estado se ha pronunciado en numerosos informes sobre esta materia, en los que se observa la evolución de su doctrina en paralelo a la evolución jurisprudencial de los criterios comunitarios.

En un principio se consideraba que la existencia de los contratos de gestión de servicios públicos dependía, casi exclusivamente, de la existencia de un servicio público. En el Informe 37/95, de 24 de octubre, la Junta Consultiva manifestó lo siguiente:

[...] 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 criterio de la existencia de un servicio público es el que mantuvo la Junta Consultiva en otros informes posteriores, como por ejemplo los informes 10/07, de 26 de marzo, y 26/07, de 5 de julio, en los que, además, manifestó que la forma de retribución al contratista no afectaba a la calificación de los contratos de gestión de servicios públicos, y que podía consistir en el abono de la tarifa directamente por los usuarios del servicio, en una contraprestación de la Administración al contratista o en el abono, por parte del contratista, de un canon a la Administración, o en una combinación de estos sistemas.

Posteriormente, introduce como criterio distintivo la transmisión del riesgo de explotación. Así, en el Informe 4/08, de 28 de julio, aprobado una vez había entrado en vigor la Ley 30/2007, manifiesta que:

[...] cuando concurren estos tres requisitos [que se trate de servicios susceptibles de ser explotados por los particulares, que no impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos y que el contratista que los explote tenga encomendada la organización y la prestación del servicio conjuntamente] 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.

Así pues, según el parecer de la Junta Consultiva, la asunción del riesgo de explotación o riesgo económico inherente a la gestión del servicio por parte del concesionario es indispensable para atribuir a una relación jurídica concreta la calificación de concesión de servicios.

En este sentido, el Informe 65/08, de 11 de marzo de 2009, que también destaca otra diferencia entre ambas figuras, 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.

Esta mismo informe se refiere también a la especificidad del riesgo de explotación respecto del riesgo y ventura inherente a todos los contratos, y manifiesta 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.

También el Informe 64/09, de 26 de febrero de 2010, hace una mención al riesgo, en los siguientes términos:

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 relación con la retribución del contrato y la posibilidad de que en una concesión de servicios públicos sea la propia Administración la que retribuya al contratista y no los usuarios del servicio, el Informe 22/09, de 25 de septiembre, se pronuncia en sentido afirmativo, dado que manifiesta que no se exige que la retribución a percibir por el concesionario deba proceder directamente de los usuarios, sino que su cuantía esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario.

Así, indica que la retribución del concesionario puede provenir del órgano que otorga la concesión, siempre que su importe se vincule directamente con la demanda o la disponibilidad del servicio. Finalmente, señala que 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 gestione.

Es necesario mencionar, en relación con esta cuestión, que el apartado 4 del artículo 67 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, establece que los pliegos de cláusulas administrativas particulares de los contratos de gestión de servicios públicos han de contener, entre otros datos, la modalidad de retribución que se prevé en el mismo, que puede ser cualquiera de las que se mencionan en las letras *c*, *d* y *e*.

En el informe 12/10, de 23 de julio, de especial interés, la Junta Consultiva pone de manifiesto que en la regulación del contrato de gestión de servicios públicos que contiene la Ley de Contratos del Sector Público, se ha recogido la doctrina del TJUE en relación con los elementos que configuran la concesión de servicios. Así, de acuerdo con los artículos 8, 251 y 253 de la LCSP (actualmente artículos 8, 275 y 277 del TRLCSP) los elementos configuradores de la concesión son los siguientes:

- El concesionario debe asumir la organización del servicio.



- El servicio debe ser susceptible de explotación económica.
- El concesionario debe asumir el riesgo de explotación.

La Junta Consultiva considera indispensable, de estos elementos, la asunción del riesgo y 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.

Finalmente, la Junta Consultiva concluye lo siguiente:

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.

Por tanto, sólo cuando se produzca la transmisión del riesgo de explotación se podrá calificar un contrato como concesión de servicios.

7. Analicemos ahora, en respuesta a una de las cuestiones planteadas en la solicitud de informe, las diferentes modalidades que puede adoptar la gestión de los servicios públicos, desde la perspectiva de la asunción de los riesgos de explotación, con la finalidad de determinar si la transmisión del riesgo al contratista, en el sentido expresado por la jurisprudencia comunitaria, es consustancial a cada una de estas modalidades.

Es necesario recordar que, de acuerdo con la doctrina del Tribunal de Justicia, 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 la explotación del servicio, aunque el riesgo que se derive de su explotación sea muy limitado, dada la configuración jurídico pública del servicio.

Además, como hemos visto, el riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que se puede



traducir en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, al riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los que tienen que asumir el pago del precio, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o el riesgo de responsabilidad por los perjuicios que se puedan causar en la prestación del servicio.

Debe tenerse en cuenta que lo esencial no es el hecho de que la prestación de un servicio comporte un gran riesgo (de hecho, en el ámbito de los servicios públicos no siempre será así, dado el tipo de demanda y la reglamentación de estas actividades), sino que lo que es esencial es que el riesgo exista, y que, por poco relevante que sea, se transfiera al contratista.

Este riesgo no debe confundirse con el riesgo general que asume cualquier contratista en la ejecución del contrato y que está vinculado a circunstancias como por ejemplo una mala gestión o errores de cálculo al presentar la oferta, y al que se ha hecho referencia en la consideración jurídica sexta de este Informe.

8. El artículo 277 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público dispone que la contratación de la gestión de los servicios públicos puede adoptar alguna de las cuatro modalidades siguientes:
 - 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.

Analicemos ahora brevemente cada una de estas modalidades:

La concesión constituye la forma más típica de gestión indirecta de los servicios públicos, y se caracteriza por la transferencia o la cesión a un particular de una esfera de actuación originariamente administrativa, produciéndose una escisión entre la titularidad del servicio —que permanece en la Administración pública concedente— y la gestión del servicio —que se encarga a un particular, que asume el riesgo económico de la explotación.



Así pues, la concesión es un contrato en virtud del cual la Administración encarga a un particular la gestión de un servicio de su competencia, servicio que ha de gestionar a su propio riesgo y ventura, en el sentido de que este asume el riesgo de pérdida que derive de la gestión del servicio, del mismo modo que percibe los beneficios que se deriven de la misma. Por tanto, se puede afirmar claramente que la transferencia del riesgo de explotación es consustancial a esta figura.

La gestión interesada se caracteriza por que la Administración y el empresario participan en los resultados de la explotación del servicio de acuerdo con la proporción que hayan establecido en el contrato. Sin embargo, el artículo 180 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, prevé la posibilidad de que se establezca un ingreso mínimo en favor de cualquiera de las partes asociadas, a abonar por la otra parte, cuando el resultado de la explotación no alcance a cubrir un determinado importe de beneficios. Puede parecer razonable que en determinados casos la Administración contratante asegure al contratista la percepción de las cantidades necesarias para mantener y gestionar el servicio, con independencia del resultado de la gestión, de forma que el gestor interesado no desarrolle la actividad íntegramente a su riesgo y ventura, sino que en algunos casos tenga cubiertos los gastos ordinarios de inversión y de actividad, e incluso garantizados unos beneficios, independientemente del resultado de la gestión.

Por tanto, para determinar en qué medida en esta modalidad se produce la transmisión del riesgo al empresario, hay que analizar las obligaciones que asume cada una de las partes. En cualquier caso, parece que el empresario asume el riesgo de explotación, pero que, con carácter general, lo hace con carácter limitado, dado que el riesgo se comparte con la Administración, salvo los casos en que se haga uso de la posibilidad que prevé el artículo 180 del Reglamento General para establecer unos ingresos mínimos a favor del contratista, en que no se produce, *prima facie*, la transferencia del riesgo de explotación y, en consecuencia, la modalidad de contratación no reuniría las características de las concesiones de servicios, en los términos que exige la jurisprudencia comunitaria. Aún así, debería analizarse cada caso concreto para determinar si de la configuración del objeto del contrato y de las obligaciones de las partes se deduce que se transfiere algún otro de los aspectos o manifestaciones que conforman el riesgo de explotación de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria.

En cuanto a la sociedad de economía mixta, que, como prevé la disposición adicional vigésimonovena del TRLCSP, es una fórmula institucionalizada de



colaboración entre el sector público y el sector privado, se trata de una modalidad de gestión indirecta de servicios, caracterizada por la participación de la Administración en una sociedad en concurrencia con personas naturales o jurídicas. Esta sociedad figura como contratante, es la empresa que gestiona el servicio y es tratada como concesionaria, por lo que asume la explotación a su riesgo y ventura, y las partes participantes en la sociedad asumen como socias el resultado en función de su participación social. Por tanto, también en esta modalidad se produce la transferencia de una parte del riesgo de explotación al empresario privado que participa en la sociedad, aunque sea con carácter limitado.

En cuanto a la modalidad de concierto, se caracteriza por que la gestión de un servicio público se encarga, normalmente por razones de eficacia, a un empresario que ya esté prestando servicios análogos a los servicios de que se trate. Esta modalidad se utiliza especialmente en servicios de tipo educativo, sanitario, asistencial o social, en que la titularidad pública de la actividad no implica la exclusión de la iniciativa privada. En estos casos es habitual que los usuarios de los servicios no abonen ninguna tarifa, sino que sea la Administración la que asuma el coste de la prestación abonando el precio directamente al contratista. Por tanto, deberán examinarse en cada caso las obligaciones a que se someten las partes, especialmente la modalidad de retribución, para verificar si existe una verdadera transmisión del riesgo de explotación, tal como exige la jurisprudencia comunitaria, y, en consecuencia, se trata de un contrato de gestión de servicios públicos, o si esta transmisión del riesgo no se produce y la calificación del contrato ha de ser otra diferente.

En conclusión, se observa que las diferentes modalidades contractuales para la gestión de un servicio público pueden tener un grado diferente de intensidad en cuanto al nivel de asunción de los riesgos de la explotación por parte del contratista —que puede ser mayor o menor según la modalidad del contrato de gestión de servicios públicos elegida—, y es necesario analizar en cada caso concreto las obligaciones que asume cada una de las partes —con independencia de la denominación y calificación que se haya dado al contrato—, para verificar que se produce la transferencia del riesgo de explotación, aunque sea limitado, transferencia, que, como ya sabemos, debe producirse necesariamente para poder calificar el contrato como concesión de servicios.

9. En cuanto a la calificación del contrato para la concertación de los servicios de desarrollo infantil y atención temprana de la red pública y concertada de atención temprana en el ámbito de los servicios sociales de las Illes Balears, en el ámbito territorial de la comarca de Manacor, al que hace referencia la consulta a



esta Junta Consultiva, como contrato de gestión de servicios públicos o como contrato de servicios, es una cuestión que requiere analizar si concurren en el mismo las características de los contratos de gestión de servicios públicos, en especial, si se produce la transferencia del riesgo de explotación al prestador de los servicios.

La especificidad de la contratación de los servicios sociales ha sido reconocida en el ámbito comunitario, particularmente en la propuesta de revisión de las directivas sobre contratación pública, ya que se considera que el régimen general de la contratación no se adapta a los servicios sociales, como tampoco lo hace a los servicios de salud y de la educación. Estos servicios, por su naturaleza, tienen una dimensión transfronteriza limitada, y se prestan en un contexto particular que varía mucho de un estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales, hechos que motivan el establecimiento de un régimen específico para los contratos relativos a estos servicios.

Corresponde al órgano de contratación analizar, en la fase de preparación del contrato, si la prestación a que hace referencia el contrato es un servicio público y si concurren en el mismo el resto de requisitos mencionados en la consideración jurídica quinta de este Informe, y, muy especialmente, si se produce la transmisión de los riesgos de la explotación del servicio en los términos que se expresan en el apartado 48 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de noviembre de 2011, *Norma-A y Dekom*, asunto C-348/10, parcialmente transcrita en la consideración jurídica cuarta de este Informe.

El informe jurídico que acompaña la solicitud de informe a esta Junta Consultiva analiza el expediente del contrato objeto de la consulta, incluido el proyecto de explotación, con el fin de calificar adecuadamente el contrato, y concluye que en este caso concurren los requisitos que el TRLCSP considera necesarios para calificarlo como contrato de gestión de servicios públicos y que se produce la transmisión del riesgo al contratista.

Así, tal como expone el informe jurídico, la condición de servicio público de los servicios de desarrollo infantil y atención temprana deriva del Decreto 85/2010, de 25 de junio, por el que se regula la red pública y concertada de atención temprana en el ámbito de los servicios sociales de las Illes Balears, cuyo artículo 9 dispone que:

En el sistema de servicios sociales, integran la red pública de servicios sociales los servicios de desarrollo infantil y de atención temprana propios de las administraciones públicas, y también los servicios de desarrollo



infantil y de atención temprana privados previstos en la legislación y que hayan suscrito contratos de gestión de servicios públicos de esta tipología.

Además, este Decreto establece el contenido y las condiciones de estos servicios y el procedimiento para acceder a ellos, en el marco del ordenamiento de los servicios sociales, que en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears está establecido en la Ley 4/2009, de 11 de junio, de servicios sociales de las Illes Balears.

De acuerdo con este Decreto, estos servicios no están sujetos a contraprestación económica por parte de las personas y familias que los reciban, y la Administración de la Comunidad Autónoma debe garantizar el principio de proximidad territorial de los servicios de desarrollo infantil y el principio de libre elección.

En cuanto a los prestadores de estos servicios, que pueden tener o no ánimo de lucro, el Decreto prevé que puedan concertar sus servicios con la Administración de la Comunidad Autónoma, siempre que estén inscritos en el Registro Unificado de Servicios Sociales y se adapten a la planificación establecida para este sector.

En definitiva, debe considerarse, de acuerdo con el informe jurídico, que el contrato para concertar los Servicios de Desarrollo Infantil y Atención Temprana de la Red Pública y Concertada de Atención Temprana en el ámbito de los servicios sociales de las Illes Balears, en el ámbito territorial de la comarca de Manacor, es un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concierto, dado que parece que concurren en el mismo las características de esta modalidad de contratación, incluida la transmisión del riesgo de explotación al contratista, aunque de forma limitada. Si bien en este caso la retribución al contratista proviene íntegramente de la Administración, es cierto que la retribución depende del nivel de frecuentación del servicio objeto del concierto, por lo que se puede afirmar, en principio, que se produce la transferencia del riesgo de explotación.

10. Otra cuestión que se plantea en el escrito de consulta hace referencia a si los contratos que aparentemente se pueden calificar como contratos de gestión de servicios públicos pero respecto de los que no quede acreditada la transferencia al contratista del riesgo derivado de la explotación del servicio, deben calificarse como contratos de servicios.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe



12/10, de 23 de julio, mencionado anteriormente en la consideración jurídica sexta de este Informe, ha respondido a esta cuestión en los siguientes términos:

[...] 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 sentido similar, el Informe 22/09, de 25 de septiembre, señala lo siguiente:

[...] 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.

Por tanto, un negocio jurídico que reúna algunos de los requisitos necesarios para poderlo calificar como contrato de gestión de servicios públicos, pero en el que no se produzca la transferencia del riesgo de la explotación del servicio al contratista, se podrá calificar como contrato de servicios o como contrato administrativo especial, en función de que su objeto permita incardinarlo en alguna de estas figuras.



11. Finalmente, se plantea una cuestión relacionada con uno de los casos en los que se puede utilizar el procedimiento negociado para adjudicar un contrato de gestión de servicios públicos. Concretamente, en la solicitud de informe se consulta si el hecho de que una normativa autonómica exija el cumplimiento de determinados requisitos administrativos para que una persona, física o jurídica, pueda desarrollar una actividad concreta permite al órgano de contratación utilizar el procedimiento negociado al amparo de la letra *a* del artículo 172 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Es decir, se trata de determinar si se puede utilizar este procedimiento como consecuencia o a raíz de la aplicación de normativa autonómica que exija el cumplimiento de determinados requisitos administrativos para que se pueda desarrollar la actividad objeto del contrato.

Es necesario recordar que, de acuerdo con el artículo 138 del TRLCSP, los contratos se adjudican, ordinariamente, utilizando el procedimiento abierto o el restringido. El procedimiento negociado es un procedimiento específico de adjudicación de los contratos que se configura como un procedimiento excepcional que solo es de aplicación en los casos que prevén los artículos 170 a 175 del Texto refundido y que tiene como elementos esenciales y diferenciadores respecto de los procedimientos de adjudicación ordinarios (el abierto y el restringido), la consulta y la negociación previas a la adjudicación del contrato. La excepcionalidad de este procedimiento justifica que su régimen difiera de las reglas de los procedimientos ordinarios, tal como ha puesto de manifiesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en el Informe 48/2009, de 1 de febrero de 2010.

El artículo 172 *a* del TRLCSP establece que:

Además de los supuestos previstos en el artículo 170, podrá acudir al procedimiento negociado para adjudicar contratos de gestión de servicios públicos en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta.

Parece que de la lectura del precepto puede considerarse que esta causa procede únicamente en los casos en que, por causas ajenas a la voluntad del órgano de contratación, y en atención a circunstancias objetivas, sea imposible promover la concurrencia y, por tanto, solo un empresario pueda ejecutar el contrato.

El hecho de que una disposición legal o reglamentaria exija el cumplimiento de determinados requisitos administrativos para que una persona, física o jurídica, pueda desarrollar la actividad de servicio público objeto de un contrato, no



imposibilita, por sí mismo, que se promueva la concurrencia en la oferta.

Parece evidente que, con carácter general, las normas no pueden restringir el número de personas que pueden ejercer una determinada actividad, de forma que solo una esté habilitada para llevarla a cabo. De hecho, con carácter general, numerosas normas sectoriales exigen que para ejercer una actividad concreta debe disponerse de una determinada habilitación empresarial o profesional, cuestión que ha recogido el apartado 2 del artículo 54 del TRLCSP, que dispone que para contratar con el sector público los empresarios tienen que contar con la habilitación empresarial o profesional que, en su caso, sea exigible para la realización de la prestación o actividad que constituya el objeto del contrato.

Parece, pues, que el hecho de que una única persona o entidad pueda llevar a cabo la actividad concreta de servicio público que se quiere contratar en el caso que se somete a consulta no puede ser una consecuencia de la aplicación de la normativa. De hecho, el informe jurídico no indica que el ejercicio de esta actividad esté limitado por norma alguna. Cuestión diferente sería si, tal como apunta el informe jurídico, en el momento de tramitar el expediente de contratación, solo un empresario dispusiese de la habilitación empresarial o profesional necesaria para ejercer la actividad. Así pues, la imposibilidad de promover la concurrencia a que hace referencia el artículo 172 *a* del TRLCSP sólo podría derivar de la circunstancia de que únicamente una persona física o jurídica reuniese los requisitos necesarios para ejecutar la prestación de que se trate y el órgano de contratación tuviese conocimiento fehaciente de aquella.

Por tanto, no se puede establecer una relación automática, de causa/efecto, entre el hecho de que una norma exija el cumplimiento de determinados requisitos administrativos para poder ejercer una actividad determinada y la utilización del procedimiento negociado sin publicidad amparado en el supuesto que prevé el artículo 172 *a* del Texto refundido. Una conclusión en este sentido sería contraria a los principios de no-discriminación y concurrencia que, entre otros, informan la contratación pública, sin perjuicio de lo que se ha mencionado en el párrafo anterior.

Conclusiones

1. El contrato de gestión de servicios públicos requiere que el órgano de contratación transfiera al contratista la totalidad o una parte significativa del riesgo de explotación del servicio, aunque el riesgo derivado de la explotación sea limitado.



2. Los contratos que aparentemente se pueden calificar como contratos de gestión de servicios públicos pero en los que no se produce la transferencia del riesgo de la explotación del servicio al contratista, podrán calificarse como contratos de servicios o como contratos administrativos especiales, en función de que su objeto permita incardinarlo en alguna de estas figuras.
3. El contrato para la concertación de los Servicios de Desarrollo Infantil y Atención Temprana de la Red Pública y Concertada de Atención Temprana en el ámbito de los servicios sociales de las Illes Balears, en el ámbito territorial de la comarca de Manacor, reúne, en principio, las características para ser calificado como contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concierto, dado que, como afirma también el servicio jurídico, se produce la transmisión del riesgo de explotación al contratista, aunque de forma limitada.
4. La utilización del procedimiento previsto en el artículo 172 *a* del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público no se puede producir, *a priori*, como consecuencia de la aplicación de una normativa autonómica que exija el cumplimiento de determinados requisitos administrativos, para que una persona, física o jurídica, pueda desarrollar la actividad objeto del contrato. Sin embargo, en el caso de que solo una persona esté habilitada para ejercer la actividad, sí sería posible utilizar este procedimiento, siempre que esta circunstancia se acredite en el expediente.