

Informe 2/2009 de 25 de xuño de 2009, de consulta sobre cualificación xurídica dun contrato administrativo con obxecto da xestión e explotación de minipuntos limpos.

ANTECEDENTES

Polo ltmo. Concello de Marín dirixiuse a esta Xunta Consultiva de Contratación Administrativa o seguinte escrito de consulta:

Polo servizo de Medio Ambiente deste Concello, propónse a contratación do servizo de instalación e xestión de minipuntos limpos de conformidade co seguinte:

Instalación de minipuntos limpos pola entidade contratista, á cal lle correspondería a xestión (baleirado, transporte, conservación,...) dos minipuntos de titularidade da concesionaria. Consistindo a retribución da mesma na explotación gratuíta da publicidade en devanditos minipuntos.

Á vista do exposto solicítase desa Xunta Consultiva de Contratación a emisión de informe sobre as seguintes cuestións:

- Clasificación do contrato.
- Posibilidade de previsión de contraprestación consistente na explotación gratuíta da publicidade.
- Legalidade da contratación proposta.

CONSIDERACIÓNS XURÍDICAS

1.- Segundo o disposto no artigo 2.1 do Decreto 237/2007, de 5 de decembro, polo que se crea a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa correspóndelle á este órgano consultivo emitir informe con carácter facultativo sobre aquelas cuestións que, en materia de contratación administrativa, sometan á súa consideración as entidades enumeradas no seu artigo 1 entre as que figuran as entidades locais, caso do concello petionario.

2.- Tres son as cuestións que se presentan nesta consulta que se pasan a analizar de seguido:

I.- DELIMITACIÓN DO TIPO CONTRACTUAL

Aínda que o literal da consulta di “clasificación do contrato”, enténdese do seu tenor que se solicita informe sobre a “cualificación” dun contrato que ten por obxecto a instalación e xestión de minipuntos limpos.

Numerosos son os pronunciamentos xurisprudenciais e doutriniais en orde a delimitación dos tipos contractuais e, en concreto, como o do caso que nos ocupa, en distinguir o contrato de xestión de servizos públicos do contrato de obras, o de servizos ou o de concesión de obra pública. Baste aquí indicar someramente algunhas pautas que poden iniciarnos nesa delicada labor:

- a) Segundo o artigo 8 da Ley 30/2007, de 30 de outubro, de Contratos do Sector Público (en adiante LCSP) o contrato de xestión de servizos públicos é aquel no que unha Administración Pública encomenda a unha persoa, natural ou xurídica, a xestión dun servizo cuxa prestación foi asumida como propia da súa competencia pola Administración encomendante.
Neste contrato os destinatarios do servizo que presta o contratista son os particulares ou usuarios do servizo público, e non directamente a Administración. Polo contrario, no contrato de servizos, o destinatario directo e inmediato do servizo obxecto do contrato é precisamente a Administración contratante.



- b) Outro criterio aplicable a efectos de distinguir entre un e outro tipo de contrato, aínda que a adoptar con precaucións xa que na práctica non sempre se cumpre, é a forma de retribución ao contratista. No contrato de servizos é a propia Administración a que retribúe ao adxudicatario, mentres que no contrato de xestión de servizo público éste xeralmente percibe a súa retribución dos particulares ou usuarios a través de tarifas ou prezos públicos.
- c) No contrato de concesión de servizos públicos, a prestación principal a realizar polo concesionario é a xestión dun servizo público sen perxuízo de que ésta poida requirir ademais a execución de obras. O contrato de obras, sen embargo, -segundo o artigo 6 da LCSP-, ten como obxecto a realización da obra, entendendo por tal os traballos de construción ou de enxeñería civil destinados a cumprir por si mesmos unha función económica ou técnica que teña por obxecto un ben inmovible (reforma, reparación, demolición, conservación de bens inmovibles...). Xeralmente se ciñe á unha realización material (na que se pode incluír a redacción do proxecto), na que só interveñen o contratista e contratante (non os usuarios), e de máis breve duración que o contrato de xestión de servizo público. Por iso o contrato de obras é denominado un contrato de resultado, característica que non se cumpre no contrato de xestión de servizos públicos.
- d) Finalmente, no contrato de concesión de obra pública, a teor do artigo 7 da LCSP, o obxecto principal da actividade a realizar polo concesionario é a de construír unha obra pública a cambio do dereito de explotar a obra, explotación que pode consistir, e aquí o motivo da confusión, na xestión dun servizo público respecto do que a obra constitúa o seu soporte. É fundamentalmente neste suposto, cando se xunta a xestión dun servizo público coa realización de obras, cando deberemos acudir ao artigo 12 da LCSP que establece o criterio de maior valor económico das prestacións para determinar a súa cualificación.

Non obstante o anterior, a aplicación das regras anteditas para calificar os contratos debe facerse coa maior das precaucións e a delimitación atenderá a cada caso concreto en atención ao seu obxecto e circunstancias, debéndose sinalar neste senso, que a ausencia de remisión a este órgano de documentación complementaria algunha que permita formar un xuízo completo sobre o obxecto do contrato impide facer un pronunciamento preciso sobre a súa adecuada cualificación.

Interesa sobre todo delimitar o concepto de “servizo público” pois non todos os servizos prestados por unha Administración Pública teñen tal carácter. Para reunir a condición de “públicos” os servizos deben corresponderse cunha prestación asumida como propia da súa competencia pola Administración contratante, que deberá expresar tal asunción competencial polas vías legais que a cada Administración Pública corresponda. Debe acudirse neste suposto, sendo o petionario un Concello, á normativa de réxime local e á lexislación específica que sobre a materia se teña promulgado na Comunidade Autónoma. Ao respecto atopamos que o artigo 26 da Lei 7/1985, de 2 de abril, reguladora das Bases do Réxime Local, no seu apartado 1 a) menciona expresamente que os municipios, por si ou asociados, deberán prestar o servizo de recollida de residuos e, no apartado b), para concellos de poboación superior a 5.000 habitantes esixe tamén prestar o servizo de tratamento de residuos. Doutra banda, a Lei 10/2008, de 3 de novembro, de residuos de Galicia, no artigo 5, establece, como competencia municipal en materia de residuos a prestación dos servizos derivados da xestión dos residuos urbanos ou municipais na forma que se estableza nas súas respectivas ordenanzas e planes de xestión de residuos, así como a xestión dos servizos públicos de recollida, transporte, valorización e eliminación de residuos urbanos ou municipais de xeito directo o indirecto.

Tratándose os minipuntos limpos dun modelo de contedor selectivo urbano que fai de soporte aos puntos limpos para a recollida selectiva de pequenos residuos sólidos de uso doméstico (pilas, disquetes, cd, dvd, ...) e tralo exame conxunto da normativa antedita parece que nos atopamos ante un servizo público municipal que, tal e como indica a Lei de residuos de Galicia antedita, poderá ser xestionado de xeito directo ou indirecto polo Concello sempre e cando estea contemplado nos seus plans de residuos.

Non obstante, como indica o Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009, da Junta Consultiva de Contratación do Estado, débese atender tamén ao disposto no artigo 251 da LCSP ao limitar a posibilidade de establecer contractualmente a xestión indirecta dun servizo da súa competencia a que éste sexa susceptible de explotación por particulares.

Como indica o citado informe *“esta circunstancia esixe que a explotación poida facerse seguindo criterios empresariais que implican a existencia dun nivel de risco determinado que a Lei específica sinalando que na concesión “o empresario xestionará*



o servizo o seu propio risco e ventura” (arts. 253 a) de LCSP). E dicir, asumindo o risco de perda que comporta toda explotación de negocio. Resulta así que a xestión indirecta dun servizo público pode configurarse tanto seguindo as liñas que configura a concesión administrativa, -cando existe risco na xestión e ista sexa asumida polo empresario-, ou como un contrato de prestación de servizos no que o contratista, por así dicilo, actúa como mero auxiliar da Administración titular do servizo na prestación do mesmo.”

Ao respecto, ante a ausencia de elementos suficientes na consulta remitida, cabe indicar que, de conformidade co artigo 116 da LCSP, antes de proceder á contratación dun servizo público, o Concello deberá ter establecido o seu réxime xurídico, que declare expresamente:

- que a actividade de que se trata queda asumida pola Administración contratante como propia da mesma
- que atribúa as competencias administrativas
- que determine o alcance das prestacións a favor dos administrados,
- e que regule os aspectos de carácter xurídico, económico e administrativo relativos á prestación do servizo (esixencia de inversións, fórmulas de organización e prestación do servizo, etc)

II.- CONTRAPRESTACIÓN RETRIBUTIVA

Respecto á cuestión sobre a posibilidade de que a contraprestación consista na explotación da publicidade dos paneis ubicados nos soportes dos minipuntos, cabe indicar o seguinte:

- Segundo o artigo 75 da LCSP, os contratos deben ter sempre un prezo certo expresado en euros. Non obstante o mesmo artigo indica que o seu pagamento poderá facerse mediante a entrega de outras contraprestacións, nos casos en que a propia LCSP ou outras leis así o prevexan, de xeito que o prezo do contrato no é sino a contraprestación de que se fai acredor pola realización da prestación da que trae causa a contratación.
- De atoparnos ante un contrato de xestión de servizos públicos, o artigo 183 do Real Decreto 1098/2001, de 12 outubro polo que se aproba o Regulamento Xeral da Lei de Contratos das Administracións Públicas (vixente en tanto non se desenvolva a materia e non contradiga a LCSP) dispón que tales contratos esixen a elaboración dun proxecto de explotación. Ese proxecto de explotación comprenderá un estudo económico-administrativo do servizo, do seu réxime de utilización e das particularidades técnicas que resulten precisas para a súa definición. Especificará, en concreto, o réxime económico que proceda:
 - Prezo a aboar pola Administración,
 - Contraprestación por parte da Administración,
 - Canon o participación a satisfacer á Administración polo contratista ou beneficio mínimo que corresponda a algunha das partes, ou
 - Tarifas a aboar polos usuarios

Nada impide, pois, que o pagamento do prezo do contrato se realice mediante a determinación de certas contraprestacións non necesariamente dinerarias, que garanten a viabilidade económica da explotación. Así se pode colixir do artigo 117.1 da LCSP cando sinala que os pregos de cláusulas administrativas particulares e de prescricións técnicas, *de acordo coas normas reguladoras do réxime xurídico do servizo* deberán, “*de se-lo caso*”, fixar as tarifas que terán que aboar os usuarios, os procedementos da súa revisión e o canon ou participación que houbera de satisfacerse á Administración. É dicir se sinalarán só si as propias normas reguladoras do servizo contemplan tales elementos, que se entenden non obrigatorios.



III.- LEGALIDADE DA CONTRATACIÓN PROPOSTA

Sobre a terceira das cuestións requiridas polo Concello petionario cabe indicar que, segundo dispón o Decreto 237/2007 da súa creación, non é a finalidade deste órgano consultivo realizar pronunciamentos de legalidade sobre as consultas propostas, resultando tal función reservada a outros órganos con competencia expresa nese ámbito.

CONCLUSIÓN

1º.- Este órgano consultivo entende no presente suposto, coa prevención que supón a ausencia de documentación complementaria en orde á exacta identificación do obxecto do contrato e as circunstancias concurrentes, que a xestión e explotación de minipuntos limpos constitúe unha actividade de servizo público de conformidade co disposto na lexislación de Réxime Local e na lexislación específica sobre a materia promulgadas pola Comunidade Autónoma de Galicia.

2º.- En resposta a segunda das consultas indicar que ante un contrato de xestión de servizo público o seu pagamento pódese efectuar mediante contraprestacións non dinerarias como a xestión da publicidade.

3º.- Non cabe pronunciamento deste órgano sobre a legalidade da contratación proposta.