

## **INFORME 2/2022 DE 8 DE MARZO DE LA JUNTA CONSULTIVA SOBRE LA POSIBILIDAD DE RETRIBUIR AL CONTRATISTA DE UN CONTRATO DE SERVICIOS MEDIANTE EL COBRO DE TARIFAS [grupo 5]**

El Instituto Municipal de Deportes de las Palmas de Gran Canaria, Organismo Autónomo del Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria se dirige a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa solicitando informe sobre si es posible retribuir a la empresa adjudicataria de un contrato de servicios que no son coactivos y no hay riesgo operacional, mediante el cobro de tarifas.

Antes de analizar la cuestión planteada, precisar que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Canarias, de acuerdo con lo que prevé el Decreto 86/2016, de 11 de julio, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico de la Consejería de Hacienda, tiene el carácter de órgano colegiado consultivo en materia de contratación administrativa y, en el ejercicio de su función de resolver consultas de carácter general sobre la interpretación y el análisis de las normas jurídicas en materia de contratación pública, no puede suplir ni debe interferir en las funciones consultivas que tienen asignadas otros órganos consultivos en sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, dado que los términos en que se plantea la consulta guardan relación directa con aspectos que pueden incidir de forma general en la interpretación de la normativa de contratación pública, esta Junta Consultiva considera oportuno emitir su parecer sobre los aspectos generales implicados en la cuestión planteada, al tiempo que se resalta el carácter consultivo de este informe.

### **CONSIDERACIONES JURIDICAS**

1.- A la vista de la cuestión planteada debemos, previamente, hacer referencia a la nueva regulación que la actual ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante LCSP) regulada como consecuencia de la trasposición de las directivas europeas, efectúa de los contratos de servicios, haciendo desaparecer el contrato de gestión de servicio público y, regulando la nueva figura del contrato de concesión de servicios, distinguiéndola del propio contrato de servicios.

La distinción entre contrato de servicios y de concesión de servicios se basa únicamente en la existencia o no de transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, independientemente de que el servicio sea o no público, por lo que estaremos ante un contrato de concesión de servicios cuando se produzca esa transferencia de riesgo y, ante un contrato de servicios, en caso contrario. Es decir, si se presta un servicio público, o un servicio de competencia de una administración, pero no existe riesgo operacional, deberá acudir a la figura del contrato de servicios.

2.- A continuación, es preciso determinar la naturaleza de las prestaciones económicas que abona el usuario por los servicios recibidos. La LCSP establece de forma clara la naturaleza



de la contraprestación que paga el usuario por la prestación de un servicio, al admitir, ya sin ningún género de dudas, que si quien presta el servicio es un concesionario o una empresa privada este precio puede ser una tarifa, esto es, un precio de naturaleza no tributaria, que puede calificarse de precio administrativo en la medida en que está fijado o aprobado por la Administración, y siempre que se abone directamente a quien presta el servicio.

En este sentido la LCSP en la Exposición de Motivos de la Ley, en su apartado VI, afirma lo siguiente: *“la Ley en sus disposiciones finales modifica la regulación establecida en determinadas normas tributarias. Así, se aclara la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios, tanto en los casos de gestión directa de estos, a través de la propia Administración, como en los supuestos de gestión indirecta, a través de concesionarios, como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario. A estos efectos, se le da nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria; al artículo 20 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, añadiéndole un nuevo apartado 6, y al artículo 2 de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos añadiéndole una nueva letra c)”*

Así se establece en el artículo 289.2 de la LCSP al regular el régimen de las concesiones de servicios que *“las contraprestaciones económicas pactadas se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario”*.

Como puede comprobarse el término tarifa aparece en el contrato de concesión de servicios, que incluye tanto la prestación de servicios públicos como la de servicios a la administración, siempre que exista riesgo operacional, es decir, esta nueva figura incluye todo contrato que suponga la prestación de un servicio a un tercero siempre que el contratista asuma el riesgo operacional.

Esta nueva regulación fue objeto de recurso de inconstitucionalidad pero la sentencia de 9 de mayo del 2019 concluye que la atribución de la naturaleza jurídica de prestaciones públicas no tributarias a las denominadas tarifas es una decisión del legislador y, afirma que la garantía del principio de reserva de ley del artículo 31.3 de la Constitución no ha sido vulnerada por parte del artículo 289.2 de la Ley de Contratos del Sector Público debido a que, con la regulación contenida en este precepto, colma la reserva de ley para este tipo de contraprestaciones.

**3.-** A continuación, debe analizarse qué ocurre con aquellos servicios públicos o no, en los que no hay riesgo operacional y han pasado a la categoría de contrato de servicios.

Efectivamente, los servicios públicos sin riesgo operacional han pasado a la categoría de contrato de servicios, y el precio que se abona por la prestación de un servicio público en el que no exista riesgo operacional, no es la tarifa a que se refiere el artículo 289.2 de la LCSP, sino el precio a que se refiere el régimen especial del artículo 312.



El legislador ha creado en el artículo 312, dentro del contrato de servicios, una nueva figura, la del contrato de “*servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía*”, terminología que viene a referirse a los contratos de prestación de servicios públicos cuando no existe riesgo operacional

Este artículo 312 construye una modalidad de contrato de servicios en los casos en que no hay transferencia de riesgo operacional, y por lo tanto no puede hablarse de concesión de servicios, pero se trata de prestación de servicios públicos, dado que comienza especificando que, antes de su contratación, debe establecerse su régimen jurídico y que, expresamente, se declare que la actividad es de la propia administración y en el que, además, se establece: el adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo estará sujeto a las obligaciones *de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada*”

En la medida en que se trate de servicios coactivos, esto es, de recepción necesaria, estaremos ante una prestación patrimonial de carácter público, y si la contraprestación por la prestación se abona a un concesionario o empresa de derecho privado que presta el servicio, este pago no tendrá naturaleza tributaria, sino que será un precio que fija y regula la administración, pero que se ingresa en la cuenta privada del concesionario o de la empresa de derecho privado, y no en la cuenta de la administración titular del servicio.

La Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado (expediente 53/18) señala en relación a esta cuestión:

*“El artículo 312 regula dos aspectos a tener en cuenta en la configuración de la relación contractual:*

- El régimen jurídico del servicio público a prestar mediante el contrato, que deberá establecerse con carácter previo a la contratación,*
- La posibilidad de que, en su caso, puedan exigirse contraprestaciones económicas a los usuarios del servicio...*

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

*....Si atendemos a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, es muy cierto que el artículo 312 de la LCSP no contempla expresamente la calificación de las tarifas que se puedan establecer como prestación patrimonial de carácter público no tributario, a diferencia de lo previsto para la concesión de servicios (artículo 289.2 LCSP). No obstante, la disposición adicional cuadragésima tercera –y también las previsiones de la normativa tributaria que se modifica en las disposiciones finales- se refieren en términos generales a la prestación de servicios públicos mediante gestión indirecta, donde*



*se comprenden también los contratos de servicios con prestaciones directas a favor de la ciudadanía, por más que se explicita algún caso como el de la concesión u otros similares. Por tanto, también en estos casos las tarifas deben considerarse como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario cuando se exijan coactivamente....*

*Y concluye: “En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, las tarifas o prestaciones que deben satisfacer los usuarios al prestador de los servicios tendrán la condición de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario cuando se exijan coactivamente”*

**4.-** Como ha señalado D. Joaquín Tornos Mas, Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Barcelona, se ha vuelto a incidir en esta cuestión de la naturaleza del precio que abonan los usuarios por la prestación de servicios públicos en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 2020 en la que la cuestión de interés casacional se concreta en determinar la naturaleza del precio que abona el usuario de un servicio no coactivo gestionado de forma indirecta, fijando unos criterios interpretativos en esta cuestión.

Lo relevante de la sentencia es que añade una nueva categoría de precio, teniendo en cuenta la forma de gestión del servicio y su coactividad, determinando que, si el servicio no es coactivo y el usuario paga al concesionario o a una empresa privada de capital público, el precio sería un precio privado.

En este último supuesto, afirma el Tribunal Supremo: *“el prestador del servicio no es el ente local, como en los precios públicos, sino el concesionario, y se presta en régimen de voluntariedad, la contraprestación recibida no puede ser más que un precio privado, surgido entre la relación de la entidad privada que lo gestiona y el interesado, que se desarrolla en el ámbito del Derecho privado, ajeno, por tanto, a la consideración de ingreso público. Precio privado que, intervenido, en su caso, es fijado por la Administración para remunerar al prestador del servicio, de claro matiz contractual y vinculado al objeto del servicio...”*

*“..... por tanto conforme a esta misma estructura en cuanto a las características del servicio, cuando es prestado por el concesionario no puede ser más que un precio privado -no una prestación patrimonial pública no tributaria, al faltar la nota de coactividad-; lo que nos lleva a rechazar que estemos ante una tasa, lo que no se discute, ni ante una prestación patrimonial pública no tributaria, ni, en contra de lo defendido por la parte recurrida, ante un precio público, sino que, tal y como reivindica el Ayuntamiento la prestación que percibe la concesionaria por la prestación del servicio en centro deportivos y casas de baño, es un precio privado”.*

*“Los precios públicos constituyen ingresos públicos con relevancia presupuestaria. Los precios privados, incluso regulados, con la configuración vista, no constituyen ingresos públicos, son una contraprestación que satisface el usuario por el servicio que se le presta e ingresa directamente en la cuenta del concesionario, no tienen, no pueden tener por su naturaleza y función, incidencia presupuestaria, por más que de producir la actuación administrativa con la modificación de los precios públicos un desequilibrio financiero en la concesión, el concesionario pueda instar su corrección por los mecanismos que estén previstos dentro de la relación contractual”.*



## CONCLUSIONES

En los contratos de servicios definidos en la LCSP, en los que no hay una transferencia del riesgo operacional, el servicio a prestar no es coactivo y se lleva a cabo de forma indirecta, la contraprestación a la entidad adjudicataria, no tiene naturaleza de tarifa sino se considera un precio privado.