

INFORME 1/2008, DE 2 DE JUNIO DE 2008. CONTRATOS DE GESTION DE SERVICIOS PÚBLICOS. CONSTRUCCIÓN Y GESTIÓN DE CEMENTERIO MUNICIPAL. INAPLICACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE GESTION DE SERVIVIO PÚBLICO CON OBRA

ANTECEDENTES

Con fecha 3 de marzo de 2008, ha tenido entrada en la Secretaría de la Junta Superior de Contratación Administrativa escrito de solicitud de informe formulado por el Ayuntamiento de Campello con el siguiente tenor literal:

“En base a lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000 de 30 de mayo por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana (DOGV núm. 3.767 de 8 de junio) se le solicita, si fuera posible, informe en relación a los siguientes extremos:

El Ayuntamiento gestiona el servicio público del cementerio municipal en un recinto que en breve va a resultar imposible incrementar el número de nichos por falta de disponibilidad de espacio.

Por otro lado, el Ayuntamiento está tramitando un expediente para obtener la propiedad de determinados suelos en otra parte del municipio para la instalación de un nuevo cementerio (manteniendo el ya existente).

Ante esta nueva situación y dado que el Ayuntamiento no dispone de medios económicos para construir ni gestionar el nuevo cementerio, se plantea las siguientes cuestiones:

1º.- ¿Se considera este caso concreto como un contrato de gestión de servicios públicos con obra o bien un contrato de concesión de obra pública? ¿Cuál es el fundamento jurídico que lo determina?

Hay que tener en cuenta que en el contrato de concesión, parece que el objeto es la utilización de la infraestructura por el usuario, lo que de por sí no implica prestación del servicio público; en el contrato de gestión de servicios públicos la obra es secundaria, mientras que en la concesión de obra pública la obra es lo principal. En el caso del cementerio, el Ayuntamiento debe poder asegurar la prestación del servicio (servicio obligatorio del artículo 26 de la LRBRL), pero la obra también es necesaria para poder prestar el servicio (la inversión de la obra se recuperaría por el contratista vía tarifas, es decir, vía gestión, lógicamente con un beneficio como actividad económica).

2º.- Si se considera como un contrato de gestión de servicios públicos con obra ¿cómo se tramita la obra, aplicando lo dispuesto en el artículo 228 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Contratos (anteproyecto de explotación y de obra, exposición pública de ese anteproyecto...?)

3º.- *En cuanto a la tramitación administrativa, parece que la única distinción sería la inexistencia de iniciativa privada partiendo de un estudio de viabilidad si se tratara de un contrato de gestión de servicio público, ¿es correcta esa afirmación?"*

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Respecto a la aplicación del contrato de concesión de obra pública a determinadas infraestructuras para la gestión de servicios públicos, esta Junta ya tuvo oportunidad de pronunciarse en Informe 2/2007, de 19 de junio.

Así esta Junta consideraba que *"del análisis del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, modificado por la Ley 13/2003, de 23 de mayo, reguladora del contrato de concesión de obras públicas¹ y de la Comunicación interpretativa de la Comisión, de 12 de abril de 2000, sobre concesiones en el derecho comunitario, para que se dé un contrato de concesión de obra pública se debe dar, en términos generales, conjuntamente las siguientes características:*

1.- *Que se trate de obras susceptibles de explotación económica destinadas a servicios públicos de interés económico, o servicios económicos de interés general.*

La expresión «servicios de interés económico general», utilizada en el artículo 16 y en el apartado 2 del artículo 86 del Tratado, no aparece definida ni en el Tratado ni en el Derecho derivado. Sin embargo, en la práctica comunitaria, se suele designar con este término aquellos servicios de naturaleza económica a los que los Estados miembros o la Comunidad imponen obligaciones específicas de servicio público en virtud de un criterio de interés general. La "naturaleza" económica vendrá ligada a su actividad, así si esta actividad consiste en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado en el marco de la libre competencia y de acuerdo con las reglas de ese mercado, hablaremos de actividad económica y, por ende, de naturaleza económica de la actividad.

2.- *Que el derecho a la explotación de las obras, o ese derecho acompañado de un precio, sea la contrapartida que percibe el concesionario por realizar a su costa la inversión y el mantenimiento de las obras.*

¹ El art. 220.1 dispone " Se entiende por contrato de concesión de obras públicas aquel en cuya virtud la Administración Pública o entidad de derecho público concedente otorga a un concesionario, durante un plazo, la construcción y explotación, o solamente la explotación, de obras relacionadas en el artículo 120 o, en general, de aquellas que siendo susceptibles de explotación, sean necesarias para la prestación de servicios públicos de naturaleza económica o para el desarrollo de actividades o servicios económicos de interés general, reconociendo al concesionario el derecho a percibir una retribución consistente en la explotación de la propia obra, en dicho derecho acompañado del de percibir un precio o en cualquier otra modalidad establecida en este Título. "

Por su parte, la Directiva 18/2004/CE del Parlamento y del Consejo Europeo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios establece en su art. 1 apartado 3 , define la concesión de obras públicas como " un contrato que presente las mismas características que el contrato público de obras, con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. "

3.- *El derecho de explotación implica la transferencia de la responsabilidad de explotación (riesgos), que engloba los aspectos técnicos, financieros y de gestión de la obra. Es al concesionario a quien incumbe, por ejemplo, la tarea de realizar las inversiones necesarias para que su obra pueda, de forma útil, ponerse a disposición de los usuarios. También recae sobre él la carga de la amortización de la obra. Si los poderes públicos asumen las contingencias vinculadas a la gestión de una obra, asegurando, por ejemplo, el reembolso de la financiación, faltará el elemento de riesgo. En este caso, se trata de un contrato público de obras y no de una concesión.*

Por otra parte, el concesionario no sólo asume los riesgos vinculados a cualquier construcción, sino que deberá también soportar los riesgos vinculados a la gestión y frecuentación o utilización efectiva del equipamiento (disponibilidad y demanda).

4.- *El derecho de explotación permite al concesionario cobrar al usuario por la utilización de la obra (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto periodo de tiempo. La duración de la concesión constituye, por tanto, un elemento importante de la remuneración del concesionario, que no es directamente remunerado por el órgano de contratación sino que obtiene de éste el derecho a recibir las rentas resultantes de la utilización de las obras realizadas.*

5.- *El hecho de que el derecho de explotación vaya acompañado de un precio, o retribución complementaria, no altera este análisis. Se trata de una hipótesis que se da en la práctica. Si la Administración asume parcialmente el coste de explotación a fin de aminorar el precio que debe pagar el usuario (práctica de los «precios sociales»; peajes en sombra), esta intervención no cambia necesariamente la naturaleza del contrato si el precio pagado (por la utilización de la obra) cubre sólo una parte del coste de la obra y de su explotación.*

6.- *Atendiendo a su finalidad, las obras públicas podrán incluir, además de las superficies que sean precisas según su naturaleza, otras zonas o terrenos para la ejecución de actividades complementarias, comerciales o industriales que sean necesarias o convenientes por la utilidad que prestan a los usuarios de las obras y que sean susceptibles de un aprovechamiento económico diferenciado, tales como establecimientos de hostelería, estaciones de servicio, zonas de ocio, estacionamientos, locales comerciales y otros susceptibles de explotación. Las correspondientes zonas o espacios quedarán sujetos al principio de unidad de gestión y control de la Administración Pública concedente y serán explotados conjuntamente con la obra por el concesionario directamente o a través de terceros en los términos establecidos en el oportuno pliego de la concesión.*

Con la entrada en vigor de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público el contrato de concesión de obra pública queda definido como lo hace la Directiva 2004/18/CEE, si bien como un tipo de contrato distinto del contrato de obras. “La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación

a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio. Por tanto, a diferencia de la anterior regulación, desaparece del concepto de contrato de concesión de obra pública la mera explotación de una obra ya construida, figura ésta que encaja en la concesión de servicios y no de obras.

A mayor abundamiento, cabe hacer hincapié en la siguiente consideración: El contrato de concesión de obra pública tiene como finalidad la realización de una obra pública a cambio de su explotación o de un precio. Por el contrario el contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia por la Administración encomendada, debiéndose tratar de servicios que sean explotables. Por tanto lo explotable en el contrato de concesión de obra pública es la obra, de manera que si no hay obra, no hay contrato de concesión de obra pública; en el contrato de gestión de servicios públicos es el servicio lo explotable, lleve o no aparejada obra.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también ha dado respuesta a esta situación en sentencia de 19 de abril de 1994 en el Asunto C-331/92. Gestión Hotelera Internacional S.A. contra Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de las Palmas de Gran Canaria y Gran Casino de las Palmas S.A." *En efecto, según el decimosexto considerando de ésta, de la Directiva 71/305 se desprende que un contrato sólo puede considerarse contrato público de obras si su objeto consiste en realizar una obra de construcción y que, cuando dichas obras son accesorias y no constituyen el objeto del contrato, no pueden justificar la clasificación del contrato como contrato público de obras.*

Asimismo, esta Junta Superior en Informe 3/2004, de 11 de marzo, sobre un contrato de concesión para la gestión del servicio público de abastecimiento de agua potable, destacaba que se trataría de saber si el objeto principal del contrato es la construcción de una obra o la ejecución de trabajos propios de los contratos de obras por cuenta del concedente. O si, por el contrario, esos trabajos o la construcción de esa obra son sólo accesorios en relación con el objeto principal del contrato que es la prestación del servicio.

En segundo término, el contrato de gestión de servicios públicos, recae sobre competencias eminentemente reservadas en favor de las Administraciones Públicas que pueden ser gestionadas, bien de forma directa, bien indirectamente, pero lo que, asimismo, resulta indudable es que la regulación de la gestión del servicio corresponde, precisamente y con carácter indelegable a aquéllas. Pues bien, llegados a este punto, debemos señalar que la dotación de cementerios es un servicio público básico a cargo del municipio -por sí o asociado a otros entes de igual carácter-. Se trata, por tanto, de competencias eminentemente reservadas en favor de los Ayuntamientos, que pueden ser gestionadas, bien de forma directa, bien indirectamente a través de alguna de las fórmulas establecidas en la Ley de Contratos del Sector Público, pues su disposición final primera modifica la Ley de Bases de Régimen Local en lo relativo al apartado 2 del artículo 85 estableciendo la siguiente redacción:

«2. Los servicios públicos de la competencia local podrán gestionarse mediante alguna de las siguientes formas:

A. Gestión directa:

- a) Gestión por la propia entidad local.
- b) Organismo autónomo local.
- c) Entidad pública empresarial local.
- d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

B. Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público.»

Asimismo, el Tribunal Supremo, en reiteradas Sentencias tras la liberalización efectuada por el Real Decreto-Ley 7/96, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, lo cual suponía la cesación del régimen de monopolio de los Servicio Funerarios, concluye: *"nada se puede objetar al carácter de servicio público mínimo a cargo del municipio -por sí o asociado a otros entes de igual carácter- que se otorga a la existencia de cementerios (artículo 26.1.a), ni tampoco a las competencias que la ley le atribuye (artículo 25.2.J) de la misma norma) en lo que se refiere a la ordenación de los servicios funerarios. Se trata de competencias eminentemente reservadas en favor de los Ayuntamientos, que pueden ser gestionadas, bien de forma directa, bien indirectamente a través de alguna de las fórmulas establecidas en el artículo 85.4 de la Ley de Bases del Régimen Local; pero lo que asimismo resulta indudable es que la regulación de la gestión del servicio debe efectuarse de alguna de esas maneras, cuya determinación concreta corresponde, precisamente y con carácter indelegable, al Pleno de la corporación municipal respectiva, tal como establece el artículo 22.2. f) de la misma Ley.*

Así pues, no puede dudarse de la potestad auto-organizativa de los Ayuntamientos en lo que se refiere a los modos de gestión del servicio público funerario, sometida únicamente a lo establecido en la legislación estatal y autonómica en la medida que la competencia para regularlo venga atribuida tales entes superiores, y sometida también a la aprobación de la correspondiente Comunidad Autónoma si se trata de ejecutar los servicios indicados en régimen de monopolio, posibilidad hoy en día suprimida en virtud de lo dispuesto en el artículo 22 del Real Decreto Ley 7/96. "(STS de 20 de noviembre de 1997; 14 diciembre 1998; 11 octubre 1999; de 9 diciembre 2002 y 24 de noviembre de 2003, entre otras)

En cuanto a la tramitación del expediente, éste deberá realizarse de conformidad con las disposiciones relativas al contrato de gestión de servicios públicos, con las peculiaridades establecidas en el caso de que la prestación del servicio lleve aparejada la construcción de obras de nueva creación, reforma o reparación de obras ya existentes. Así véanse los artículos 116 y 117 de la LCSP; este último, en su apartado 2, remite al contrato de concesión de obra pública y, en este punto, cabe entender que según se trate de anteproyecto o proyecto de obras se estará a lo expuesto en los artículos 113 y 114, respectivamente.

La iniciativa privada únicamente se admite en el artículo 112.5 en relación a la presentación de estudios de viabilidad en el contrato de concesión de obra pública, queriendo diferenciar este contrato por su esencia del contrato de gestión de servicio público.

CONCLUSIONES

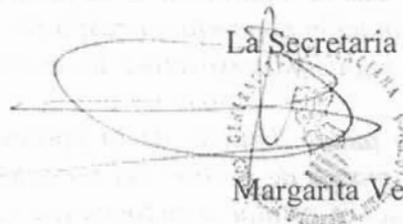
PRIMERA.- La construcción del nuevo cementerio municipal o ampliación del existente y su gestión indirecta responde a un contrato de gestión de servicios públicos al tratarse de un servicio público reservado a las entidades locales.

SEGUNDA.- La tramitación del expediente se deberá realizar conforme a lo dispuesto en la Ley de contratos del Sector Público, teniendo en cuenta lo dispuesto en sus artículos 113 y 114 para el contrato de concesión de obra pública.

TERCERO.- La LCSP no contempla la iniciativa privada en la gestión de servicios públicos sino la gestión indirecta del servicio en las formas previstas en su artículo 253, de conformidad con lo establecido en la disposición final primera del citado texto legal.

El presente Informe se emite al amparo de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto 79/2000, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se crea la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana, y no tendrá carácter vinculante. Por tanto, el órgano consultante podrá adoptar su decisión ajustándose o apartándose del criterio de la Junta, con la obligación de motivar su decisión en este último.

La Secretaria de la Junta



Margarita Vento Torres

Vº Bº

EL PRESIDENTE DE LA JUNTA

(p.s. Art. 1.1.a) Orden de 11 de junio de 2001

DGV 1777/2001)



José Miguel Escrig Navarro
VICEPRESIDENTE

APROBADO POR LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRATACION ADMINISTRATIVA
en fecha 2 de junio de 2008.