

Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

Asunto: Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios.

I. ANTECEDENTES

El Secretario General Técnico del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, se dirige con fecha 16 de diciembre de 2013, a la presidencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, mediante escrito del siguiente tenor literal:

«Con motivo de la emisión de los acuerdos 52/2013 y 55/2013 del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón (TACPA), en los que el Tribunal entiende que dos contratos licitados por organismos del Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia como de gestión de servicios públicos deben calificarse como contratos de servicios en el marco de las directivas 2004/17 y 2004/18, se ha suscitado una controversia entre órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma sobre la calificación de otros contratos licitados por este Departamento.

Se trata de contratos en los que, para la prestación de servicios asistenciales, sanitarios o sociales, el adjudicatario debe asumir la gestión de centros propios de la Comunidad Autónoma. Se utiliza hasta ahora el tipo de gestión de servicios públicos porque se entiende el más adecuado a la naturaleza del contrato, así como por las especiales facultades que en este tipo de contratos permite a la Administración la Ley de Contratos del Sector Público (LCSP, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre). Así, la conservación de los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (artículo 279.2 LCSP); responsabilidad por los daños producidos a terceros (artículo 280

LCSP); la posibilidad de modificar las características del servicio y las tarifas, con mantenimiento del equilibrio económico del contrato (artículo 282 LCSP); la intervención del servicio (artículo 285 LCSP); o las causas específicas de resolución (artículo 286 y ss. LCSP). Estas facultades son necesarias habida cuenta de la situación de especial vulnerabilidad de los usuarios de los servicios -personas enfermas, menores, mayores dependientes, personas en riesgo de exclusión social-, por lo que la defectuosa prestación del servicio o su interrupción podrían provocar perjuicios de muy difícil reparación en la salud de estos usuarios.

En todos los casos el objeto del contrato es un servicio cuya prestación corresponde a la Comunidad Autónoma en ejercicio de las competencias que tiene atribuidas, incluido en sus carteras de servicios, cuyo régimen jurídico se regula por normas de carácter reglamentario, y cuyo destinatario directo es el usuario o paciente y no la Administración. El contratista asume en ellos la gestión y explotación completa del centro, incluyendo el personal, mantenimiento y conservación, suministros, tributos y servicios prestados por terceros, así como la responsabilidad frente a los usuarios por la incorrecta ejecución del servicio. La demanda de servicios no depende solo de la voluntad de los usuarios, sino que estos deben ser autorizados o derivados a los centros por los servicios sanitarios o sociales de la Comunidad Autónoma.

Por otra parte, y dependiendo del tipo de servicio que se gestione, el precio del contrato se establece, bien en una cantidad por usuario del servicio y periodo de uso, bien en una cantidad mensual por centro con independencia del número de usuarios efectivos. A su vez, las normas reguladoras de algunos servicios, pero no de todos ellos, disponen que los usuarios participarán en el coste de los servicios mediante aportaciones que no tienen la consideración de ingreso de derecho público. En estos casos, del precio de adjudicación del contrato se descuentan los importes que deben abonar los usuarios, con independencia de que esa recaudación, por cuenta del contratista, se produzca efectivamente o no.

Como se ha señalado al principio, se ha suscitado entre órganos de la Administración de la Comunidad Autónoma una controversia sobre la extensión de los criterios mantenidos por el TACPA en sus acuerdos 52/2013 y 55/2013 a otros contratos calificados hasta ahora como de gestión de servicios públicos. A juicio de este centro directivo, tal extensión no procede en los contratos cuyas características se han descrito en párrafos anteriores, que deberían seguir siendo calificados como de gestión de servicios públicos, y ello por los siguientes motivos:

1. Se admite de forma general que, con arreglo a la regulación de la LCSP, para que un contrato pueda considerarse una concesión de servicios debe haber transferencia del riesgo de explotación del servicio al contratista. La cuestión estriba en determinar cuando se produce tal transferencia. Los acuerdos del TACPA tratan de aplicar a casos concretos la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En particular, y referido a la transmisión del riesgo de explotación se citan tres sentencias: la de 10 de septiembre de 2008, dictada en el asunto C-206/08 (Eurawasser), la de 10 de

marzo de 2011, dictada en el asunto 274/09 (Privater) y la de 10 noviembre de 2011 dictada en el asunto 348/10 (Norma-A y Dekom). Se cita también en ocasiones el Informe 12/2010, de 23 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (JCCAE).

2. En cuanto a este informe 12/2010, la JCCAE establece en su primera conclusión que “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”. Esta conclusión contiene una primera afirmación, la que liga la concesión de servicios a la asunción por el contratista del riesgo de explotación, sobre la que se argumenta en el cuerpo del informe 12/2010 con referencia a la Directiva 2004/18/CE, a la LCSP y a la jurisprudencia del TSJUE, aunque sin cita de ninguna sentencia concreta. Pero establece a continuación una equivalencia, entre la asunción del riesgo de explotación y la necesidad de que la retribución del contratista debe depender de alguna forma del grado de utilización de los servicios. Con todo el respeto para la JCCAE, no compartimos esta segunda afirmación, sobre la que no hay consideración jurídica alguna en el cuerpo de su informe, y solo aparece en la conclusión. Las sentencias del TJUE que han tratado de la diferencia entre la concesión de servicios públicos y el contrato administrativo de servicios, no dicen eso, como veremos con más detalle a continuación se refieren a la transferencia de riesgo, no a la forma que tome ese riesgo ni a la importancia del mismo. El riesgo de explotación también depende de los costes, y no solo del modo de retribución.

3. En los asuntos examinados por el TSJUE (Eurawasser, Privater, y Norma-A y Dekom) los supuestos de hecho son sustancialmente distintos. Se trata en todos los casos de contratos cuya contraprestación procede en principio de los usuarios del servicio. En lo que se fija el Tribunal es en la existencia de mecanismos que permitan que el concesionario se vea compensado de las eventuales pérdidas de explotación, y no tanto en de quien procede la contraprestación. Así, en el asunto Privater admite la calificación como concesión de servicios aunque existen mecanismos que permiten compensar las pérdidas, porque “... no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes soportados en el marco de una gestión de sus actividades...” (párrafo 48). En cambio, en el asunto Norma-A y Dekom, concluye que no hay transmisión del riesgo y que se trata de un contrato de servicios, porque -párrafos 51 a 55- la entidad adjudicadora debe compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de explotación y, además, se “... establece el pago al adjudicatario de una cantidad en concepto de beneficios que se calcula multiplicando los ingresos por un porcentaje de beneficio que se calcula incrementando en el 2,5 % el tipo medio del mercado interbancario europeo (EURIBOR) en los 12 meses del año de referencia.”

4. El TSJUE, en la sentencia del asunto “Privater”, precisa algo más lo que deba entenderse por riesgo de explotación (el subrayado es nuestro):

“ 37 A este respecto, procede señalar que el riesgo de explotación económica 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 (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C-234/03, Rec. p.I-9315, apartado 22, y Hans & Christophorus Oymanns, antes citada, apartado 74).

38 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.”

Incluso en los contratos licitados por un tanto alzado por periodo, independiente de los usuarios efectivos del servicio, existe el riesgo de que los ingresos, limitados por la oferta realizada, no alcancen a cubrir los gastos de explotación en caso de que las circunstancias del mercado incrementen esos gastos; así como el riesgo de responsabilidad frente al usuario por la defectuosa ejecución del servicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 280 LCSP y en los pliegos tipo que rigen estos contratos. A ellos hay que añadir el riesgo vinculado a la falta de demanda de los servicios en los casos en que el precio se determina por usuario y periodo, así como el riesgo, limitado por ser relativamente pequeña la aportación de los usuarios, de insolvencia de los deudores.

5. Abundando en la definición de riesgo de la sentencia que se acaba de citar, una de las diferencias que presentan los contratos de gestión de servicios públicos frente a los de servicios, es que en los primeros la gestión del servicio la organiza el contratista, con sujeción a las normas que regulan el servicio público y a las condiciones de los pliegos, pero sin que, con carácter general, haya intervención ni orden directa de la Administración (salvo el supuesto excepcional del artículo 285 LCSP). Por tanto, la responsabilidad por ejecución defectuosa del servicio recae, de forma más general que en el contrato de servicios y salvo en los supuestos excepcionales dichos, en el contratista. Es importante recordar aquí que en los servicios sanitarios se dan supuestos de elevada responsabilidad patrimonial, que los seguros que se exigen tienen una cobertura limitada, y que tal exigencia no exime al contratista de la responsabilidad como concesionario del servicio, de forma que si la responsabilidad excede de la cobertura del seguro será el contratista quien deba hacerle frente, bien directamente bien por repetición de la Administración en caso de que la reclamación se dirija contra esta. Es decir, que la transferencia de la responsabilidad por defectuosa ejecución del servicio no es insignificante económicamente.

6. El criterio que recogen las sentencias del TJUE se refiere a la transferencia del riesgo de explotación de la administración concedente al concesionario, y no tanto a la entidad que pueda tener ese riesgo de explotación. La sentencia de 10 de septiembre de 2008, dictada en el asunto C-206/08 (Eurawasser), lo determina claramente cuando dice (los subrayados son nuestros):

“70 Ahora bien, según algunas de las alegaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, en tales circunstancias, para que la operación de que se trata constituya una concesión es necesario que el riesgo que el concedente transmite al concesionario sea un riesgo considerable.

71 Estas alegaciones no pueden acogerse en términos absolutos.

72 Es corriente que algunos sectores de actividad, en particular en los sectores relativos a actividades de utilidad pública, como es el caso del suministro de agua y de la evacuación de aguas residuales, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren.

73 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.

74 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.

75 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.

76 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.

77 En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios.”

Es decir, que lo que caracteriza la concesión de servicios públicos no es que el concesionario asuma un riesgo considerable de explotación, sino que se le transfiera una parte significativa de ese riesgo, aunque su volumen sea limitado. Así, en los contratos de que tratamos cabría preguntarse por los riesgos de explotación que no se transfieren al concesionario y quedan a cargo de la administración concedente. Hay riesgos ciertos de explotación, de poca

cuantía en cuanto a los ingresos ya que se trata solo de la recaudación de las aportaciones de los usuarios, pero total en cuanto a los gastos (personal, energía, limpieza, atención y manutención de los usuarios, mantenimiento de las instalaciones, etc.). Por lo que se está transfiriendo al adjudicatario la totalidad del riesgo de explotación, aunque, como resultado de la configuración del servicio público, el riesgo económico que corre el adjudicatario está más limitado que el que pueda existir en el sector.

Expuesto lo que antecede, con objeto de asegurar la correcta calificación de los contratos que se liciten en lo sucesivo, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 3.1 y 2, y 6 a) del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento, se formulan a la Junta las siguientes cuestiones:

Primera. *Si, supuesto que se dan el resto de requisitos de los artículos 8 y 132 LCSP, pueden calificarse como de gestión de servicios públicos los contratos en los que el adjudicatario asume todos los gastos de explotación de un centro sanitario o social de la Comunidad Autónoma, así como la responsabilidad frente al usuario por la incorrecta ejecución del servicio, cuando la contraprestación consiste en un precio a tanto alzado que se determina por licitación con publicidad y que no varía con el número efectivo de usuarios del centro.*

Segunda. *En caso de respuesta negativa a la pregunta anterior, si pueden calificarse como de gestión de servicios públicos los contratos como los que se han descrito pero en los que la contraprestación se establece en una cantidad por usuario del servicio y periodo de uso, que se determina por licitación con publicidad, siendo los usuarios asignados por los servicios públicos de salud o sociales.*

Tercera. *En caso de respuesta negativa a alguna de las dos anteriores, si el hecho añadido de que de la contraprestación abonada por la Administración se descuenten las cantidades que debe aportar el usuario y recaudar el contratista, con independencia de que este lo haga efectivamente, permite calificar el contrato como de gestión de servicios públicos.*

Cuarta. *En caso de respuesta negativa a alguna de las tres anteriores, y puesto que los contratos a los que se refieren deben entonces calificarse como de servicios en el sentido de las directivas 2004/17 y 2004/18, si es conforme a derecho la inclusión en los pliegos que han de regir dichos contratos de servicios de cláusulas que permitan a la Administración el ejercicio de las facultades que el Capítulo III del Título II del Libro IV de la LCSP le concede para los contratos de gestión de servicios públicos. Las cláusulas que se desea incorporar son las siguientes:*

1. El contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo. En todo caso, la Administración conservará los

poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.

2. El contratista queda sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

a) 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 comprendida en las tarifas aprobadas.

b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere la cláusula anterior.

c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

3. Reversión. Finalizado el contrato, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

4. Incumplimiento del contratista. Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado.

5. La Administración podrá acordar, por razones de interés público, el rescate del servicio para gestionarlo directamente.

6. Efectos de la resolución del contrato.

a). En los supuestos de resolución la Administración abonará, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquella, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

b) Con independencia de lo dispuesto en el artículo 225 de la LCSP, el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

c) En el supuesto de resolución por demora de la Administración el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o valores económicos convenidos, a partir del

vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

d) En los supuestos de rescate o supresión del servicio por la Administración, o de imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado a) anterior, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

7. Anexo de modificaciones contractuales previstas.

7.1. Circunstancias que pueden dar lugar a la modificación del contrato. a) La modificación por la Administración de las características del servicio contratado o de las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios siempre que afecten al régimen financiero del contrato; b) las actuaciones de la Administración que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato; y c) las causas de fuerza mayor a que se refiere el artículo 231.2 de la LCSP que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

7.2. Elementos del contrato a los que pueden afectar las modificaciones. El restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. En los casos previstos en los apartados b) y c) del párrafo anterior, podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 por ciento de su duración inicial, respetando los límites máximos previstos legalmente o autorizados por el Gobierno de Aragón.

8. Anexo de causas específicas de resolución contractual.

a) La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

b) El rescate del servicio por la Administración.

c) La supresión del servicio por razones de interés público.

d) La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato».

El Pleno de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en sesión celebrada el 22 de enero de 2014, acuerda informar lo siguiente:

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

I. Competencia de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón y legitimación para solicitarle informe.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa es competente para informar acerca de lo solicitado, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 apartado 2 del Decreto 81/2006, de 4 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se crea la Junta Consultiva, y se aprueba el Reglamento que regula su organización y funcionamiento.

Se suscita en el escrito de consulta cual debe de ser la calificación de los contratos para la prestación de servicios asistenciales sanitarios y sociales, en los que el adjudicatario asume la gestión de centros propios de la Comunidad Autónoma, y mas específicamente, en qué supuestos cabe entender que se produce una transferencia de riesgo al contratista que permita calificarlos como contratos de gestión de servicio público.

Asimismo se plantea si para aquellos contratos que no merezcan tal calificación, sino que deban ser tipificados como contratos de servicios, pueden establecerse en los pliegos que han de regirlos cláusulas similares a las que son propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público.

La petición de informe ha sido formulada por órgano legitimado, tal y como exige el artículo 6 a) del mencionado Decreto 81/2006.

II. La tipificación del contrato de gestión de servicio público y el deslinde entre esta figura y el contrato de servicios.

La calificación de los contratos del sector público es un asunto de gran relevancia por la complejidad que presenta en algunas ocasiones y por su indudable repercusión práctica, ya que define el régimen jurídico aplicable al procedimiento de adjudicación y a la ejecución del contrato.

La tipificación de un contrato no puede resolverse con la simple denominación que se le haya otorgado, sino que exige un examen completo y detallado de su objeto y del contenido de las obligaciones de las partes, examen que debe realizarse a la luz del Derecho comunitario, pues como ha señalado en varias ocasiones el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante TJUE), es irrelevante a efectos de la aplicación de las Directivas la calificación del contrato según el derecho interno.

Una de las figuras cuya tipificación reviste mayor complejidad es la del contrato de gestión de servicio público, que es una figura con gran tradición en Derecho español pero ajena, en principio, al Derecho comunitario de los contratos públicos.

La normativa comunitaria sobre contratación pública no incorporó una definición de la concesión de servicios, que es la terminología propia de la normativa europea, hasta la aprobación de la aun vigente 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 suministros y de servicios (en adelante Directiva 2004/18), si bien con anterioridad la Comisión había aprobado la Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el derecho comunitario, de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), y la jurisprudencia del TJUE sobre la materia ha sido abundante.

El apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 2004/18, 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 del servicio consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio o bien este derecho acompañado de un precio».

El artículo 17 excluye del ámbito de aplicación de la Directiva a las concesiones de servicios, excepto en una cuestión muy concreta que regula el artículo 3 sobre los contratos de suministro que realice la entidad que tenga encomendada la prestación del servicio. Esto no implica que no les resulten aplicables los principios del Tratado, tal y como ya se advirtiera por la STJUE de 18 de noviembre de 1999, Asunto Unitron Scandinavia, y precisó la Comunicación interpretativa sobre concesiones y la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006).

Esta definición, que identifica el objeto de la concesión de servicios con el del contrato de servicios, estableciendo como único criterio de diferenciación entre ambas figuras el derecho a la explotación del servicio, se complementa con la que del contrato de servicios se recoge en el artículo 1.1 d) como un contrato público distinto de los contratos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a que se refiere el Anexo II.

La transposición de la Directiva 2004/18 a nuestro ordenamiento se realizó por la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (en adelante LCSP), que incorporó la definición del contrato de servicios de la Directiva en el actual artículo 10 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante TRLCSP), pero mantuvo la figura del contrato de gestión de servicio público tradicional del Derecho español, y su clasificación en cuatro modalidades: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta, que procede de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de bases de contratos de Estado, y cuya definición ha permanecido prácticamente inalterada desde la Ley de Contratos del Estado de 1965 hasta el actual artículo 277 TRLCSP (a

diferencia de la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra de 2006, que optó por la denominación comunitaria y regula así el contrato de concesión de servicios).

Como puso de relieve esta Junta en su Recomendación 1/2011, la LCSP incorporó importantes cambios respecto de la tipificación contractual contenida en la regulación anterior, pues se eliminó la categoría del contrato de consultoría y asistencia y se creó el contrato de colaboración público privada, y aunque se mantuvieron las restantes modalidades de contratos típicos, algunas de ellas se delimitaron de manera diferente, como sucede con la amplitud de la configuración del contrato de servicios, lo que debe repercutir en la recalificación de muchos contratos, antes gestión de servicio público o contratos administrativos especiales. Interesa recordar lo afirmado en esta Recomendación:

«El contrato de servicios, de conformidad con el artículo 10 LCSP, “es aquel 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”. En esta nueva definición, ya no se enumeran qué tipo de prestaciones pueden integrarse como servicios; y además, se elimina un elemento determinante en el TRLCAP, que era el relativo a “servicio que fuera complementario para el funcionamiento de la Administración”. Hasta la regulación de la LCSP, se defendía que la diferencia entre los contratos de servicios y gestión de servicios públicos era el destinatario de la prestación. En la actualidad, resulta insuficiente este criterio de diferenciación, de modo que los factores distintivos pueden ser mejor el régimen de la prestación del servicio y de explotación del mismo. En todo caso, estaremos en presencia de un contrato de servicios – y nunca de un contrato de gestión de servicios públicos– cuando el contratista no asuma riesgos en la explotación».

Y prosigue:

«Así, actualmente el carácter enormemente amplio del contrato de servicios, abarca prestaciones que antes constituían gestión de servicios públicos, y numerosos contratos calificados tradicionalmente como contratos administrativos especiales, por no tener cabida el objeto de la prestación en las prestaciones propias del contrato de servicios».

La falta de desarrollo de la figura de la concesión de servicios en el Derecho comunitario hasta la fecha, y el mantenimiento en nuestro ordenamiento del contrato de gestión de servicio público, han dado lugar a numerosos pronunciamientos jurisprudenciales y de los órganos consultivos en materia de contratación, así como a análisis doctrinales, que no procede examinar con carácter exhaustivo en este informe, que debe centrarse en la situación actual de la cuestión. En todo caso, es necesario mencionar que con fecha 15 de enero de 2014 el Parlamento Europeo ha aprobado la Directiva de adjudicación de contratos de concesión, que posiblemente se publicará en breve en el Diario Oficial de la Unión Europea. En la misma se mantiene la definición de concesión de servicios de la Directiva 2004/18, se precisa que el derecho a explotar obras o servicios implica la transferencia al concesionario del riesgo operacional sustancial, y se considera 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 servicios objeto de la concesión»*.

La diferenciación entre contrato de servicios y concesión de servicios no es una mera cuestión dogmática o de alcance doctrinal, sino que es una cuestión de indudable alcance práctico, tal y como bien se apunta en la consulta sometida a Informe.

De la tipificación de un contrato como contrato de servicio o concesión de servicio público se derivan consecuencias prácticas bien diferenciadas. La primera consecuencia es su consideración como contrato sujeto a regulación armonizada y por tanto situado dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18. Mientras el contrato de gestión de servicio público está excluido de la aplicación de la Directiva, el contrato de servicios a partir de unos umbrales está sometido a la misma, aunque con un régimen distinto según se trate de servicios de las categorías 1 a 16 ó 17 a 27 del Anexo II.

En segundo lugar, es distinto el grado de sometimiento al régimen especial de reclamaciones en materia contractual, cuestión de nulidad y recurso especial. La primera no resulta aplicable en ningún caso a los contratos de gestión de servicio público, y en cuanto al recurso especial solo procede en aquellos contratos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500 000 euros (IVA excluido) y el plazo de duración superior a cinco años. En el caso de los servicios resultan aplicables ambas figuras en los contratos por encima del umbral.

En tercer lugar, hay que poner de manifiesto los distintos plazos máximos de duración, mucho mayores en el contrato de gestión de servicio público que en el de servicios, y la exigencia clasificación solo aplicable al contrato de servicios y no al de gestión de servicio público.

De cualquier forma, esta diferencia en cuanto al plazo no es del todo relevante, ya que el artículo 303.1 TRLCSP permite ampliar el plazo de duración de los contratos de servicios por acuerdo del Consejo de Ministros, o por el órgano autonómico competente de forma singular, para contratos determinados, o de forma genérica para ciertas categorías. Asimismo, la exigencia de clasificación empresarial está en proceso de desaparecer como requisito obligatorio para los contratos de servicios, pues la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de Impulso de la Factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público, prevé que no resulte obligatoria en los contratos de servicios, sino que tenga carácter opcional para el licitador a efectos de acreditar su solvencia.

Por último, no puede dejar de mencionarse al hablar de las consecuencias prácticas que tiene la distinta tipificación de los contratos, que es doctrina consolidada de los órganos competentes para conocer el recurso especial y la cuestión de nulidad, que la previa calificación de un contrato, en el pliego o incluso por una norma legal, no excluye la posibilidad de que el órgano competente compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido en el TRLCSP, y por lo tanto no vincula a efectos de la interposición de los mismos.

Así se han pronunciado a modo de ejemplo el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en las Resoluciones 154, 203 y 220/2011 y el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en los Acuerdos 52 y 55/2013, que se citan en la petición de informe.

Es necesario, pues, delimitar de forma correcta cuando una prestación debe ser calificada como contrato de gestión de servicio público. En todo caso, y como cuestión previa, debe recordarse que la solución jurídica no puede realizarse desde la óptica exclusiva de la legislación nacional, ni de los precedentes administrativos. Es necesario que la respuesta jurídica a las cuestiones objeto de este Informe se formule respetando las categorías del Derecho europeo y sus principios y, en especial, la jurisprudencia del TJUE. Así, la STJUE de 15 de octubre de 2009, Asunto *Acoset SpA*, ya advirtió que la cuestión de si una operación debe calificarse o no de concesión de servicios o de contrato público de servicios ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario.

III. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público.

La tipificación de un contrato como concesión de servicio público exige la asunción del riesgo de explotación por parte del adjudicatario, y esta será la diferencia fundamental respecto del contrato de servicios. Por ello es necesario analizar, tal y como exige la solicitud de informe, en qué condiciones y con qué efectos se produce la transferencia del riesgo de explotación.

Es esta una cuestión que ha sido objeto de una abundante jurisprudencia del TJUE, que contiene los parámetros fundamentales que han de servir para analizar cada caso concreto. El TJUE ha reconocido que el operador asume el riesgo del servicio cuando cobra una parte significativa de su remuneración al usuario, de forma que el modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Así el TJUE ha considerado como concesión de servicios en

casos en que la remuneración al operador provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un parking público (STJUE de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen*), de un servicio de transporte público (STJUE de 6 de abril de 2006, *ANAU*) y de una red de teledistribución (STJUE de 13 de noviembre de 2005, *Coditel Brabant*).

Ya la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 2000, recogía como una características de la concesión de servicios que «*el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo) cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario en particular mediante la percepción de tarifas en cualquiera de sus formas*».

Ahora bien, la Comunicación también señala que «*aun en el supuesto de peajes ficticios, esto es, a cargo del concedente, el riesgo económico permanece si la remuneración depende del nivel de frecuentación*». Se admite, pues, que haya concesiones en las que la retribución del concesionario la abone íntegramente la Administración (sistema de *shadow tax*), en tanto el riesgo depende de la explotación de la empresa y no de si se abona o no directamente la tarifa por la Administración. Este criterio fue confirmado en la Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Asunto Eurwasser.

Aunque la vinculación de las remuneraciones al operador económico por el uso o frecuencia del servicio sea un elemento significativo de que existe concesión de servicios, lo determinante para la Comisión es que se haya transferido la responsabilidad de la explotación. De esta forma, en aquellos supuestos en que la retribución al operador económico está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas, no podemos decir que se trate de una concesión. Es decir, depende de la existencia de riesgo el que el contrato sea de concesión o, en su ausencia efectiva, de servicios.

Interesa por ello precisar qué se entiende por «riesgo de explotación», que es algo distinto del riesgo y ventura inherente a todo contrato público. El «riesgo de explotación» lo define la Comunicación como la responsabilidad sobre los aspectos técnicos, financieros y de gestión, que va más allá del riesgo inherente a un contrato público, de tal forma que el concesionario asume los riesgos que derivan de las modificaciones normativas que afectan al objeto de la prestación (con excepción de los supuestos de *factum principis*), de las obsolescencias técnicas, etc., que son especialmente importantes en plazos de ejecución largos, como suele ser típico en todas las concesiones.

El TJUE vincula asimismo el derecho de explotación con el riesgo. La STJUE de 10 de septiembre de 2009, Asunto Eurwasser (apartados 59 a 67), afirma:

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios» y continúa señalando que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio por lo que «si la entidad adjudicataria sigue soportando la totalidad del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas en la Directiva 2004/18 para proteger la transparencia y la competencia».

En el mismo sentido la Sentencia de 10 de marzo de 2011, Asunto Privater:

«Si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implique que el concesionario asuma el riesgo de explotaciones de los servicios de que se trate y que 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».

Especial interés merece la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma-A, Dekan, respecto de la adjudicación de la prestación del servicio de transporte público por autobús urbano (en España actividad reservada y calificada como servicio público), en la que se concluye que aunque la remuneración al

contratista consiste en el derecho a ser retribuido por los usuarios con arreglo a unas tarifas establecidas, el hecho de que la entidad adjudicataria deba compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio, llevan a concluir que se trata de un contrato de servicios.

Por lo tanto, la jurisprudencia de TJUE exige para que exista concesión de servicios que en todo caso la remuneración al prestador se realice en función de la explotación, es decir del uso o frecuentación del servicio. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración. Sin este requisito no existe concesión. Y, por supuesto, será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución.

IV. La interpretación del contrato de gestión de servicios públicos del TRLCSP.

La interpretación de la normativa nacional debe realizarse necesariamente a la luz de lo anteriormente expuesto.

El artículo 8 TRLCSP define el contrato de gestión de servicio público como aquel 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. Esta definición debe completarse con lo previsto en los artículos 132 y 275 a 289 TRLCSP, y sin perder la referencia de la definición del contrato de servicios que recoge el artículo 10.

De acuerdo con esta regulación, y a la luz de la jurisprudencia comunitaria expuesta, para que un servicio pueda ser gestionado de forma indirecta mediante contrato, deben concurrir los siguientes requisitos:

- Que se trate de un servicio de los incluidos en el Anexo II del TRLCSP.
- Que su prestación haya sido asumida como propia de su competencia por la entidad adjudicadora, y así se haya declarado expresamente al establecer el régimen jurídico del servicio público.
- Que sea susceptible de explotación económica.
- Que no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.
- Que la organización del servicio recaiga en el contratista que además asume el riesgo de explotación; resultando indiferente que la retribución que debe de ser fijada en función de la utilización del servicio, se perciba directamente de los usuarios o de la propia Administración.

Como bien ha señalado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Baleares en su Informe 2/2012, y cuyas conclusiones se comparten, de las cuatro modalidades de gestión de servicio público que regula el TRLCSP, solo la concesión, en la que el empresario gestiona el servicio a su propio riesgo y ventura, se encuadraría en el concepto de concesión de servicio de las Directivas y por tanto estaría excluida del ámbito de aplicación de las mismas, no así de los principios del Tratado. En la gestión interesada el empresario comparte con la Administración el riesgo de explotación, y la sociedad de economía mixta es una fórmula institucionalizada de colaboración público privada. El concierto por estar definido en virtud del tipo de sujeto con el que se celebra, una persona natural o jurídica que venga realizando prácticas análogas a las que constituyen el servicio público, podrá configurarse como concesión de servicios o contrato de servicios dependiendo de que exista, o no, transferencia del riesgo de explotación.

Puesto que, la diferencia fundamental entre contrato de servicios y concesión de servicio ya no es el destinatario de la prestación, sino el régimen de explotación, la prestación de un mismo servicio público —es decir un servicio asumido como propio por la entidad adjudicadora— podrá configurarse como contrato de gestión de servicio público en régimen de concesión o como contrato de servicio,

dependiendo de cómo se concreten en los pliegos las condiciones de prestación del servicio, el régimen retributivo y el reparto de riesgos.

En este sentido es especialmente relevante el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 12/2010, de 23 de julio:

«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.

De lo anterior se desprende que 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».

Tras todo lo expuesto, la respuesta a la primera pregunta formulada sobre si pueden adjudicarse como contrato de gestión de servicio público aquellos contratos en los que el adjudicatario asume todos los gastos de explotación de un centro sanitario o social, así como la responsabilidad frente al usuario por la incorrecta ejecución del servicio y la contraprestación consiste en un precio a

tanto alzado que no varía con el número efectivo de usuarios del centro, debe de ser negativa. Y ello porque resulta evidente que no existe transferencia de riesgos en la explotación de los servicios y, por ello, se deben calificar necesariamente como contratos de servicios.

La segunda cuestión, relativa a si pueden calificarse como contratos de gestión de servicio público aquellos contratos como los que se han descrito, pero en los que la contraprestación se establezca en una cantidad por usuario del servicio y periodo de uso, siendo los usuarios asignados por los servicios públicos de salud o sociales, exige analizar cada caso de forma singular para concluir si efectivamente, además de la explotación del servicio, asume el riesgo inherente a la misma.

En este sentido, se puede extraer de la jurisprudencia del TJUE las siguientes consideraciones:

a) El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de desajuste entre la oferta y la demanda, el riesgo de insolvencia de los deudores por los precios de 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.

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, puesto que tales riesgos son inherentes a cualquier contrato público (Sentencia *Privater*, apartados 37 y 38).

b) Cuando la remuneración al prestador procede exclusivamente de terceros, este riesgo puede ser muy limitado desde el primer momento, pero la calificación como concesión de servicios exige que la entidad adjudicadora transfiera al

concesionario la totalidad o al menos una parte significativa del riesgo (Sentencia *Privater*, apartado 33). Porque, como puso de relieve la Sentencia *Eurwasser*, en algunos sectores de actividad, en particular los sectores relativos a actividades de utilidad pública —en aquel supuesto concreto el suministro de agua y la evacuación de aguas residuales— sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos. En el asunto objeto de la Sentencia la entidad adjudicataria se comprometía a declarar mediante reglamento como obligatoria la conexión a las redes de suministro y evacuación de aguas, aunque el concesionario no podía exigir el respeto de dicha obligación en cada caso individual y además las tarifas aplicables debían respetar las disposiciones relativas a los impuestos municipales y comprender la cobertura de los costes, por lo que el riesgo de explotación del servicio era muy pequeño, incluso si lo asumía la entidad adjudicadora directamente. El TJUE asume que en estos casos, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia en la configuración jurídica pública del servicio, es imposible que introduzca y por consiguiente transfiera factores de riesgo que quedan excluidos de dicha configuración.

Por lo tanto, en los casos en que la contraprestación se establezca en una cantidad por usuario del servicio, siendo los usuarios asignados por los servicios públicos de salud o sociales, siempre que se produzca transferencia de la totalidad o una parte significativa del riesgo, aunque éste sea muy limitado por la configuración jurídica del servicio, estaremos ante una concesión.

Fuera de estos supuestos, aspectos como que el adjudicatario asuma la totalidad de los gastos de explotación del centro sanitario o social y la responsabilidad frente al usuario por la incorrecta ejecución del servicio no permiten tipificar un contrato como concesión.

Sobre esta cuestión se ha pronunciado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, en el Informe 22/2009, que trata específicamente el

riesgo derivado de la gestión de un contrato de gestión de servicios públicos, y dice:

«... para calificar una relación jurídica como concesión administrativa de derecho público no es preciso que los ingresos que perciba el concesionario procedan de los usuarios del mismo, si no que asuma el riesgo derivado de la gestión. Esto supone que el resultado de la gestión ofrezca un grado tal de incertidumbre, que de antemano, no sea posible garantizar los ingresos del concesionario. El requisito esencial para ello, evidentemente, es que los ingresos derivados de la gestión del servicio que haya de percibir el concesionario no dependen exclusivamente de su mayor o menor grado de cumplimiento de las obligaciones impuestas en la concesión. El riesgo consiste en que los ingresos derivados de la gestión dependan de hechos o circunstancias ajenas a la voluntad del empresario».

Y prosigue:

«... no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario dependen exclusivamente de que este, sea en cumplimiento de sus obligaciones o no, preste mejor o peor el servicio o, si se prefiere, se acomode o no a determinados estándares o indicadores de control de calidad en su prestación, sino cuando su retribución depende de los rendimientos de su explotación. Eso sí, es indiferente que estos rendimientos provengan directamente de los usuarios del mismo o de la Administración concedente».

Por último, la asunción del contrato a riesgo y ventura del contratista que proclama el artículo 280 TRLCSP es un criterio poco clarificador, pues el principio de riesgo y ventura se aplica con carácter general a todos los contratos administrativos de acuerdo con el artículo 215 TRLCSP. El artículo 214, a mayor abundamiento, obliga a cualquier adjudicatario de un contrato público a *«indemnizar todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato»*. Por ello, que el adjudicatario asuma la responsabilidad de indemnizar los perjuicios que cause en la prestación del servicio no es un criterio determinante de la existencia de una concesión, al ser una característica inherente a cualquier contrato público.

V. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios.

La tercera cuestión que plantea la solicitud de informe se refiere a la posibilidad de incluir en los pliegos que han de regir los contratos de servicios sanitarios o sociales que licite el Departamento de Sanidad, Bienestar Social y Familia, cláusulas que permitan a la Administración el ejercicio de facultades que el TRLCSP establece específicamente para los contratos de gestión de servicio público.

Para analizar este tema hay que partir de la naturaleza administrativa que tendrán dichos contratos, por lo que sus efectos y extinción se regirán, de acuerdo con lo previsto en los artículos 19.2 y 208 TRLCSP, en primer lugar por las normas del propio TRLCSP y sus disposiciones de desarrollo, supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado y los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas, generales y particulares. De lo expuesto se deduce que en los pliegos, en tanto no exista contradicción con norma legal y no se quiebre la lógica del principio de igualdad de trato, el órgano gestor puede «armar» el régimen jurídico del contrato a conveniencia para preservar el interés público. Los contratos públicos deben cumplirse a tenor de sus cláusulas dispuestas y aceptadas, y recordemos que para el sector público rige el principio de libertad de pactos (artículo 25 TRLCSP), por lo que puede incluirse cualquier pacto, cláusula o condición que no sea contrario al interés público, al ordenamiento jurídico y a los principios de buena administración. En concreto a los contratos de servicios les resultan aplicables las normas generales sobre ejecución de los contratos administrativos del TRLCSP, artículos 192 a 261, y las normas especiales que se regulan en los artículos 281 a 312.

Por ello, con el respeto a estas reglas, los pliegos pueden configurar las condiciones de la prestación como el órgano de contratación estime más conveniente para cubrir las necesidades que son causa del contrato.

Las cláusulas sobre cuya inclusión se solicita informe se refieren a las obligaciones que asume el contratista y a las facultades que corresponden a la Administración sobre la ejecución del contrato. Ningún obstáculo existe a que se incluya en el pliego de un contrato de servicios las obligaciones para el adjudicatario 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, cuidar del buen orden del servicio, indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración, y entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

Por otro lado, la Administración ostenta en todo caso el poder de dirección y control del contrato, así como las prerrogativas que le reconoce el artículo 210 TRLCSP de interpretar los contratos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlo por razones de interés público y acordar a su resolución. En cualquier caso, las reglas del *ius variandi* recogidas en los artículos 105 a 107 TRLCSP son de directa aplicación a todo contrato y exigen una correcta interpretación compatible a los principios comunitarios, tal y como se ha venido concluyendo en anteriores Informes de esta Junta (entre otros, Informes 13 y 18 de 2013).

Por otra parte, nada impide que potestades como la intervención y el rescate — que son típicas del contrato de gestión de servicio público— se incluyan expresamente en el pliego de un contrato de servicios con el fin de regular las facultades de que dispondrá la Administración para dar continuidad a la prestación del servicio o la procedencia de la reversión de las obras e

instalaciones que el contratista haya realizado a su costa y las condiciones de la misma. Tal opción, en contratos de ámbitos sanitario o social, debe ser la regla general en atención al singular interés público propio de estas prestaciones.

Por último, por lo que se refiere a las causas de resolución legalmente establecidas, a sus efectos, y a las condiciones de modificación del contrato habrá que estar a la regulación específica de los contratos de servicios. Ahora bien, el artículo 223 h) TRLCSP permite que en el contrato —y por tanto hay que entender que en los pliegos que van a regir el mismo—, se incluyan las causas de resolución que se estimen convenientes.

En definitiva, la ausencia de riesgo en la explotación y la consecuente calificación como contrato de servicios de prestaciones de ámbito sanitario o social, no limita ni complica la gestión administrativa de las mismas, en tanto el marco normativo vigente permite diseñar una adecuada arquitectura del régimen contractual. Por supuesto, la cuestión del límite del plazo puede ser excepcionado —razonando la misma— por Acuerdo del Gobierno de Aragón.

En todo caso, en aras a la seguridad jurídica, puede resultar conveniente que la Comunidad Autónoma, dentro de su margen competencial, adopte medidas normativas donde se prevean las soluciones a la concreta problemática de los contratos públicos de servicios sanitarios o de ámbito social.

III. CONCLUSIONES

I. Aquellos contratos en los que el adjudicatario asume todos los gastos de explotación de un centro sanitario o social, así como la responsabilidad frente al usuario por la incorrecta ejecución del servicio y la contraprestación consiste en un precio a tanto alzado que no varía con el número efectivo de usuarios del

centro, deben calificarse como contratos de servicios, pues no existe transferencia del riesgo de explotación al adjudicatario.

II. Los contratos en que la contraprestación se establece en una cantidad por usuario del servicio, siendo los usuarios asignados por los servicios públicos de salud o sociales, siempre que se produzca transferencia de la totalidad o de una parte significativa del riesgo, aunque éste sea muy limitado por la configuración jurídica del servicio, deberán calificarse como contratos de gestión de servicio público.

II. La configuración de los contratos de servicios del ámbito sanitario o social en los pliegos de cláusulas administrativas y de prescripciones técnicas admite suficiente flexibilidad como para garantizar, en aras del interés público, la calidad y continuidad en la prestación del servicio.

Informe 2/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, adoptado en su sesión del día 22 de enero de 2014.