
Calificación de un contrato municipal de limpieza viaria y recogida de basuras

*Ayuntamiento de Majadahonda*¹

I. INTRODUCCIÓN

Los municipios tienen «potestad de autoorganización», y «para la gestión de sus intereses y en el ámbito de sus competencias pueden promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal», como recogen los arts. 4 y 25.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local (en adelante LBRL). Asimismo el art. 25.2. l) LBRL prevé que el municipio ejerza competencias, en los términos de la legislación del Estado y de las Comunidades Autónomas, relativas a *servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos*, y el art. 26 establece que todos los municipios con independencia de su población deberán prestar, en todo caso, los servicios mencionados.

En este sentido el art. 85 de la LBRL establece que «son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias», y el art. 251.1 de la LCSP emplea la locución de servicio público en sentido amplio: «los servicios de su competencia». El art. 86 de la LBRL declara la reserva en favor de las entidades locales de determinadas actividades o servicios esenciales, entre los que se encuentran la recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos. Añade que, cuando el ejercicio de la actividad se haga en régimen de libre competencia, será el Pleno de la Corporación el que debe determinar la forma concreta de prestación del servicio.

En este encuadre normativo no cabe duda de que el objeto que se persigue con este contrato es la prestación de un servicio público. Las características esenciales del contrato que se plantea son las siguientes: el contratista será retribuido por el ayuntamiento, que le abonará doce mensualidades iguales siempre que, comprobada la ejecución del contrato, resulte la correcta ejecución de lo exigido en el pliego y de los compromisos asumidos por el adjudicatario, aunque ésta no será toda la retribución que el contratista podrá obtener, toda vez que la gestión derivada de la recogida selectiva de residuos le podrá producir ingresos abonados por las empresas receptoras de los mismos en función

¹ Este informe ha sido redactado por Eulalia Ávila Cano, Secretario General del Ayuntamiento de Majadahonda.

del mayor o menor cuidado que los ciudadanos pongan al efectuar la distribución de los residuos en los distintos contenedores y en las distintas bolsas, según estén destinados a envases, papel o cartón o materia orgánica y resto de residuos, tal y como se reflejan en el estudio de costes elaborado por el Servicio de Medio Ambiente.

Con estas premisas se ha realizado un estudio exhaustivo de la doctrina, de la jurisprudencia, especialmente del Tribunal de Justicia, y de los informes de las distintas Juntas Consultivas de Contratación Administrativa que se analizan a continuación.

II. CONTRATO DE SERVICIOS O CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

Mediante el contrato de gestión de servicios públicos, según refleja el art. 8 de la Ley 30/07, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, la Administración pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la entidad encomendante. Por su parte, el art. 10 del mismo texto legal establece que «son contratos de servicios aquellos 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». Los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el anexo II de la Ley. Debemos señalar que el referido anexo de la Ley no recoge ninguna categoría en la que se pudiera incluir el contrato de referencia.

Esta cuestión es tratada en profundidad en el *informe de la JCCA núm. 64/09*, que versa sobre la distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicio público. En él se señala que se debe analizar la definición de contrato de servicios que contiene el art. 10 de la Ley citada. Dispone este artículo que «son contratos de servicios aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el anexo II». Esta definición pone de manifiesto, junto a la especificidad de la prestación que se define básicamente de forma negativa, la vinculación entre el concepto de contrato de servicios y las actividades clasificadas en las diferentes categorías que se enumeran en el anexo II de la Ley. Categorías estas que, por otra parte, deben completarse con la referencia al Vocabulario Común de Contratos Públicos (CPV), aprobado por Reglamento (CE) núm. 2195/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo y en el que se especifica el conjunto de actividades que se integran bajo cada una de las categorías indicadas. Por consiguiente, en principio, para entender que una determinada actividad constituye el objeto de un contrato de servicios deberemos analizar previamente si su objeto está incluido en alguna de las categorías mencionadas en los apartados 1 a 26 del anexo II. Sólo en el caso de que no aparezca incluida en ninguno de ellos será necesario analizar su naturaleza a fin de determinar si puede ser clasificado entre los que el anexo II denomina «Otros servicios».

En el caso que nos ocupa, ninguna de las categorías mencionadas en los núms. 1 a 26 del anexo acoge prestaciones en las que pudiera considerarse incluida la actividad [...], por lo que es necesario acudir al análisis de la propia definición que hace el art. 10 de la Ley y a la comparación con el resto de prestaciones expresamente contempladas en el anexo II, para determinar si guarda analogía con ellas y, en consecuencia, puede considerarse como un servicio a incluir dentro de la categoría 27, «Otros servicios». El análisis del art. 10 nos lleva a definir el objeto de los contratos de servicios con una doble precisión, positiva la primera y negativa la segunda. En primer lugar se trata de prestaciones «de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado». En segundo lugar, se exige que el resultado de la prestación no sea ni una obra ni un suministro» [...]. «Sin embargo, la caracterización del contrato de servicios hecha sobre la exclusiva base de lo dispuesto en el art. 10 en su párrafo primero, nos llevaría a una concepción tan amplia de este contrato que prácticamente podría abarcar cualquier actividad que no fuera ejecución de obras o suministro. Para hacer una configuración adecuada del contrato y evitar que se acabe convirtiendo en un género contractual que abarque cualquier prestación de hacer no comprendida expresamente bajo otra figura contractual, podemos acudir al segundo elemento, es decir, la analogía con las categorías definidas en el anexo II. Este anexo, como ya hemos visto, contiene una última categoría genérica bajo la cual podrían incluirse toda clase de figuras. Sin embargo, el simple hecho de que el título de la categoría sea «Otros servicios» pone de manifiesto la intención del legislador de que las prestaciones incluidas en ella, siendo diferentes de las incluidas en las categorías anteriores, guarden una cierta analogía con las restantes que se mencionan de forma individualizada. Así, cualquier prestación que no consista en la ejecución de una obra o de un suministro no tiene por qué considerarse como posible objeto de un contrato de servicios, sino solamente las que tengan una cierta identidad esencial con las contempladas de forma expresa en las veintiséis categorías restantes. Esta consideración, siendo cierta, queda casi totalmente desvirtuada como consecuencia del análisis de las actividades incluidas en las categorías 1 a 26, todas ellas de naturaleza tan diversa que resulta prácticamente imposible encontrar ninguna idea esencial que sea común a todas ellas, como no sea la de que se trata de prestaciones de hacer».

Por ello, podemos concluir que en el caso que nos ocupa —recogida de residuos y limpieza viaria— el servicio a prestar no está incluido en ninguna de las categorías del anexo II ni es asimilable a ninguna de ellas, siendo evidente la duda de su posible inclusión.

El *Informe 22/09, de 25 de septiembre de 2009, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa*, trata diversas cuestiones sobre un contrato de gestión de servicio público para recogida selectiva de residuos, concretamente cuál sería la modalidad contractual bajo la que se debería tramitar esta necesidad administrativa. En su razonamiento expone que «de conformidad con lo establecido en nuestra Ley de Contratos del Sector Público, el requisito esencial exigido para que la modalidad de gestión indirecta del servicio público pueda ser considerada como concesión es que el empresario gestione el servicio a su propio riesgo y ventura. Esta expresión sólo puede ser entendida en el sentido de que

el empresario asuma el riesgo de pérdida que pueda derivar de la gestión del servicio, del mismo modo que es consustancial al sistema que perciba los beneficios que deriven de ella. En ningún momento se exige que la retribución a percibir por el concesionario deba proceder directamente de los usuarios, sino que su cuantía esté directamente ligada con la mejor o peor gestión que del servicio haga el concesionario. Claro está que, siendo así las cosas, nada puede obstar a que la retribución al concesionario se abone por el órgano que otorga la concesión, siempre que su importe se vincule directamente con la demanda o la disponibilidad del servicio.

A este respecto conviene mencionar que la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas dictada en el asunto C-382/05, a que alude la consulta, dice expresamente que «...según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata...», sin que, como vemos, haga manifestación alguna respecto de quién debe abonar la contraprestación. Abunda en esta idea el hecho de que la propia sentencia niega que el contratista haya asumido el riesgo derivado de la explotación del negocio en función de las características de los pagos asumidos por la Administración, al decir que «está acreditado que, en virtud de los convenios controvertidos, el comisario delegado se compromete, por un lado, a que todos los municipios afectados transfieran la totalidad de su fracción residual de residuos al operador y, por otro lado, a que le sea transferida a este último una cantidad anual mínima de residuos. Además, los citados convenios prevén la adaptación del importe del canon en el supuesto de que la cantidad anual efectiva de residuos transferida sea inferior al 95 por 100 o superior al 115 por 100 de dicha cantidad máxima garantizada, y ello con el fin de garantizar el equilibrio financiero y económico del operador. Tales convenios prevén asimismo que el importe del canon será objeto de una revalorización anual que estará en función de la evolución de los costes relativos al personal, a las materias consumibles y a los trabajos de mantenimiento, así como de un índice financiero. Estos mismos convenios establecen además una renegociación del canon cuando el operador tenga que hacer frente, para adecuarse a una modificación del marco normativo, a inversiones que superen un determinado nivel».

También se planteaba si sólo pueden ser objeto de gestión indirecta mediante un contrato de gestión de servicios públicos aquellos servicios esenciales de competencia de la entidad local que permitan obtener un beneficio económico a resultas de su explotación directa por el empresario. Este particular «se contesta con la simple mención del art. 251.1 de la Ley de Contratos del Sector Público» a cuyo tenor podrán gestionarse de forma indirecta los servicios públicos, «siempre que sean susceptibles de explotación por particulares».

Es necesario, a estos efectos, precisar el significado de la expresión «susceptibles de explotación por los particulares». En principio cabe admitir la posibilidad de que sólo son susceptibles de ello los servicios que puedan ser objeto de explotación económica.

En tal caso la posibilidad de gestionar indirectamente un servicio público se restringiría a aquellos que el concesionario pueda gestionar de forma que obtenga un beneficio. Todos los demás habrían de ser gestionados directamente por la Administración titular del servicio, aunque para su prestación pudiera valerse de la colaboración de empresarios privados que realizaran para ella todo o parte de las actividades propias del mismo, celebrando para este fin los correspondientes contratos de servicios.

Frente a esta posibilidad podría mantenerse el criterio de que la gestión indirecta también puede llevarse a cabo a través de un contrato que no sea una concesión administrativa por no asumir el contratista el riesgo de la gestión. Este contrato, a efectos de la Ley, no sería un contrato de servicios sino de gestión de servicios públicos y, por consiguiente, no podría calificarse como de regulación armonizada aun cuando superara el umbral establecido.

Esta segunda posibilidad, sin embargo, no es conciliable con el contenido de la propia Ley. En efecto, de conformidad con el art. 253, la contratación de la gestión de servicios públicos podrá adoptar las modalidades de concesión, gestión interesada, concierto o empresa mixta. Esta enumeración se hace con carácter exhaustivo, por lo que fuera de ella no cabe más que la gestión directa del servicio.

Por consiguiente, excluyendo los tres supuestos que el artículo citado contempla en los tres últimos lugares (gestión indirecta, concierto y empresa mixta) que tienen particularidades muy específicas a las que no se refiere el texto de la consulta, la única forma de contratar la gestión de un servicio público es mediante el otorgamiento de una concesión, lo cual a su vez implica la transferencia al concesionario del riesgo inherente a la gestión.

Todo lo argumentado hasta ahora abona la tesis de que sólo pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que pueden reportar un beneficio (o correlativamente pérdidas) para el empresario o la entidad que los gestiona. Como consecuencia de ello, el hipotético contrato por el que se cede la gestión del servicio a un particular sin asumir el riesgo derivado de ella, no puede ser considerado concesión de servicios y consiguientemente tampoco contrato de gestión de servicios públicos. La única calificación admisible sería la que hace la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es decir, la de considerarlo como un contrato de servicios y, en consecuencia, de superar el umbral establecido en el art. 16, deberá considerarse «sujeto a regulación armonizada, con las consecuencias derivadas de ello».

Se consulta seguidamente cómo puede entenderse correctamente asignado al contratista el riesgo de implantación y gestión del servicio. Para la resolución de esta cuestión argumentan que «los razonamientos anteriores ya han puesto de manifiesto que para calificar una relación jurídica como concesión administrativa de servicio público no es preciso que los ingresos que perciba el concesionario procedan de los usuarios del mismo, sino 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 dependan 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 ajenos a la voluntad del empresario.

Así se desprende de la sentencia mencionada por el Cabildo de Fuerteventura cuando dice que «...existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación y suponga que éste asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios de que se trata», es decir, no existe concesión cuando el mayor o menor volumen de los ingresos del empresario depende exclusivamente de que éste, 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».

De este informe se extraen las siguientes conclusiones:

1. El contrato puede caracterizarse de gestión de servicio público si la retribución económica del concesionario proviene directamente de la Administración que le hubiese otorgado la concesión, siempre que su importe esté vinculado directamente con el rendimiento obtenido de la explotación del servicio.
2. Sólo pueden ser objeto de gestión indirecta los servicios que pueden reportar un beneficio (o correlativamente pérdidas) para el empresario o la entidad que los gestiona.

El *Informe 1/2010 de la Junta Superior de Contratación de la Generalitat Valenciana* razona que: «No sólo la remuneración es criterio para diferenciar las concesiones de servicios (contratos de gestión de servicios públicos bajo la modalidad de concesión), como hemos señalado anteriormente, sino que a ello hay que añadir el riesgo de la explotación. De manera que, aunque el contratista no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora, sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros, basta para que dicho contrato se califique como «concesión de servicios», que la parte contratante asuma la totalidad, o al menos, una parte significativa del riesgo de explotación que corre la entidad adjudicadora, incluso si dicho riesgo es, desde el inicio, muy limitado debido a la configuración jurídica de los servicios (Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de septiembre de 2009 en el asunto *Eurowasser*).

Además de la postura de las Juntas Consultivas españolas se ha estudiado la jurisprudencia europea. Así, la *Sentencia del Tribunal de Justicia, de 10 de marzo de 2011, en el asunto C-274/09*, refleja que «procede señalar que el riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (*vid.*, 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 (*vid.*, 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). 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».

En esta sentencia también se recoge que: «Si los costes reales del operador superan, en un periodo determinado, los costes probables sobre cuya base se calcularon los precios de utilización, dicho operador puede encontrarse en una situación deficitaria y verse obligado a obtener una prefinanciación por sus propios medios. Es un hecho que la demanda de servicios [...] puede estar sujeta a fluctuaciones».

Trasladando a nuestro caso esta jurisprudencia, podemos afirmar que al estar compuesta la retribución del contratista por una parte fija que abonará el ayuntamiento y por una parte variable e incierta que será abonada por las empresas con las que esta Administración tiene suscrito convenio para la gestión de residuos de envases, papel, vidrio u otras con las que pudieran suscribirse convenios futuros, el riesgo en la gestión se trasladará en una parte significativa al adjudicatario, máxime cuando en el cálculo del tipo del contrato no se ha tenido en cuenta el beneficio industrial que pudiera obtener el gestor del servicio, dejándolo a su exclusiva gestión. Con este planteamiento, el contratista podrá conseguir más o menos ingresos de los referidos terceros si consigue gestionar las recogidas de residuos reciclables de forma óptima, lo que a su vez depende de cómo se comporten los usuarios del servicio en lo referente al reciclaje. Ello supondrá que el riesgo empresarial dependerá del grado de información de los usuarios y de su responsabilidad cívica, aspectos completamente ajenos al empresario, pues los ingresos abonados por las empresas receptoras de los mismos varían en función del mayor o menor cuidado que los ciudadanos pongan al efectuar la distribución de los residuos en los distintos contenedores y en las distintas bolsas, según estén destinados a envases, papel o cartón o materia orgánica y resto de residuos; tal y como se reflejan en el estudio de costes elaborado por el Servicio de Medio Ambiente.

Igualmente asume otros riesgos, además de los derivados de su mejor o peor gestión, como son el mayor o menor incremento o decremento de la cantidad de usuarios del servicio, que dependerá fundamentalmente del incremento o decremento de la población, el grado mayor o menor de cumplimiento por parte de los ciudadanos de sus deberes a la hora de depositar los residuos en los contenedores o los puntos de recogida neumática (no dejar residuos fuera de los contenedores o de los puntos de recogida); las averías que aleatoriamente puedan presentarse en el sistema de recogida neumática, que no ha sido

instalado por el futuro concesionario; las responsabilidades derivadas de las irregularidades que se puedan dar en la prestación del servicio; los riesgos derivados del mayor o menor grado de vandalismo (sobre contenedores, papeleras, suciedad en la vía pública) y su incidencia en el servicio, entre otros. Asimismo son factores de incertidumbre los riesgos derivados de las oscilaciones de precios derivados de salarios (convenios colectivos, posibles huelgas, etc.), de los combustibles (en este caso un riesgo mayor dadas las oscilaciones de los precios en los últimos años), averías de los vehículos, etc., que determinarán los beneficios o pérdidas de la explotación del servicio.

Todos los riesgos enumerados constituyen factores de exposición a las incertidumbres del mercado, dependen de circunstancias ajenas a la voluntad del empresario, haciendo que, de antemano, la gestión ofrezca un grado de incertidumbre tal que no hace posible garantizar un concreto y determinado beneficio o pérdida como consecuencia de la misma. Es de señalar igualmente que la inversión a realizar es cuantiosa y el plazo de amortización de la misma parece, en principio, adecuado a la duración prevista del contrato.

La Ley de Contratos del Sector Público dispone en el art. 251 que «la Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por los particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos». Éstos son los tres requisitos que deben concurrir para que un servicio público pueda ser gestionado indirectamente. La concesión administrativa es una forma de gestión indirecta de los servicios públicos de competencia de las Corporaciones locales, regulado en el art. 85.2, letra *b*), de la LBRL; nos remite al art. 253 de la LCSP, en el que se define como aquella por la que «el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura», conservando en todo caso la Administración «los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate» (art. 255.2 LCSP).

La entidad local por la concesión otorga o transfiere a un particular, por razones de interés público y bajo ciertas condiciones, las facultades necesarias para la gestión y explotación del servicio público que se trate, así como, en su caso, la ejecución de las obras e instalaciones necesarias para ello, asumiendo el riesgo económico de la empresa, bajo el control de la administración concedente, y cuyo otorgamiento se realiza durante cierto tiempo, a cuyo término revierte a ésta el servicio con los bienes o elementos materiales afectados al mismo.

III. CONCLUSIONES

Basándonos en lo razonado hasta aquí, podemos concluir que a pesar de las dudas que pudieran existir sobre la categoría contractual a elegir (gestión de servicio público-servicios), encontramos suficiente base legal para optar por la gestión de servicio pú-

blico. No obstante, dado que esta elección supone excluir de la regulación armonizada el procedimiento licitatorio a iniciar y puesto que los gastos de primer establecimiento superan el umbral de los 500.000 euros (lo cual significa que determinados actos de este expediente van a estar sometidos al recurso especial en materia de contratación), nada se opone a que se proceda a la publicación, que se recomienda, de este procedimiento en el *Diario Oficial de la Unión Europea*, ampliando el ámbito de publicidad y mejorando la transparencia, como principio esencial de la contratación pública.

Esto es cuando tiene el deber de informar el secretario que suscribe en cumplimiento de lo dispuesto en la disposición adicional segunda de la Ley de Contratos del Sector Público y tiene que informar desde Secretaría General, lo que se somete a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho.

Majadahonda, 20 de mayo de 2011