



Acuerdo de la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de 28 de febrero de 2014

Informe 8/2013, de 28 de febrero de 2014. El contrato de gestión de servicios públicos. La concesión demanial. Los convenios de colaboración. La novación subjetiva

Antecedentes

1. La presidenta del Consejo Insular de Mallorca ha formulado la siguiente consulta a esta Junta Consultiva:

De conformidad con el artículo 12.2 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, por el que se crea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa y el Registro de Contratos y Contratistas, le solicito que informe las siguientes consultas:

1ª) ¿Resulta factible jurídicamente proceder al otorgamiento directo de una concesión para la explotación de los hipódromos de competencia del Instituto del Deporte Hípico de Mallorca (IEHM) mediante un convenio de colaboración con la Federación Balear de Trote (FBT)?

2ª) En caso de que fuese posible:

2.1) ¿Se podría subrogar la FBT en la posición del Instituto respecto de la posibilidad de explotar provisionalmente las apuestas externas en los términos previstos en la DAdd 4ª de la Ley Balear 4/2012, de 30 de abril?

En consecuencia, ¿estaría capacitada esta para formalizar los previsible contratos con terceros necesarios para implantar en los hipódromos cedidos la apuesta hípica externa con el modelo PMU de masa común?

2.2) Igualmente, ¿se podría subrogar el concesionario en la posición que actualmente detenta el Instituto respecto de los vigentes contratos para la explotación de los bares restaurante de ambos hipódromos, así como en el resto de contratos de suministro y servicio que mantiene con empresas externas?

2.3) ¿Implicaría esta subrogación subjetiva un cambio de calificación jurídica en cuanto a aquellos que están considerados actualmente como



contratos administrativos? ¿Tendrían carácter privado todos los negocios jurídicos que a partir de ahora concertase el concesionario para atender estas mismas finalidades? Aún así, ¿podríamos entender que permanecerían sujetos a los principios informadores de la Ley de Contratos del Sector Público dadas sus finalidades de interés general?

2.4) Dado que la totalidad del personal de la plantilla del Instituto es de naturaleza laboral, ¿podría establecerse en el convenio regulador de la concesión la obligación de que la Federación Balear de Trote absorbiese por subrogación el mencionado personal?

2. La presidenta del Consejo Insular de Mallorca está legitimada para solicitar informes a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, de conformidad con el artículo 12.2 del Decreto 20/1997, de 7 de febrero, de creación de esta Junta Consultiva, y el artículo 15.1 de su Reglamento de Organización y Funcionamiento, aprobado por Acuerdo del Consejo de Gobierno de 10 de octubre de 1997. Al escrito se adjunta un informe jurídico, de acuerdo con el artículo 16.3 del Reglamento. Por tanto, se reúnen los requisitos previos de admisión para poder emitir el informe solicitado.

Consideraciones jurídicas

1. El escrito de consulta plantea diversas cuestiones relacionadas con la concesión a un tercero de la explotación de los hipódromos que son competencia del Instituto del Deporte Hípico de Mallorca (en lo sucesivo, el Instituto).

En concreto plantea la viabilidad jurídica de otorgar directamente una concesión para explotar los hipódromos a la Federación Balear de Trote (en lo sucesivo, la Federación) mediante un convenio de colaboración. En el caso de que la respuesta sea afirmativa, plantea, además, las siguientes cuestiones:

- Si la Federación puede subrogarse en la posición del Instituto respecto de la posibilidad de explotar provisionalmente las apuestas externas en los términos previstos en la disposición adicional cuarta de la Ley 4/2012, de 30 de abril, por la que se establece el régimen sancionador en diversas materias en el ámbito de la Comunidad Autónoma de las Illes Balears y se fijan medidas administrativas urgentes en materia de juego, y también si la Federación estaría capacitada para formalizar con terceros los contratos necesarios para implantar en los hipódromos la apuesta hípica externa.
- Si la Federación puede subrogarse en la posición jurídica que ocupa el Instituto en los contratos administrativos vigentes (para la explotación de los bares restaurante y los de suministro y servicios), y si esta subrogación



implicaría un cambio en la calificación jurídica de estos contratos.

- Si los nuevos contratos que celebrase el concesionario a partir del inicio de la concesión tendrían carácter privado y si estarían sujetos a los principios informadores de la Ley de Contratos, dadas sus finalidades de interés general.
- Si puede obligarse a la Federación a subrogar al personal del Instituto, dado que toda la plantilla es de naturaleza laboral.

Con carácter previo, debe señalarse que los informes de la Junta Consultiva interpretan la normativa de contratación pública en los aspectos que presenten alguna duda o alguna contradicción. En consecuencia, esta Junta Consultiva no puede pronunciarse sobre las cuestiones que exceden el ámbito de la normativa de contratación pública, como las relativas a las apuestas hípcas externas, reguladas en la normativa en materia de juego, y las relativas a subrogación del personal laboral, reguladas en la normativa en materia laboral.

En cuanto a la normativa en materia de patrimonio, en la medida en que para responder la consulta planteada es necesario delimitar su aplicación de la de la contratación en relación con la figura de la concesión, se efectuarán algunas consideraciones.

2. La primera cuestión planteada es la viabilidad jurídica de otorgar directamente una concesión para explotar los hipódromos a la Federación mediante un convenio de colaboración con esta entidad.

En el escrito de consulta no se indica respecto de cuál de los tipos de concesión se efectúa la consulta, motivo por el que a continuación se hará referencia a las dos relaciones jurídicas en que, desde el punto de vista teórico y en función de las características y circunstancias de cada caso, se podría encajar la concesión planteada. En concreto, nos referimos a la concesión como modalidad del contrato de gestión de servicios públicos y a la concesión demanial.

El contrato de gestión de servicios públicos se define, en el 8.1 del Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en lo sucesivo, TRLCSP), en los siguientes términos:

El contrato de gestión de servicios públicos es aquél 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 encomendada.



Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria

De acuerdo con esta definición, solo pueden celebrar contratos de gestión de servicios públicos las administraciones públicas y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

El régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos está previsto en los artículos 132 y 275 a 289 del TRLCSP. De acuerdo con esta regulación, para determinar qué servicios de las administraciones públicas pueden gestionarse indirectamente es necesario que concurran en los mismos los siguientes requisitos:

- Que la prestación a la que hace referencia sea un servicio público. Este concepto, en su acepción más amplia, incluye cualquier actividad que la Administración desarrolle para satisfacer el interés general atribuido a la esfera específica de sus competencias. Así pues, la existencia de un servicio público requiere que la titularidad del servicio esté atribuida en virtud de una norma a una administración pública, y que se trate de una prestación destinada a satisfacer las necesidades de los ciudadanos.
- Que el servicio sea susceptible de explotación por particulares, es decir, que las prestaciones en que consista el contrato sean susceptibles de valoración económica. El contratista tiene derecho a la explotación del servicio y, para hacerlo efectivo, el contrato ha de incluir una retribución fijada en función de su utilización, que se percibe directamente de los usuarios o de la propia Administración.
- Que no implique ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. En relación con este requisito, la dificultad consiste en concretar esta expresión, dado que no se dispone, en nuestro derecho, de un catálogo o relación de servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. No obstante, el Informe 2/06, de 24 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado concreta algunas materias que constituyen el núcleo fundamental de materias vetadas a la contratación, como por ejemplo la potestad sancionadora, la defensa nacional, la seguridad ciudadana y el sistema penitenciario, si bien concluye que debe hacerse un análisis de las actividades objeto de cada contrato.
- Que el contratista que lo explote tenga encomendadas la organización y la



prestación de los servicios conjuntamente.

– Que antes de contratar un servicio público se haya establecido su régimen jurídico, el cual debe declarar expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración correspondiente como propia, debe atribuir las competencias administrativas, determinar el alcance de las prestaciones a favor de los administrados y regular los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

Esta Junta Consultiva se ha pronunciado con detalle sobre las características de esta figura contractual, en concreto en el Informe 2/2012, de 30 de mayo, al cual nos remitimos para una mejor comprensión de este tipo de contrato.

Por tanto, para calificar un contrato como contrato de gestión de servicios públicos es necesario atenderse, por una parte, al criterio subjetivo, es decir, a la naturaleza jurídica de la entidad que pretende celebrarlo, y, por otra, a la naturaleza de la prestación que es objeto del contrato.

El artículo 277 del TRLCSP dispone que la contratación de la gestión de los servicios públicos puede adoptar alguna de las cuatro modalidades siguientes: concesión, gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta.

En cuanto a la concesión, constituye la forma más típica de gestión indirecta de los servicios públicos, y se caracteriza por la transferencia o la cesión a un particular de una esfera de actuación originariamente administrativa, produciéndose una escisión entre la titularidad del servicio —que permanece en la Administración pública concedente— y la gestión del servicio —que se encarga a un particular, que asume el riesgo económico de la explotación.

Así pues, la concesión es un contrato en virtud del cual la Administración encarga a un particular la gestión de un servicio de su competencia, servicio que ha de gestionar a su propio riesgo y ventura, en el sentido de que asume el riesgo de pérdida que derive de la gestión del servicio, del mismo modo que percibe los beneficios que se deriven de la misma.

Para considerar que es posible ceder la explotación de los hipódromos a un tercero de manera indirecta mediante un contrato de gestión de servicios públicos, en la modalidad de concesión, la actividad cuya explotación se quiere ceder ha de cumplir los requisitos para poder considerarla un servicio público — que es una de sus características esenciales— y, además, el resto de requisitos



para configurarla como un contrato de gestión de servicios públicos.

En este sentido, con independencia de si se cumplen o no el resto de requisitos, debe decirse que, dado que el informe jurídico que acompaña la consulta manifiesta que las actividades que se llevan a cabo en los hipódromos cuya gestión y explotación está atribuida al Instituto no pueden calificarse de servicio público puesto que no satisfacen propiamente las necesidades de los ciudadanos sino que van dirigidas de forma casi exclusiva a los usuarios de las instalaciones y servicios de las actividades deportivas de las carreras de caballos, no puede sino concluirse que la concesión a la que se hace referencia en el escrito de consulta no puede ser la modalidad de concesión del contrato de gestión de servicios públicos.

3. Una vez excluida la posibilidad de que se lleve a cabo un contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión para explotar los hipódromos de competencia del Instituto, dado que la actividad de que se trata no es propiamente un servicio público, debe entenderse que el término *concesión* a que se refiere el escrito de consulta solo puede referirse a una concesión demanial ya que, como se indica en el informe jurídico que acompaña la consulta, se trata de bienes de dominio público. Así, este informe afirma que, según consta en el Libro Inventario de Bienes del Consejo Insular de Mallorca, el hipódromo de Son Pardo es un bien de dominio público, de titularidad insular, que tiene naturaleza de bien de servicio público afectado al servicio de hipódromo, y que esta misma calificación recae en el hipódromo de Manacor, con la diferencia de que en este caso el Consejo de Mallorca figura como cesionario de un derecho de uso y el titular del bien de dominio público es el Ayuntamiento de Manacor.

El artículo 4 del TRLCSP, bajo el epígrafe “Negocios y contratos excluidos”, establece en la letra o del apartado 1 que están excluidos del ámbito de esta Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

El apartado 2 de este artículo establece que:

Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anterior se regularán por sus normas especiales, aplicándose los principios



de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse.

Por tanto, la concesión demanial está excluida del ámbito de aplicación de la normativa en materia de contratación pública, motivo por el cual la consulta sobre la posibilidad de otorgar una concesión demanial a la Federación para explotar los hipódromos que son competencia del Instituto no debe resolverla esta Junta Consultiva, sino que corresponde al Consejo Insular de Mallorca, a la vista de la normativa específica que sea de aplicación —que es la normativa en materia de patrimonio—, de los Estatutos del Instituto y, muy especialmente, de la titularidad de los hipódromos y de las condiciones que se hayan establecido en los títulos que habilitan al Instituto para explotar cada uno de ellos, analizar si concurren los requisitos para otorgar la concesión y, en caso afirmativo, si puede otorgarse de manera directa.

4. El escrito de consulta plantea la posibilidad de otorgar la concesión para explotar los hipódromos de forma directa mediante un convenio colaboración. A pesar de que, como se ha dicho antes, el negocio jurídico a que hace referencia la consulta no es la concesión como modalidad de contrato de gestión de servicios públicos y, por tanto, en todo caso, se trataría de una concesión demanial —excluida del ámbito objetivo de aplicación del TRLCSP—, parece conveniente efectuar algunas consideraciones sobre la utilización de los convenios de colaboración en relación con la contratación pública.

El apartado 1 del artículo 2 del TRLCSP dispone que:

Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren los entes, organismos y entidades enumerados en el artículo 3.

El artículo 4 del TRLCSP indica cuáles son los negocios y los contratos excluidos de su ámbito de aplicación y dispone que:

1. Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

[...]

c) Los convenios de colaboración que celebre la Administración General del Estado con las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, las Universidades Públicas, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales, organismos autónomos y restantes entidades públicas, o los que celebren estos organismos y entidades entre sí, salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a esta Ley.



d) Los convenios que, con arreglo a las normas específicas que los regulan, celebre la Administración con personas físicas o jurídicas sujetas al derecho privado, siempre que su objeto no esté comprendido en el de los contratos regulados en esta Ley o en normas administrativas especiales.

Por tanto, quedan excluidos del ámbito de aplicación del TRLCSP los convenios de colaboración entre entidades públicas salvo que, por su naturaleza, tengan la consideración de contratos sujetos a la Ley, así como los convenios de colaboración entre la Administración y las entidades privadas siempre que su objetivo no esté comprendido en el de los contratos que regula la Ley o en normas administrativas especiales.

En definitiva, cuando un negocio jurídico tenga la consideración de contrato de acuerdo con el TRLCSP, deberá adjudicarse de acuerdo con los procedimientos que prevé la normativa de contratación.

5. Veamos ahora, brevemente, sin pretensión alguna de abarcar todo su detalle, cosa que excedería las competencias de esta Junta Consultiva, si de acuerdo con la normativa en materia de patrimonio es posible otorgar una concesión demanial de forma directa.

De acuerdo con el apartado 4 del artículo 5 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, los bienes demaniales se registrarán por las leyes y disposiciones especiales que les sean de aplicación y, a falta de normas especiales, por esta ley y las disposiciones que la desarrollen o complementen. Las normas generales del derecho administrativo y, en su defecto, las normas del derecho privado, se aplicarán como derecho supletorio.

El régimen de uso y explotación de los bienes demaniales está regulado en los artículos 84 a 104 de la Ley 33/2003. El apartado 1 del artículo 93, que tiene carácter básico, dispone que el otorgamiento de concesiones sobre bienes de dominio público se efectuará en régimen de concurrencia y que, no obstante, podrá acordarse el otorgamiento directo en los supuestos previstos en el apartado 4 del artículo 137 de esta ley, cuando se den circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, o en otros supuestos establecidos en las leyes.

Por tanto, la viabilidad jurídica de otorgar directamente una concesión demanial requiere que las normas aplicables al caso de que se trate prevean esta posibilidad.



6. El escrito de consulta plantea la posibilidad de que el concesionario se subroga en la posición jurídica que ocupa el Instituto en los contratos administrativos vigentes (para la explotación de los bares restaurante y los de suministro y servicios), y si esta subrogación implicaría un cambio en la calificación jurídica de estos contratos. Además, plantea si los nuevos contratos que celebre el concesionario a partir del inicio de la concesión tendrían carácter privado y si estarían sujetos a los principios informadores de la Ley de Contratos, dadas sus finalidades de interés general.

Estas cuestiones se plantean para el caso de que se haya considerado viable otorgar directamente a la Federación la concesión para explotar los hipódromos del Instituto mediante un convenio de colaboración, y por tanto, dado que se ha argumentado que esto no es posible, al menos en cuanto al contrato de gestión de servicios públicos, no sería necesario entrar a analizarlas. No obstante, nada impide, dada la vinculación con la normativa de contratación pública, efectuar algunas consideraciones de carácter general en relación con esta cuestión que sean aplicables cualquiera que sea el concesionario de la explotación de los hipódromos.

La normativa reguladora de la contratación pública no regula la novación subjetiva de la parte contratante, a pesar de que ello se produce ocasionalmente en el caso de sucesión en la personalidad jurídica o en el ejercicio de las competencias de una entidad del sector público, pero sí regula la subrogación del contratista, por ejemplo en el artículo 85, en relación con los casos de sucesión de empresa, y en el artículo 223, para los casos de cesión de los contratos.

La subrogación del concesionario en la posición jurídica que ocupa la Administración en los contratos administrativos celebrados con anterioridad a la formalización de la concesión, implicaría que aquel, que con carácter general es una persona física o jurídica sometida al derecho privado, sustituiría a la Administración en todos los derechos y obligaciones derivados del contrato. No obstante, debe decirse que, dado que la Administración está sujeta al derecho administrativo y el concesionario no, debería considerarse que no es posible esta novación contractual, sino que los contratos preexistentes deben continuar ejecutándose en sus propios términos. Y ello no solo por el diferente régimen jurídico aplicable a los contratos en función de la naturaleza jurídica de la entidad contratante, sino también porque ya no se trataría de un contrato público y porque los contratos deben cumplirse de acuerdo con sus cláusulas y



por la duración establecida en los mismos, todo ello sin perjuicio de que puedan resolverse si estos contratos prevén, como causa de resolución, la cesión de la explotación de los hipódromos a un tercero, o de mutuo acuerdo. En estos casos nada impediría que se resolviesen y que el concesionario pudiese celebrar los contratos que considerase conveniente.

Debe decirse que la aplicación de la normativa en materia de contratación no depende de si la actividad a llevar a cabo tiene o no interés general, sino de si la entidad contratante y el objeto están sometidos a esta normativa.

Por tanto, el carácter de los contratos que sean necesarios y el régimen jurídico aplicable dependen de si el concesionario es o no una entidad incluida en el ámbito subjetivo de aplicación del TRLCSP.

Conclusión

1. La cesión de la explotación de los hipódromos que son competencia del Instituto del Deporte Hípico de Mallorca no es un contrato de gestión de servicios públicos en la modalidad de concesión, sino, más bien, una concesión demanial y, por tanto, está sometida al régimen jurídico que establece la normativa en materia de patrimonio. El otorgamiento de una concesión demanial solo puede hacerse de forma directa en los casos previstos en esta normativa.
2. Cuando un negocio jurídico tenga la consideración de contrato de acuerdo con el Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, no es posible formalizarlo mediante un convenio de colaboración, sino que ha de adjudicarse de acuerdo con los procedimientos previstos en la normativa de contratación.
3. La subrogación del concesionario en la posición jurídica que ocupa la Administración en los contratos administrativos celebrados con anterioridad a la formalización de la concesión no es posible, dado que el régimen jurídico aplicable a los contratos en función de la naturaleza jurídica de la entidad contratante es diferente, que ya no se trataría de un contrato público y que los contratos deben cumplirse de acuerdo con sus cláusulas y por la duración establecida en los mismos, todo ello sin perjuicio de que puedan resolverse si estos contratos prevén, como causa de resolución, la cesión de la explotación de los hipódromos a un tercero, o de mutuo acuerdo.



4. El carácter de los nuevos contratos que haya de celebrar el concesionario con terceros a partir del inicio de la concesión y el régimen jurídico aplicable dependen de si el concesionario es una entidad incluida en el ámbito subjetivo de aplicación del TRLCSP o no.