



Acord de la Comissió Permanent de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de 28 de febrer de 2014

Informe 8/2013, de 28 de febrer de 2014. El contracte de gestió de serveis públics. La concessió demanial. Els convenis de col·laboració. La novació subjectiva

Antecedents

1. La presidenta del Consell Insular de Mallorca ha formulat la consulta següent a aquesta Junta Consultiva:

De conformitat amb l'article 12.2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, pel qual es crea la Junta Consultiva de Contractació Administrativa i el Registre de Contractes i Contractistes, us deman que informeu les següents consultes:

1a.) Resulta factible jurídicament procedir a l'atorgament directe d'una concessió per a l'explotació dels hipòdroms de competència de l'Institut de l'Esport Hípic de Mallorca (IEHM) mitjançant un conveni de col·laboració amb la Federació Balear de Trot (FBT)?

2a.) En cas que fos possible:

2.1) Es podria subrogar la FBT en la posició de l'Institut respecte de la possibilitat d'explotar provisionalment les apostes externes amb els termes que preveu la DAdd 4a. de la Llei Balear 4/2012, de 30 d'abril?

Conseqüentment, estaria capacitada aquesta per formalitzar els previsibles contractes amb tercers necessaris per implantar en el hipòdroms cedits l'aposta hípica externa amb el model PMU de massa comú?

2.2) De la mateixa manera, es podria subrogar el concessionari en la posició que actualment deté l'Institut respecte dels vigents contractes per a l'explotació dels bars restaurants d'ambdós hipòdroms, així com en la resta de contractes de subministrament i servei que manté amb empreses externes?

2.3) Implicaria aquesta subrogació subjectiva un canvi de qualificació jurídica pel que fa a aquells que estan considerats a hores d'ara com a contractes administratius? Tindrien caràcter privat tots els negocis jurídics



que a partir d'ara concertàs el concessionari per atendre aquestes mateixes finalitats? Tot i això, podríem entendre que restarien subjectes als principis informadors de la Llei de Contractes del Sector Públic ateses les seves finalitats d'interès general?

2.4) Atès que la totalitat del personal de la plantilla de l'Institut és de naturalesa laboral, podria establir-se en el conveni regulador de la concessió l'obligació que la Federació Balear de Trot absorbís per subrogació l'esmentat personal?

2. La presidenta del Consell Insular de Mallorca està legitimada per sol·licitar informes a la Junta Consultiva de Contractació Administrativa, de conformitat amb l'article 12.2 del Decret 20/1997, de 7 de febrer, de creació d'aquesta Junta Consultiva, i amb l'article 15.1 del seu Reglament d'organització i funcionament, aprovat per l'Acord del Consell de Govern de 10 d'octubre de 1997. A l'escrit s'adjunta un informe jurídic, d'acord amb l'article 16.3 del Reglament. Per tant, es compleixen els requisits previs d'admissió per poder emetre l'informe sol·licitat.

Consideracions jurídiques

1. L'escrit de consulta planteja diverses qüestions relacionades amb la concessió a un tercer de l'explotació dels hipòdroms que són competència de l'Institut de l'Esport Hípic de Mallorca (en endavant, l'Institut).

Concretament planteja la viabilitat jurídica d'atorgar directament una concessió per explotar els hipòdroms a la Federació Balear de Trot (en endavant, la Federació), per mitjà d'un conveni de col·laboració. En el cas que la resposta sigui afirmativa, planteja, a més, les qüestions següents:

- Si la Federació pot subrogar-se en la posició de l'Institut respecte de la possibilitat d'explotar provisionalment les apostes externes en els termes que preveu la disposició addicional quarta de la Llei 4/2012, de 30 d'abril, per la qual s'estableix el règim sancionador en diverses matèries en l'àmbit de la comunitat autònoma de les Illes Balears i es fixen mesures administratives urgents en matèria de joc, i també si la Federació estaria capacitada per formalitzar amb tercers els contractes necessaris per implantar en els hipòdroms l'aposta hípica externa.
- Si la Federació pot subrogar-se en la posició jurídica que l'Institut ocupa en els contractes administratius vigents (per a l'explotació dels bars restaurant i els de subministrament i serveis), i si aquesta subrogació implicaria un canvi



en la qualificació jurídica d'aquests contractes.

- Si els nous contractes que subscriuís el concessionari a partir de l'inici de la concessió tindrien caràcter privat i si estarien subjectes als principis informadors de la Llei de contractes, ateses les seves finalitats d'interès general.
- Si es pot obligar la Federació a subrogar el personal de l'Institut, atès que tota la plantilla és de naturalesa laboral.

Amb caràcter previ, s'ha d'assenyalar que els informes de la Junta Consultiva interpreten la normativa de contractació pública en els aspectes que presenten algun dubte o alguna contradicció. En conseqüència, aquesta Junta Consultiva no es pot pronunciar sobre les qüestions que excedeixen l'àmbit de la normativa de contractació pública, com ara les relatives a les apostes hípiques externes, regulades en la normativa en matèria de joc, i les relatives a la subrogació del personal laboral, regulades en la normativa en matèria laboral.

Pel que fa a la normativa en matèria de patrimoni, en la mesura en què per respondre la consulta que es planteja és necessari delimitar-ne l'aplicació de la de la contractació en relació amb la figura de la concessió, se'n faran algunes consideracions.

2. La primera qüestió que es planteja és la viabilitat jurídica d'atorgar directament una concessió per explotar els hipòdroms a la Federació, per mitjà d'un conveni de col·laboració amb aquesta entitat.

En l'escrit de consulta no s'indica respecte de quin dels tipus de concessió es fa la consulta, motiu pel qual a continuació es farà referència a les dues relacions jurídiques en què, des d'un punt de vista teòric i en funció de les característiques i circumstàncies de cada cas, es podria encaixar la concessió que es planteja. Concretament, ens referirem a la concessió com a modalitat del contracte de gestió de serveis públics i a la concessió demanial.

El contracte de gestió de serveis públics es defineix, en l'article 8.1 del Text refós de la Llei de contractes del sector públic (en endavant, TRLCSP), en els termes següents:

El contracte de gestió de serveis públics és aquell en virtut del qual una Administració pública o una mútua d'accidents de treball i malalties professionals de la Seguretat Social encomana a una persona, natural o jurídica, la gestió d'un servei la prestació del qual ha estat assumida com a pròpia de la seva competència per l'Administració o la mútua que fa



l'encàrrec.

Les mútues d'accidents de treball i malalties professionals només poden efectuar aquest tipus de contracte respecte a la gestió de la prestació d'assistència sanitària.

D'acord amb aquesta definició, només poden subscriure contractes de gestió de serveis públics les administracions públiques i les mútues d'accidents de treball i malalties professionals.

El règim jurídic del contracte de gestió de serveis públics està previst en els articles 132 i 275 a 289 del TRLCSP. D'acord amb aquesta regulació, per determinar quins serveis de les administracions públiques es poden gestionar indirectament, és necessari que hi concorrin els requisits següents:

- Que la prestació a què fa referència sigui un servei públic. Aquest concepte, en l'accepció més àmplia, inclou qualsevol activitat que l'Administració desenvolupi per satisfer l'interès general atribuït a l'esfera específica de les seves competències. Així doncs, l'existència d'un servei públic requereix que la titularitat del servei estigui atribuïda en virtut d'una norma a una administració pública, i que es tracti d'una prestació destinada a satisfer les necessitats dels ciutadans.
- Que el servei sigui susceptible d'explotació per particulars, és a dir, que les prestacions en què consisteixi el contracte siguin susceptibles de valoració econòmica. El contractista té dret a l'explotació del servei i, per fer-lo efectiu, el contracte ha d'incloure una retribució fixada en funció de la seva utilització, que es percep directament dels usuaris o de la mateixa Administració.
- Que no impliqui exercici d'autoritat inherent als poders públics. Pel que fa a aquest requisit, la dificultat consisteix a concretar aquesta expressió, atès que no es disposa, en el nostre dret, d'un catàleg o relació de serveis que impliquen l'exercici de l'autoritat inherent als poders públics. No obstant això, l'Informe 2/06, de 24 de març, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa de l'Estat, concreta algunes matèries que constitueixen el nucli fonamental de matèries vetades a la contractació, com ara la potestat sancionadora, la defensa nacional, la seguretat ciutadana i el sistema penitenciari, si bé conclou que s'ha de fer una anàlisi de les activitats objecte de cada contracte.



- Que el contractista que l'exploti tengui encarregades l'organització i la prestació dels serveis conjuntament.
- Que abans de contractar un servei públic se n'hagi establert el règim jurídic, el qual ha de declarar expressament que l'activitat de què es tracta queda assumida per l'Administració corresponent com a pròpia, ha d'atribuir les competències administratives, determinar l'abast de les prestacions a favor dels administrats i regular els aspectes de caràcter jurídic, econòmic i administratiu relatius a la prestació del servei.

Aquesta Junta Consultiva s'ha pronunciat amb detall sobre les característiques d'aquesta figura contractual, concretament en l'Informe 2/2012, de 30 de maig, al qual ens remetem per a una millor comprensió d'aquest tipus de contracte.

Per tant, per qualificar un contracte com a contracte de gestió de serveis públics, cal atènyer-se, d'una banda, al criteri subjectiu, és a dir, a la naturalesa jurídica de l'entitat que pretén subscriure'l, i, de l'altra, a la naturalesa de la prestació que és objecte del contracte.

L'article 277 del TRLCSP disposa que la contractació de la gestió dels serveis públics pot adoptar alguna de les quatre modalitats següents: concessió, gestió interessada, concert o societat d'economia mixta.

Quant a la concessió, constitueix la forma més típica de gestió indirecta dels serveis públics, i es caracteritza per la transferència o la cessió a un particular d'una esfera d'actuació originàriament administrativa, produint-se una escissió entre la titularitat del servei —que roman en l'Administració pública que l'atorga— i la gestió del servei —que s'encarrega a un particular, que assumeix el risc econòmic de l'explotació.

Així doncs, la concessió és un contracte en virtut del qual l'Administració encarrega a un particular la gestió d'un servei de la seva competència, servei que ha de gestionar al seu propi risc i ventura, en el sentit que assumeix el risc de pèrdua que derivi de la gestió del servei, de la mateixa manera que percep els beneficis que se'n derivin.

Per considerar que és possible cedir l'explotació dels hipòdroms a un tercer de manera indirecta per mitjà d'un contracte de gestió de serveis públics, en la modalitat de concessió, l'activitat l'explotació de la qual es vol cedir ha de complir els requisits per poder considerar-la un servei públic —que n'és una de les



característiques essencials— i, a més, la resta de requisits per configurar-la com a contracte de gestió de serveis públics.

En aquest sentit, amb independència de si es compleixen o no la resta de requisits, s'ha de dir que, atès que l'informe jurídic que acompanya la consulta manifesta que les activitats que es duen a terme en els hipòdroms la gestió i explotació dels quals està atribuïda a l'Institut no es poden qualificar de servei públic, perquè no satisfan pròpiament les necessitats dels ciutadans sinó que van adreçades de forma quasi exclusiva als usuaris de les instal·lacions i serveis de les activitats esportives de les carreres de cavalls, no es pot sinó concloure que la concessió a què es fa referència en l'escrit de consulta no pot ser la modalitat de concessió del contracte de gestió de serveis públics.

3. Una vegada exclosa la possibilitat que es dugui a terme un contracte de gestió de serveis públics en la modalitat de concessió per explotar els hipòdroms de competència de l'Institut, atès que l'activitat de què es tracta no és pròpiament un servei públic, s'ha d'entendre que el terme *concessió* a què es refereix l'escrit de consulta només pot referir-se a una concessió demanial, perquè, com s'indica en l'informe jurídic que acompanya la consulta, es tracta de béns de domini públic. Així, aquest informe afirma que, segons consta en el Llibre Inventari de Béns del Consell Insular de Mallorca, l'hipòdrom de Son Pardo és un bé de domini públic, de titularitat insular, que té naturalesa de bé de servei públic afectat al servei d'hipòdrom, i que aquesta mateixa qualificació recau en l'hipòdrom de Manacor, amb la diferència que en aquest cas el Consell de Mallorca figura com a cessionari d'un dret d'ús i el titular del bé de domini públic és l'Ajuntament de Manacor.

L'article 4 del TRLCSP, sota l'epígraf "Negocis i contractes exclosos", estableix en la lletra o de l'apartat 1 que estan exclosos de l'àmbit d'aquesta Llei els negocis i les relacions jurídiques següents:

Les autoritzacions i concessions sobre béns de domini públic i els contractes d'explotació de béns patrimonials diferents dels definits a l'article 7, que es regulen per la seva legislació específica excepte en els casos en què expressament es declari aplicables les prescripcions d'aquesta Llei.

L'apartat 2 d'aquest article estableix que:

Els contractes, negocis i relacions jurídiques enumerats a l'apartat anterior es regulen per les seves normes especials i s'han d'aplicar els principis



d'aquesta Llei per resoldre els dubtes i les llacunes que es pugin presentar.

Per tant, la concessió demanial està exclosa de l'àmbit d'aplicació de la normativa en matèria de contractació pública, motiu pel qual la consulta sobre la possibilitat d'atorgar una concessió demanial a la Federació per explotar els hipòdroms que són competència de l'Institut no l'ha de resoldre aquesta Junta Consultiva, sinó que correspon al Consell Insular de Mallorca, en vista de la normativa específica que hi sigui aplicable —que és la normativa en matèria de patrimoni—, dels Estatuts de l'Institut i, molt especialment, de la titularitat dels hipòdroms i de les condicions que s'hagin establert en els títols que habiliten l'Institut per explotar-ne cada un, analitzar si hi concorren els requisits per atorgar la concessió i, en cas afirmatiu, si es pot atorgar de manera directa.

4. L'escrit de consulta planteja la possibilitat d'atorgar la concessió per explotar els hipòdroms de forma directa mitjançant un conveni de col·laboració. Tot i que, com s'ha dit abans, el negoci jurídic a què fa referència la consulta no és la concessió com a modalitat del contracte de gestió de serveis públics i, per tant, en tot cas, es tractaria d'una concessió demanial —exclosa de l'àmbit objectiu d'aplicació del TRLCSP—, sembla convenient fer algunes consideracions sobre la utilització dels convenis de col·laboració en relació amb la contractació pública.

L'apartat 1 de l'article 2 del TRLCSP disposa que:

Són contractes del sector públic i, en conseqüència, estan sotmesos a aquesta Llei en la forma i els termes que preveu, els contractes onerosos, sigui quina sigui la seva naturalesa jurídica, que subscriuguin els ens, organismes i entitats enumerats a l'article 3.

L'article 4 del TRLCSP indica quins són els negocis i els contractes exclosos del seu àmbit d'aplicació i disposa que:

1. Estan exclosos de l'àmbit d'aquesta Llei els següents negocis i relacions jurídiques:

[...]

c) Els convenis de col·laboració que subscrigui l'Administració General de l'Estat amb les entitats gestores i serveis comuns de la Seguretat Social, les universitats públiques, les comunitats autònomes, les entitats locals, organismes autònoms i la resta de les entitats públiques, o els que subscriuguin aquests organismes i entitats entre si, llevat que, per la seva naturalesa, tinguin la consideració de contractes subjectes a aquesta Llei.

d) Els convenis que, d'acord amb les normes específiques que els regulen, subscrigui l'Administració amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que el seu objecte no estigui comprès en el dels



contractes que regula aquesta Llei o en normes administratives especials.

Per tant, queden exclosos de l'àmbit d'aplicació del TRLCSP els convenis de col·laboració entre entitats públiques llevat que, per la seva naturalesa, tinguin la consideració de contractes subjectes a la Llei, com també els convenis de col·laboració entre l'Administració i les entitats privades sempre que el seu objecte no estigui comprès en el dels contractes que regula la Llei o en normes administratives especials.

En definitiva, quan un negoci jurídic tingui la consideració de contracte d'acord amb el TRLCSP, s'haurà d'adjudicar d'acord amb els procediments que preveu la normativa de contractació.

5. Vegem ara, breument, sense cap pretensió d'abraçar-ne tot el detall, cosa que excediria les competències d'aquesta Junta Consultiva, si d'acord amb la normativa en matèria de patrimoni és possible atorgar una concessió demanial de manera directa.

D'acord amb l'apartat 4 de l'article 5 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, del patrimoni de les administracions públiques, els béns demanials es regeixen per les lleis i les disposicions especials que hi siguin aplicables i, si no hi ha normes especials, per aquesta Llei i les disposicions que la despleguin o la complementin. Les normes generals del dret administratiu i, si no n'hi ha, les normes del dret privat, s'apliquen com a dret supletori.

El règim d'ús i explotació dels béns demanials està regulat en els articles 84 a 104 de la Llei 33/2003. L'apartat 1 de l'article 93, que té caràcter bàsic, disposa que l'atorgament de concessions sobre béns de domini públic s'efectua en règim de concurrència i que, això no obstant, es pot acordar l'atorgament directe en els casos que preveu l'apartat 4 de l'article 137 d'aquesta Llei, quan es donin circumstàncies excepcionals, degudament justificades, o en altres casos que estableixen les lleis.

Per tant, la viabilitat jurídica d'atorgar directament una concessió demanial requereix que les normes aplicables al cas de què es tracti prevegin aquesta possibilitat.

6. L'escrit de consulta planteja la possibilitat que el concessionari se subrogui en la posició jurídica que l'Institut ocupa en els contractes administratius vigents (per a l'explotació dels bars restaurant i els de subministrament i serveis), i si aquesta



subrogació implicaria un canvi en la qualificació jurídica d'aquests contractes. A més, planteja si els nous contractes que subscriuís el concessionari a partir de l'inici de la concessió tindrien caràcter privat i si estarien subjectes als principis informadors de la Llei de contractes, ateses les seves finalitats d'interès general.

Aquestes qüestions es plantegen per al cas que s'hagi considerat viable atorgar directament a la Federació la concessió per explotar els hipòdroms de l'Institut, per mitjà d'un conveni de col·laboració, i per tant, atès que s'ha argumentat que això no és possible, almenys pel que fa al contracte de gestió de serveis públics, no seria necessari entrar a analitzar-les. No obstant això, res no impedeix, atesa la vinculació amb la normativa de contractació pública, fer algunes consideracions de caràcter general en relació amb aquesta qüestió que siguin aplicables qualsevol qui sigui el concessionari de l'explotació dels hipòdroms.

La normativa reguladora de la contractació pública no regula la novació subjectiva de la part contractant, tot i que això es produeix ocasionalment en el cas de successió en la personalitat jurídica o en l'exercici de les competències d'una entitat del sector públic, però sí regula la subrogació del contractista, per exemple en l'article 85, en relació amb els casos de successió d'empresa, i en l'article 223, per als casos de cessió dels contractes.

La subrogació del concessionari en la posició jurídica que ocupa l'Administració en els contractes administratius subscrits amb anterioritat a la formalització de la concessió, implicaria que aquell, que amb caràcter general és una persona física o jurídica sotmesa al dret privat, substituïria l'Administració en tots els drets i les obligacions que deriven del contracte. No obstant això, s'ha de dir que, atès que l'Administració està subjecta al dret administratiu i el concessionari no, s'hauria de considerar que no és possible aquesta novació contractual, sinó que els contractes preexistents s'han de continuar executant en els seus propis termes. I això no només pel diferent règim jurídic aplicable als contractes en funció de la naturalesa jurídica de l'entitat contractant, sinó també perquè ja no es tractaria d'un contracte públic i perquè els contractes s'han de complir d'acord amb les seves clàusules i per la durada que se n'hagi establert, tot això sens perjudici que es puguin resoldre si aquests contractes preveuen, com a causa de resolució, la cessió de l'explotació dels hipòdroms a un tercer, o de mutu acord. En aquests casos res no impediria que es resolguessin i que el concessionari pogués subscriure els contractes que consideràs convenient.

S'ha de dir que l'aplicació de la normativa en matèria de contractació no depèn de si l'activitat que s'ha de dur a terme té interès general o no en té, sinó de si



L'entitat contractant i l'objecte estan sotmesos a aquesta normativa.

Per tant, el caràcter dels contractes que siguin necessaris i el règim jurídic que hi és aplicable depenen de si el concessionari és una entitat inclosa en l'àmbit subjectiu d'aplicació del TRLCSP o no ho és.

Conclusió

1. La cessió de l'explotació dels hipòdroms que són competència de l'Institut de l'Esport Hípic de Mallorca no és un contracte de gestió de serveis públics en la modalitat de concessió, sinó, més aviat, una concessió demanial i, per tant, està sotmesa al règim jurídic que estableix la normativa en matèria de patrimoni. L'atorgament d'una concessió demanial només es pot fer de forma directa en els casos que preveu aquesta normativa.
2. Quan un negoci jurídic tingui la consideració de contracte d'acord amb el Text refós de la Llei de contractes del sector públic, no és possible formalitzar-lo mitjançant un conveni de col·laboració, sinó que s'ha d'adjudicar d'acord amb els procediments que preveu la normativa de contractació.
3. La subrogació del concessionari en la posició jurídica que ocupa l'Administració en els contractes administratius subscrits amb anterioritat a la formalització de la concessió no és possible, atès que el règim jurídic aplicable als contractes en funció de la naturalesa jurídica de l'entitat contractant és diferent, que ja no es tractaria d'un contracte públic i que els contractes s'han de complir d'acord amb les seves clàusules i per la durada que se n'hagi establert, tot això sens perjudici que es puguin resoldre si aquests contractes preveuen, com a causa de resolució, la cessió de l'explotació dels hipòdroms a un tercer, o de mutu acord.
4. El caràcter dels nous contractes que hagi de subscriure el concessionari amb tercers a partir de l'inici de la concessió i el règim jurídic que hi és aplicable depenen de si el concessionari és una entitat inclosa en l'àmbit subjectiu d'aplicació del TRLCSP o no ho és.