

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 9/2009

INFORME 9/2009, DE 14 DE DISEMBRE DEL 2009. ELS CONTRACTES ADMINISTRATIUS ESPECIALS I LA SEUA APLICACIÓ EN LA LLEI 30/2007, DE 31 D'OCTUBRE, DE CONTRACTES DEL SECTOR PÚBLIC.

ANTECEDENTS

Amb data 17 d'abril del 2009, ha tingut entrada en esta Secretaria de la Junta Superior de Contractació Administrativa sol·licitud d'informe tramés per l'Ajuntament de Castelló de la Plana, amb el text literal següent següent:

“En l'Ajuntament que presidisc es planteja una qüestió la resposta de la qual no resulta fàcil d'obtindre i es tracta de la diferència entre el contracte administratiu especial i el contracte de servicis i de l'aplicació d'ambdues figures contractuals.

S'aplica en este Ajuntament el criteri mantingut en l'informe número 47/1999, de 21 de desembre, de la Junta Consultiva de Contractació Administrativa del Ministeri d'Economia i Hisenda, del qual es desprén que són dues les característiques que els diferencien, i de tot això deriva una conseqüència:

La primera característica seria els destinataris finals de l'objecte dels servicis o activitats, perquè si no és directament l'ajuntament, el contracte ha de qualificar-se com administratiu especial.

La segona seria el caràcter heterogeni de les prestacions que constituïxen l'objecte del contracte, perquè si les si estes prestacions són heterogènies impedix considerar al contracte com de servicis i caldria acudir al contracte administratiu especial.

D'altra banda, la conseqüència és que els contractes administratius especials no exigixen classificació del contractista.

Per raó d'estos criteris l'ajuntament, quan decidix contractar, com a regla general, si la prestació va dirigida a col·lectius de ciutadans/nes en general utilitza la figura del contracte administratiu especial. El contracte de servicis només s'aplica allí on l'ajuntament és directament destinatari de les prestacions (per exemple estudis geotècnics per als contractes d'obres, servicis de neteja de dependències municipals, etc.)

El dubte que sorgix és si l'ajuntament està o no aplicant correctament estes figures contractuals, ja que si observem l'annex II, relatiu als contractes de servicis, moltes de les seues categories serien de difícil aplicació, considerant els destinataris dels servicis, amb la qual cosa d'alguna forma s'està menyspreant l'aplicació del contracte de

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 9/2009

servicis, que és un dels contractes típics de la LCSP i que compta amb una regulació detallada. És a dir, pareix que s'invertix la regla general que estableix la Llei de Contractes del Sector Públic al considerar com a contractes clàssics el d'obres, el de subministrament i el de servicis, i atorga al contracte administratiu especial certa naturalesa residual respecte dels anteriors, al ser-los d'aplicació en primer terme les seues normes específiques i no les de la pròpia mateixa Llei de Contractes.

QÜESTIÓ:

Desitjaríem conèixer l'opinió d'eixa Junta Superior de Contractació en relació amb l'aplicació de la figura del contracte administratiu especial regulat en l'article 19.1 b) de la Llei de Contractes del Sector Públic.”

CONSIDERACIONS JURÍDIQUES

L'article 19.1 de la Llei de Contractes del Sector Públic, després de declarar el caràcter administratiu dels contractes d'obra, de concessió d'obra pública, de gestió de servicis públics, de subministrament i de servicis que subscriuen les administracions públiques, definix en l'apartat b) els contractes administratius especials de la forma següent:

“Els contractes d'objecte diferent dels anteriorment expressats, però que tinguen naturalesa administrativa especial per estar vinculats al gir o tràfic específic de l'administració contractant o per satisfer de forma directa o immediata una finalitat pública de l'específica competència d'aquella, sempre que no tinguen expressament atribuït el caràcter de contractes privats conforme al paràgraf segon de l'article 20.1, o per declarar-ho així una llei.”

A pesar que esta redacció és molt pareguda a la que figurava en la normativa anterior, la Llei de Contractes del Sector Públic (en endavant LCSP) introduïx una modificació substancial en els contractes administratius especials en relació amb la seua regulació en el text refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, aprovat per Reial Decret Legislatiu 2/2000, de 16 de juny, (en endavant TRLCAP), en l'article 5.2.b).

En efecte, l'actual règim tracta com aspectes separats els que definixen la seua naturalesa administrativa, que es pot predicar: a) perquè el seu objecte estiga vinculat al gir o tràfic de l'administració, o b) per satisfer de forma directa o immediata una finalitat pública de l'específica competència d'aquella. Mentre que en el Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques es vinculava el gir o tràfic de l'administració contractant precisament per satisfer de forma directa o immediata la finalitat competència de l'administració contractant.

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 9/2009

En este sentit, cal fer insistència en el fet que la mera presència de característiques intrínseques que facen necessària una especial tutela de l'administració no ha de condicionar la naturalesa administrativa del contracte ni, si és el cas, eixa naturalesa administrativa "especial". Si fóra així, qualsevol actuació de l'administració tindria com a conseqüència la naturalesa administrativa dels seus contractes i, si no fóra dels típics, tindria naturalesa especial.

Eixa vinculació al gir o tràfic o a la satisfacció directa d'una finalitat pública s'ha d'interpretar restrictivament i atendre l'específic àmbit d'actuació i de competències de l'administració contractant per a exigir una més directa relació entre l'objecte del contracte i el servei o la finalitat pública. De manera que este criteri no permetria qualificar com administratiu un contracte que perseguira una finalitat merament genèrica de l'administració contractant o una finalitat específica d'una altra administració distinta.

Així ho ha interpretat el Tribunal Suprem en Sentència de 27 de gener del 2007 i Sentència de 27 de maig del 2009: La visió de l'evolució que ha experimentat el concepte legal dels contractes administratius posa de manifest la voluntat del legislador de precisar el seu àmbit, en funció de la directa vinculació del seu objecte amb la satisfacció de l'interés públic, al qual estan ordenades les potestats administratives, i que són les que revisten de *imperium* l'actuació de l'administració i justifiquen les facultats -interpretatives i modificatives- que gaudix en les relacions contractuals. Així, s'aprecia que s'ha passat del desenvolupament regular d'un servei públic o de la presència de característiques intrínseques que facen necessària l'especial tutela de l'interés públic en l'execució del contracte a la vinculació al gir o tràfic específic de l'administració contractant, i a la directa o immediata satisfacció d'una finalitat pública de l'específica competència d'aquella, com a elements definitoris de la naturalesa administrativa del contracte que, permeten apreciar tanmateix un abandó de les posicions basades en un concepte ampli del servei públic, i així com de consideració de la vinculació a la satisfacció d'un interés general, per a atendre a l'específic àmbit d'actuació i de competències de l'administració contractant i per a exigir una més directa relació entre l'objecte del contracte i el servei o la finalitat pública».

És per això que la LCSP, a diferència del TRLCAP, fa insistència en el fet es tracte de contractes que no tinguen atribuït expressament el caràcter de privats, potser perquè este és l'àmbit on més confusions s'han produït. Estos contractes seran els enumerats en l'art. 20.1, entre els quals s'inclouen els que tenen com a objecte serveis de l'annex II, categories 6 i 26. Però a més, altres negocis jurídics expressament exclusos d'eixe caràcter administratiu, i que a vegades han donat lloc a confusió, com són els contractes patrimonials de les administracions públiques, que es regixen per la seua legislació específica (art. 4.1.p), i les concessions o autoritzacions sobre béns de domini públic

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 9/2009

(art. 4.1.o), que en molts casos s'han reconduït a estos contractes de naturalesa administrativa especial, al tractar-se de meres activitats econòmiques privades si bé d'ús comú (cafeteries, llibreries, locals de reprografia etc., en edificis públics).

Quant a la naturalesa administrativa especial per declaració de llei, este criteri no ha variat respecte de la legislació anterior i amb més motiu, és la mateixa LCSP la que l'ha tipificat en l'article 24, apartat 4, al regular el règim de la producció de béns i servicis amb els mitjans propis i servicis tècnics de l'administració. En efecte, al regular l'autoabastiment de l'administració amb els seus propis mitjans instrumentals permet, no obstant això i amb una sèrie de requisits, la contractació d'empresaris particulars en la fabricació de subministraments o en l'execució d'obres o de servicis i, en este cas, esta relació jurídica es tipifica com contracte administratiu especial:

“Quan l'execució de les obres, la fabricació dels béns mobles, o la realització dels servicis s'efectue en col·laboració amb empresaris particulars, els contractes que se subscriuen amb estos tindran caràcter administratiu especial, sense constituir contractes d'obres, subministraments o servicis, per estar la seua execució a càrrec de l'òrgan gestor de l'administració. La selecció de l'empresari col·laborador s'efectuarà pels procediments d'adjudicació establits en l'article 122, excepte en el cas previst en la lletra d) de l'apartat 1 d'este article. En els supòsits d'obres incloses en les lletres a) i b) de l'apartat 1, la contractació amb col·laboradors no podrà sobrepassar el 50 per cent de l'import total del projecte.”

Finalment, cal destacar que el destí de la prestació sobre tercers aliens a l'administració (per exemple els servicis socials), com una de les circumstàncies que caracteritzaven al contracte administratiu especial, ja no té subsistència en l'actual Llei de Contractes del Sector Públic, atesa la nova regulació del contracte de servicis.

En efecte, el contracte de servicis de la LCSP, lluny de continuar amb el concepte *ad intra* de l'art. 196 del Text Refós de la Llei de Contractes de les Administracions Públiques, segons la qual i de forma simple eren contractes de servicis els necessaris per al funcionament de l'administració, adopta definitivament el concepte de servicis de la Directiva 2004/18/CE: Són “contractes públics de servicis els contractes públics diferents dels contractes públics d'obres o de subministrament l'objecte dels quals siga la prestació dels servicis a què es referix l'annex II.”

L'article 10 de la LCSP estableix igualment, traslladant la directiva mencionada, que: “Són contractes de servicis aquells l'objecte dels quals són prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o dirigides a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o un subministrament. A efectes d'aplicació d'esta llei, els contractes de servicis es dividixen en les categories enumerades en l'annex II.” I cal tindre en compte que este annex comprén pràcticament totes les prestacions de servicis possibles a l'incloure-hi,

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 9/2009

junt amb 26 categories clarament delimitades, una categoria residual (la 27) que arreplega qualsevol altra prestació que s'ajuste a esta definició de servicis.

D'esta manera la LCSP, al traslladar el dret comunitari i fer obligatori el règim del contracte de servicis per a la contractació de les prestacions incloses en les categories enumerades en l'annex II, canvia radicalment l'esquema anterior del TRLCAP -que distingia contractes de servicis, de consultoria i assistència i administratius especials-independentment que el destinatari de la prestació siga un tercer alié a l'administració, o que l'objecte de la prestació compregua servicis de contingut múltiple, ja que del que es tracta és d'un contracte de caràcter oneros entre un poder adjudicador i un prestador de servicis que haurà de satisfer esta prestació segons les especificacions que determine l'entitat adjudicadora, a canvi d'un preu i dirigit a obtindre el resultat volgut per l'entitat contractant dins de l'esfera de les seues competències.

Per tant, de tot això, i sense desvirtuar este tipus de contracte administratiu, que per definició ha de tindre un objecte diferent dels tipificats en la LCSP, pot dir-se que la seua aplicació s'ha vist enormement minimitzada i possiblement reduïda als casos en què una llei així ho establisca.

CONCLUSIONS:

PRIMERA.- La consideració que un contracte té naturalesa administrativa especial requereix, a més que el seu objecte siga diferent dels expressats en l'article 19.1 a) de la Llei de Contractes del Sector Públic, que la seua vinculació al gir o tràfic de l'administració contractant i la satisfacció d'una necessitat d'interés general s'aprecie cas a cas i no s'interprete de manera àmplia o genèrica, sinó restringida, i ha d'atendre l'específic àmbit d'actuació i de competències de l'administració contractant i l'existència d'una directa relació entre l'objecte del contracte i el servici o la finalitat pública. No basta, doncs, la mera presència de característiques intrínseques que facen necessària o justifiquen una especial tutela de l'administració per a considerar la vinculació a la satisfacció d'un interés general o d'una necessitat pública

SEGONA.- No poden ser considerats contractes administratius especials els contractes privats a què es referix l'article 20.1 de la llei, ni els contractes patrimonials compresos en l'article. 4.1. p) ni aquells altre negocis que es puguen establir sobre béns de domini públic encara que la seua utilització siga comuna, els quals han de reconduir-se a concessions o autoritzacions, de conformitat amb l'article 4.1.o), i regir-se en ambdós casos per la seua normativa específica.

TERCERA.- La regulació del contracte de servicis de l'article 10 i annex II de la Llei de Contractes del Sector Públic no permet considerar de naturalesa administrativa especial

Ref. SUB/SCC/mv-jb
Asunto: Informe 9/2009

nombrosos contractes de l'administració que sí que tenien esta consideració d'acord amb l'anterior Llei de Contractes de les Administracions Públiques, però que hui per hui ja tenen en estos preceptes una conceptualió clara i concisa.

El present informe s'emet a l'empara del que disposa l'article 15 del Decret 79/2000, de 30 de maig, del Govern Valencià, pel qual es crea la Junta Superior de Contractació Administrativa de la Generalitat Valenciana, i no tindrà caràcter vinculant. Per tant, l'òrgan consultant podrà adoptar la seua decisió ajustant-se o apartant-se del criteri de la Junta, amb l'obligació de motivar la seua decisió en este últim cas.

LA SECRETÀRIA DE LA JUNTA

Vist-i-plau
EL PRESIDENT DE LA JUNTA
(p.s. art.1.1.a) Ordre d'11 de juny del 2001
DOGV 17/7/2001)

Margarita Vento Torres

APROVAT PER LA JUNTA SUPERIOR
DE CONTRACTACIÓ ADMINISTRATIVA
en data 14 de desembre del 2009

José Miguel Escrig Navarro