

Nº Extraordinario
Marzo 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA LCSP 2017

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**NÚMERO EXTRAORDINARIO
DE LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA.**

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA
CON LA LCSP 2017**

Volumen II

Número Extraordinario. Marzo 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina



Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

RELACION DE AUTORES	13
PRESENTACIÓN	
D. Jaime Pintos Santiago	15

Volumen I

I. COMPRA PÚBLICA Y VALORES

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017.	
D. José Antonio Moreno Molina	21

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	
D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y D. José Ignacio Herce Maza	35

LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.	
D. Francisco Puerta Seguido.....	61

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS EN LA CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.	
D ^a . Concepción Campos Acuña	101

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA

APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN LEGAL.
D. Álvaro García Molinero 119

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.
D^a. Beatriz Montes Sebastián 139

III. COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.
D^a. Consuelo Alonso García 159

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.
D^a. Belén López Donaire 177

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.
D. Javier Miranzo Díaz 207

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.
D^a. Beatriz Vázquez Fernández 229

COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.
D. Guillermo Yáñez Sánchez 247

IV. COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO UN AÑO DESPUÉS.

D. Juan Carlos García Melián 271

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

D. Martín María Razquin Lizarraga 289

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

D. Rafael Fernández Acevedo 309

LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza 335

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Villanueva Cuevas 361

V. COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES LOCALES

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

D. Juan Marquina Fuentes 385

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DÓNDE VAMOS CON LA LCSP.

D. Vicente Furió Durán 403

LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES
CONTRACTUALES.

D. Juan Alemany Garcías 425

BASES DE PUBLICACIÓN..... 449

Volumen II

VI. COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO
DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP 2017.

D. José Luis Aristegui Carreiro 466

EL DEUC Y SU MARCO DE UTILIZACIÓN EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D. Jaime Pintos Santiago 477

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN: UNA CUESTIÓN TODAVÍA PENDIENTE.

D. Jorge Fondevila Antolín 495

LOS CONTRATOS DE OPERADOR DE NOMBRES DE
DOMINIO DE INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D. Luis Moll Fernández-Figares 521

VII. PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA

LA NECESIDAD DE LA PLANIFICACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA,
DEL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Y DEL USO ADECUADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D^a. M^a. Rosario Delgado Fernández 545

VALORES ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS: COSTE Y BENEFICIO (EL PRECIO).

D. Juan Carlos Gómez Guzmán 567

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA RESPECTO DE LA SOLVENCIA POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.

D^a. Aitana P. Domingo Gracia 585

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

D. Luis Gracia Adrián 605

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

D. José Miguel Carbonero Gallardo 621

RESPONSABLE DEL CONTRATO "IN VIGILANDO".

D. Julián de la Morena López 643

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

D. Juan Antonio Gallo Sallent 657

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D. Roberto Mayor Gómez 673

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

D. Francisco Javier García Pérez 689

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN AÑO DE APLICACIÓN DE LA LCSP.

D. Javier Píriz Urueña 709

VIII. TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017. D ^a . Patricia Valcárcel Fernández	729
LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS PARA PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP Y EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LOS RIESGOS Y LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS. D. José Manuel Martínez Fernández	753
LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA. D. Javier Mendoza Jiménez	783
LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. D ^a . Estela Vázquez Lacunza	799

IX. COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y URBANISMO. D. Ángel José Cervantes Martín	819
BASES DE PUBLICACIÓN	839



JAIME PINTOS SANTIAGO
Director

BELÉN LÓPEZ DONAIRE
Coordinadora

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA
LCSP 2017**

José Antonio Moreno Molina	Jorge Fondevila Antolín
Jaime Rodríguez-Arana	Luis Moll Fernández-Figares
Muñoz	M ^a . Rosario Delgado
Francisco Puerta Seguido.	Fernández
Concepción Campos Acuña	Juan Carlos Gómez Guzmán
Álvaro García Molinero	Aitana P. Domingo Gracia
Beatriz Montes Sebastián	Luis Gracia Adrián
Consuelo Alonso García	José Miguel Carbonero
Belén López Donaire	Gallardo
Javier Miranzo Díaz	Julián de la Morena López
Beatriz Vázquez Fernández	Juan Antonio Gallo Sallent
Guillermo Yáñez Sánchez	Roberto Mayor Gómez
Juan Carlos García Melián	Francisco Javier García
Martín María Razquin	Pérez
Lizarraga	Javier Píriz Urueña
Rafael Fernández Acevedo	Patricia Valcárcel Fernández
Jose Ignacio Herce Maza	José Manuel Martínez
Antonio Villanueva Cuevas	Fernández
Juan Marquina Fuentes	Javier Mendoza Jiménez
Vicente Furió Durán	Estela Vázquez Lacunza
Juan Alemany Garcías	Ángel José Cervantes
Juan Luis Arístegui Carreiro	Martín
Jaime Pintos Santiago	



PRESENTACIÓN

El 9 de marzo se cumple un año de la entrada en vigor de la LCSP2017, de la inmensa mayoría de sus disposiciones, dado que unas pocas han entrado en vigor posteriormente y aun encontramos alguna aislada que todavía está pendiente para su entrada en vigor de desarrollo reglamentario.

Pero con tranquilidad se puede afirmar que la LCSP cumple un año, su primer aniversario, en el que ya ha tenido modificaciones y sobre la que se ciernen otras, ya en tramitación.

No trata esta presentación de hacer un balance de este primer año, algo que ya se ha realizado¹, sino de mirar al futuro y contribuir con este número extraordinario de la Revista Gabilex a la profesionalización de la contratación pública. Ese es el objetivo, contribuir en abierto a través de una herramienta como puede ser este manual que ahora publicamos para el uso y provecho de la comunidad de contratación pública.

¹ Véase por ejemplo MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., "Acertos, desacertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 159, ene-feb 2019, págs. 6-11. Número especial "La LCSP, un año después" coordinado por José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago.



Un gran número, por sus dimensiones, objetivos y autores/as, un destacadísimo número que hace del mismo algo extraordinario, dando cuenta así de lo que también representa para la Revista.

Un número que ideé, preparé y organicé desde cero, con la inestimable y siempre entregada colaboración en la coordinación de Belén López Donaire. Un número que humildemente me permito decir, después de tanto tiempo dedicado a la contratación pública y a esta Revista, me enorgullece dirigir.

Un número distribuido en bloques temáticos, que ya habla de compra pública y no de contratación pública. Bloques en los que encontramos asuntos concretos y autores/as de reconocida trayectoria. Un número que en definitiva dará mucho que leer.

Para ello no hay más que consultar el índice. 38 estudios, sobre temas importantes, escritos desde una visión plural y complementaria en la que se encuentra la visión del sector público estatal, autonómico, provincial, local, universitario, instrumental,... y el sector privado, también con representación diversificada; la visión jurídica, tecnológica, técnica, empresarial, académica y profesional, con varios puntos de vista (informático, jurista, auditor, abogado, gestor, ...); en conclusión la visión multisectorial y multidisciplinar que he pretendido enriquezca esta obra en abierto, en la Red de redes, para uso y disfrute de todos/as. Como decíamos al inicio, un gran número extraordinario.

Para finalizar, GRACIAS: a la Revista Gabilex, por la función jurídica y social que cumple y la oportunidad que supone para muchas personas (escritores y lectores); a la ya meritada coordinadora de este especial; a la totalidad de los/as autores/as partícipes del mismo, sin



cuyo trabajo no hubiera sido tampoco posible y, por supuesto, a los lectores que se acerquen a él, verdaderos protagonistas de este número extraordinario.

Jaime Pintos Santiago





**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BLOQUE VIII:
TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA
PÚBLICA**

Gabilex
Nº Extraordinario
Marzo 2019
<http://gabilex.castillalamancha.es>



Castilla-La Mancha

LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRATOS PARA PRESTAR SERVICIOS PÚBLICOS TRAS LA LCSP Y EL DIFÍCIL EQUILIBRIO ENTRE LOS RIESGOS Y LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES PRIVADAS.

José Manuel Martínez Fernández

Doctor en Derecho.

Vicesecretario General del Ayuntamiento de Valladolid.
Director del Observatorio de contratación pública local
del Colegio Oficial de Secretarios, Interventores y
Tesoreros de Administración Local

RESUMEN: La Ley de Contratos del Sector Público introduce cambios sustanciales en las formas de prestación en la gestión de los servicios públicos. Las entidades públicas han de elegir en cada caso la forma más eficiente y sostenible de prestar sus servicios, teniendo además en cuenta que la transferencia de riesgos y el equilibrio económico permitan a la vez cumplir las exigencias legales, evitar que las inversiones necesarias no computen como deuda pública y atraer la financiación privada necesaria.

ABSTRACT: The Spanish Public Sector Procurement Law

introduces substantial changes in the ways of management of public services. Public entities must choose in each case the most efficient and sustainable way to provide their services, taking into account that the transfer of risks and economic balance allow both to fulfil legal requirements, to avoid that the necessary investments do not count as public debt and attract the necessary private funding.

PALABRAS CLAVE: Concesión, riesgo operacional, riesgo y ventura, equilibrio económico

KEY WORDS: Concession contracts, operating risk, risk and chance, economic balance

SUMARIO: 1. El concepto de servicio público en la LCSP. Concesiones y contratos de servicios en la LCSP. 2. Los diferentes modos de prestación de servicios públicos. 3. La elección entre las diferentes formas de gestión sobre la base de la eficiencia, sostenibilidad y transferencia de riesgos. 4. Riesgo y ventura, riesgo operacional, equilibrio económico e inversión privada en los servicios públicos.

1. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN LAS LCSP. CONCESIONES Y CONTRATOS DE SERVICIOS EN LA LCSP

Las entidades públicas tienen su razón de ser en la prestación de servicios de interés general a los ciudadanos. La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) señala en su exposición de motivos que su objetivo es contribuir, mediante un sistema de contratación pública más



eficiente, transparente e íntegro, a la conseguir la prestación de **mejores servicios** a los usuarios de los mismos, y *"establece la obligación de los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y **servicios de gran calidad**"* (e.m. II y art. 145.4 LCSP)².

Pero el concepto de «SERVICIO PÚBLICO», no es unívoco, ni tiene una sola acepción legal, doctrinal ni jurisprudencial³ y la LCSP utiliza el término servicio público sin precisar a qué tipo de prestaciones en concreto se refiere. Simplificando, legalmente se utilizan dos conceptos diferentes de servicio público:

² La Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión, alude en su considerando uno a que los ciudadanos de la Unión deben *"disfrutar de unos servicios de **calidad al mejor precio**"*, y el art. 2.1 dispone que las autoridades nacionales, regionales y locales,... tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios" pero siempre *"garantizando **un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos**"*.

El artículo 27 del Reglamento (CE) 137/2007 habla de "otorgar eficacia y calidad a los servicios" (de transporte)

³ *"el concepto de servicio público, calificado frecuentemente como **polisémico**, no es ciertamente **una categoría dogmática unívoca**"*, señalaba la STS 23 de mayo de 1997. Sobre el concepto de servicio público puede verse el "Manual de Gestión de los Servicios Públicos Locales", BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel y BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Manuel, Edit. El Consultor, 2005, págs. 36 a 57.



- o Concepto estricto: son servicios públicos los que prestan las EELL a sus vecinos de forma obligatoria por venir impuestos por una Ley «servicios mínimos obligatorios» de los arts. 26 y 86.3 de la LBRL. *“El servicio público es así una actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por la Ley y que comporta, potencialmente, un derecho excluyente a su prestación”.* (STS 23 de mayo de 1997).
- o Concepto amplio: son servicios públicos locales todos los que prestan o reglamentan las EELL, en el ámbito de sus competencias, para satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal. Es la acepción utilizada en los artículos 25.1 y 85.1 de la LBRL; art. 31 del RSCL; art. 2 de la LRSAL 27/2013 o en la Orden en HAP/2075/2014, de 6 de noviembre, por la que se establecen los criterios de cálculo del coste efectivo de los servicios prestados por las entidades locales. Engloba esta acepción amplia de servicio público los «servicios de interés general», que incluye los servicios regulados o reglamentados, los servicios complementarios y los servicios mínimos obligatorios.

La LCSP utiliza el concepto amplio de servicio público al definir el contrato de concesión de servicios en su art. 15.1, al igual que lo empleaba el art. 8 del TRLCSP para el contrato de gestión de servicios públicos: *“El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, **la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia**, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio”.* Este precepto admite que cualquier servicio puede ser prestado contractualmente en régimen de concesión, con el sólo



requisito de que sea susceptible de explotación y se traslade al concesionario el riesgo operacional de dicha explotación. El artículo 284.1 de la LCSP incide en ello desde la misma acepción amplia de servicio público.

Sin embargo, los artículos 284.2 y 285.1 de la LCSP, se refieren a los servicios públicos en sentido estricto al indicar expresamente "**en los casos en que se trate de servicios públicos**". Y 312.a) crea una nueva figura jurídica a caballo entre los contratos de servicios y la concesión de servicios públicos del artículo 284.2, exigiendo el mismo régimen preparatorio que en las concesiones de servicios. La Ley tampoco precisa a qué servicios en concreto se refiere, y no ayuda a la categorización el concepto de "servicios especiales", relacionados en el anexo II de la Ley a aludidos en diferentes preceptos de la misma como «concesión de servicios especiales del Anexo IV», con unas exigencias singulares (arts. 131.2; 135.5; DA. 36^a; DA 47^a). Esta adicional distingue entre "contratos de concesión de servicios del anexo IV", y "contratos de servicios de carácter social, sanitario o educativo del anexo IV". Es decir, una misma prestación puede ser contratada con transferencia del riesgo de explotación al contratista, encontrándonos ante una concesión, o sin transferirle más riesgo que general de todos los contratos, como un contrato de servicios especiales.

La LCSP no cierra la utilización del contrato de concesión de servicios a los servicios mínimos obligatorios, servicios públicos en sentido estricto, sino que permite el recurso a esta figura que sea utilizada para prestar cualquier tipo de servicios con tal de que sea posible trasladar el riesgo operacional de la explotación al contratista. Sin embargo, cuando en la regulación de la concesión de servicios matiza que determinados requisitos solo se exigen en los contratos que se refieren



a "servicios públicos", puede entenderse que se refiere exclusivamente a los servicios mínimos obligatorios. Pero al establecer en el artículo 312.a) los mismos e imprecisos trámites que el artículo 284.2, nos conduce a que todos los "*servicios en favor de la ciudadanía*" pueden gestionarse por un tercero mediante «concesión de servicios», si el contrato trasfiera de manera efectiva al contratista el riesgo de la explotación, o por un contrato de «servicios en favor de la ciudadanía» del art. 312 si el contratista solo asume el riesgo y ventura normal de todo contrato. Sin embargo, al no precisar qué servicios en concreto pueden recibir esta calificación, el operador jurídico se encuentra ante la decisión de optar por el tradicional contrato de servicios (arts. 16 y 308 a 315 LCSP), o por el contrato que regula el artículo 312, que tiene la misma compleja y larga preparación que las concesiones de servicios, y algunas otras consideraciones idénticas en su ejecución. Esto sucede, por poner un ejemplo bien elocuente, en el contrato de ayuda a domicilio, hasta ahora tramitado generalmente como un contrato de servicios, pero que parece evidente que se tratan de prestaciones directas en favor de la ciudadanía, que obligaría tras la nueva LCSP a considerarlo y tramitarlo como un contrato del art. 312 de la misma.

2. LAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES.

Es tradicional categorización entre formas directa y indirectas de gestión de los servicios públicos. Aunque las modalidades de prestación siempre han tenido muchas alternativas organizativas y gestoras, las Leyes de Reacionalización y Sostenibilidad de la Admnsitración Local (Ley 2/2012), la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público 40/2015 y las Ley de Contratos del Sector Público



9/2017, han ampliado (y complicado) esas posibilidades. La distinción entre formas de gestión directa e indirecta se mantiene (el art. 284.1 LCSP, la «concesión de servicios» es una forma de gestión indirecta de servicios públicos), aunque con los importantes cambios en las modalidades de gestión contractual, especialmente por la desaparición del contrato de gestión de servicios públicos, y se completan con algunas novedades también en las formas de prestación colaborativa, con la participación extracontractual de entidades privadas y la contratación conjunta esporádica.

La clasificación en este contexto de las diferentes formas de prestación de los servicios públicos ofrece las siguientes modalidades:

- A. **GESTIÓN DIRECTA**, por la propia entidad, con sus propios medios. La gestión directa tiene las siguientes modalidades: GESTIÓN POR LA PROPIA ENTIDAD LOCAL, con o sin órgano especial de administración; ORGANISMO AUTÓNOMO LOCAL; ENTIDAD PÚBLICA EMPRESARIAL; SOCIEDAD MERCANTIL DE CAPITAL ÍNTEGRAMENTE LOCAL (art. 85.2 LBRL). No cita la LBRL las FUNDACIONES constituidas al amparo de la legislación estatal o autonómica de fundaciones⁴. Hay denominaciones de entidades públicas que no identifican su naturaleza jurídica, como las "Agencias", que suelen

⁴ El artículo 8.4 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones prevé que "*Las personas jurídico-públicas tendrán capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario*". Las leyes autonómicas de Fundaciones también prevén esta posibilidad. En el ámbito estatal, se refiere a ellas el artículo 2.2.2º.e) de la Ley General Presupuestaria 47/2003.

ser entidades públicas empresarias, o las “Fundaciones públicas del servicio” locales que son organismos autónomos (arts. 85 a 88 RSCL).

- B. **GESTIÓN INDIRECTA** por la propia entidad, contratando a una empresa para prestar el servicio, aunque bajo el control de la Administración titular del servicio⁵. La remisión del artículo 85.2.B LBRL ha de entenderse ahora hecha a la LCSP 9/2017, que modifica las tradicionales formas de gestión indirecta y prevé dos formas de prestación por un empresario privado mediante contrato:

B.1. CONCESIÓN DE SERVICIOS (arts. 15 y 284 a 297 LCSP): para prestaciones de servicio público en las que se transfiere el riesgo de la explotación al contratista (por ejemplo, la explotación del servicio municipal de agua o de transporte urbano de viajeros⁶).

Las tradicionales formas de gestión indirecta de servicios públicos que enumeraba el artículo 277 del TRLCSP, a las que se remite el artículo 85.4 han sido unificadas en la concesión, con la excepción de las

⁵ La STC de fecha 30 de abril de 2015, que analizó la gestión indirecta de los servicios públicos del Servicio Madrileño de Salud admite que el mantenimiento de un régimen público de un servicio no exige necesariamente de un sistema de gestión pública directa, siempre que se preserve la titularidad pública del servicio.

⁶ Siempre con la matización de que, por medio de algún tipo de subvención, pago fijo, o garantía de reequilibrio económico, no se garanticen rendimientos mínimos al concesionario (como ha rechazado siempre el art. 129.4 del RSCL, o puede verse en el RTACRC 562/2016, 15 de julio de 2016).



sociedades de economía mixta. El TRLCSP previa que *“La contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes modalidades”: CONCESIÓN, GESTIÓN INTERESADA, CONCIERTO, SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA*”. A estas formas de prestación se podrían añadir otras previstas en otras normas de régimen local estatal y autonómica, como el ARRENDAMIENTO DE SERVICIOS o las COOPERATIVAS⁷. En la práctica, de esas formas de gestión indirecta de servicios públicos, prácticamente sólo se ha venido utilizando la concesión, y en menor medida las sociedades mixtas. La exposición de motivos de la LCSP ya deja claro la desarticulación del contrato de gestión de servicios públicos y la disposición adicional 34^a remite en las referencias que se recojan en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos *“al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley*”. No obstante, hay autores que mantienen que por debajo de los umbrales comunitarios podría seguir utilizándose estas figuras siempre que se transfiera el riesgo de la explotación al contratista en los términos que impone la Ley⁸.

⁷ Al “arredramiento” como modo de prestación de los servicios locales se refieren los arts. 138 a 142 del RSCL y 95.2 TRRL y alguna normativa autonómica de régimen local. A las cooperativas”, el art. 104 TRRL y legislación estatal y autonómica de cooperativas, que prevé la participación pública en ellas.

⁸ Así, MERINO ESTRADA, Valentín, en el artículo “la concesión de servicios”, publicado en el número especial de la Revista de Estudios Locales CUNAL sobre la LCSP 9/2017, diciembre 2017, págs. 350 a 361. Y ya antes, FUERTES LÓPEZ, Mercedes, en Blog de espUBLICO, entrada del día 10 de junio de

B.2. CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA (arts. 14 y 247 a 283 LCSP). Las obras públicas que se gestionan en concesión albergan usualmente servicios públicos en sentido amplio, por ejemplo, instalaciones deportivas, culturales o sanitarias (como reconoce el artículo 14.2.b LCSP). No es fácil su distinción de las concesiones de servicios públicos con obras (285.2 LCSP) pues, aunque se suele indicar que en la concesión de obra pública es lo esencial la obra, mientras que en las de servicios la obra es accesoria a la explotación del servicio⁹, el hecho de que ambos tipos de concesión tengan la misma duración máxima, desmonta ese criterio (art. 29.5 LCSP).

B.3. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS A FAVOR DE LA CIUDADANÍA (art. 312 LCSP).

2016, Contratos excluidos de las Directivas europeas; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco L. "La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos", 27/05/2016, revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho número 60 (Iustel, abril 2016). En el Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 153/18, de 19 de octubre de 2018 cita aún el arrendamiento y el concierto como formas de gestionar de forma indirecta el servicio público de transporte, pág. 6.

Es mayoritaria sin, embargo, la opinión de la desaparición de las formas de prestación indirecta, salvo la concesión, sea a un tercero o a una sociedad de economía mixta. Véase por ejemplo, MORENO MOLINA, José Antonio y PINTOS SANTIAGO, Jaime, en "Los Contratos administrativos y su aplicación: obras, suministros, servicios y concesiones de obras y servicios", Edit. Wolters Kluwer, 2018, pág. 204.

⁹ Comunicación de la Comisión Europea, sobre concesiones en Derecho comunitario (DOCE C 121, 29-4-2000 (2000/C 121/02, apartado 2.3). IJCAE 25/2001, 15/2006, 4/2009.



Prestaciones de servicios público directamente a los usuarios en las que no se trasfiere el riesgo de la explotación al contratista (por ejemplo, la recogida de residuos sólidos urbanos).

B.4. CONTRATO DE SERVICIOS (art. 16 y 308 a 315 LCSP). Para atender la prestación de servicios públicos que no reciben directamente los usuarios ni el contratista asume el riesgo operacional (por ejemplo, el mantenimiento de la red semafórica o de alumbrado público).

B.5. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES (art. 25.1.b LCSP). Mantiene la LCSP esta categoría de contratos, en términos similares al TRLCSP, cuando una Ley de da tal carácter y para todos aquellos *"que tengan naturaleza administrativa especial por estar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella"*, y que no tengan atribuido el carácter de contratos privados. Estos contratos fueron utilizados para prestaciones servicios públicos en sentido general (servicios de restauración, monitores de autobuses escolares, servicios diversos en una piscina, ...), pero la expansión del contrato de servicios con la Directiva 2004/18 llevó a considerar los contratos administrativos especiales como una categoría residual¹⁰. Sin embargo, la relación de servicios del

¹⁰ Tanto por la doctrina científica como legal ha considerado contratos de servicios todas las prestaciones incluidas en el anexo II del TRLCSP, (IJCAE 55/05; 12/10, 45/11 y 65/11; 12/2012; IJCCA de Valencia 9/2009; Recomendación 1/2011 de la JCCA de Aragón; informe del Tribunal de Cuentas 1.113/2015...).

anexo IV de en la LCSP 9/2017 no incluye todos los servicios posibles (ni todos los del anexo II del TRLCSP), por lo que podría caber una revisión de ese carácter restrictivo de la categoría de contratos administrativos especiales, que puede utilizarse para contratar la prestación de servicios que, por su objeto o características de prestación, no tengan encaje ni en las concesiones de servicios ni en los contratos de servicios (por ejemplo, la explotación de un bar, cuando el objetivo esencial no es la obtención de un ingreso económico¹¹).

ISABEL GALLEGO CÓRCOLES en un trabajo sobre los contratos administrativos especiales publicado en la revista *El Consultor*, nº 100, de 2010, págs. 60ss. GIMENO FELIU, José María, del artículo "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP" *Revista Española de Derecho Administrativo* nº 156, octubre-diciembre 2012, pág. 35

¹¹ Parece desproporcionado que para establecer un bar en un inmueble público haya que hacer la compleja tramitación que la Ley exige para las concesiones de servicios y que haya luego que mantener el equilibrio económico de esa concesión. Discrepamos por ello de esta calificación que hace el ATARC Madrid 49/2017, de 15 de febrero; la RTACRC 668/2018, de 12 de julio de 2018; o el IJCCA de Aragón 13/2018, de 30 de mayo, por ejemplo,. Nos parece más adecuado considerarlo como concesión demanial, si el objetivo principal de la entidad titular de bien es la obtención de una rentabilidad económica por éste (Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 366/2017), o la de un contrato administrativo especial (que pese a su carácter restrictivo, sigue existiendo), cuando el objetivo sea también ofrecer un servicio de restauración a los empleados públicos o usuarios del inmueble en cuestión (criterio que habían mantenido la RTACRC 192/2011, de 20 de julio; 18/2013, de 7 de marzo; 29/2014, de 17 de enero; 558/2014, de 18 de julio 18/2013, de 17 de enero; IJCCE 14/91, de 10 de julio, 5/96, de 7 de marzo; 28/07, de 28 de



B.6. CONCESIÓN DE DOMINIO PÚBLICO (art. 78 RBEL). La concesión demanial puede utilizarse para que los particulares ofrezcan prestaciones de servicio público en sentido amplio, como actividades de restauración (bares o quioscos en espacios públicos), de ocio o deportivas (parque de actividades, un campo de golf); incluso se han calificado en alguna ocasión como tal la concesión de un aparcamiento subterráneo (IJCAE 41/09, de 1 de febrero de 2010). La remisión que hace el art. 78 el RBEL al RSCL entendemos que se refiere los servicios públicos en sentido estricto¹². También se acude en ocasiones a instituciones jurídicas más próximas al derecho privado (y al urbanístico) para realizar determinadas actividades de servicio público en sentido amplio asentadas sobre bienes patrimoniales, como el DERECHO DE SUPERFICIE.

C. En **ASOCIACIÓN con otras entidades o instituciones o privadas**: En realidad estas asociaciones, con o sin personalidad jurídica, prestarán los servicios bien directamente, bien mediante contratos. También a en este modo de prestación introduce novedades la LCSP:

julio de 2007; ICCCA Andalucía 10/2010 y 10/2016, de 17 de octubre; etc.).

¹² La RTARC de Andalucía 276/2018, de 4 de octubre de 2018. "Concesión demanial para el uso privativo del inmueble consistente en Tanatorio, sito en calle Arrecife s/n de Ayamonte (Huelva)". Rechaza el TARC que se trate de una concesión de dominio público, por el carácter predominante de la prestación del servicio frente a la explotación del bien demanial y lo califica como concesión demanial.



C.1. Formas asociativas públicas personificadas, con las singularidades nominativas en la normativa autonómica: CONSORCIOS, MANCOMUNIDADES, ÁREAS METROPOLITANAS, COMARCAS, Agrupaciones Europeas de Cooperación Territorial (AECT, D. A. 26ª LCSP¹³).

C.2. Formas asociativas sin personalidad propia: «CONTRATACIÓN CONJUNTA ESPORÁDICA», varias entidades del sector público puedan acordar la realización conjunta de contrataciones específicas (art. 31.2, que traspone de manera literal el artículo 38 de la Directiva 2014/24).

C.3. CONVENIOS y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN celebrados entre sí por Administraciones y Universidades Públicas, *"para garantizar que los servicios que les incumben se prestan de modo que se logren los objetivos que tienen en común"*, prevista en el artículo 6 de la LCSP y 11 LRJ 40/2015 (un ejemplo pueden ser las depuradoras de aguas residuales en entre municipios próximos, o la encomienda de la recaudación municipal a las Diputaciones).

C.4. SOCIEDADES DE ECONOMÍA MIXTA de capital público mayoritario (D.A. 22ª LCSP). La LCSP no las contempla como una forma de gestión indirecta de un servicio público, sino como una personificación de "colaboración mercantil" entre el sector público y el privado para la explotación de concesiones de obras y de servicios. La

¹³ Constituidas principalmente para captar y gestionar fondos comunitarios, podrían prestar algún tipo de servicio para todas las entidades agrupadas, como promoción turística, por ejemplo

concesión que se les puede otorgar directamente si la selección del socio privado ha sido realizada por el procedimiento de adjudicación de la ley para la contratación de concesiones para prestar el servicio que constituye el objeto de la sociedad (algo que se venía haciendo así en la práctica¹⁴), o porque posteriormente resultan adjudicatarios de otro contrato en el correspondiente procedimiento de licitación.

D. **GESTIÓN COLABORATIVA** a través de entidades "tercer sector".

D.1. PRESTACIÓN EXTRACONTRACTUAL DE SERVICIOS A LAS PERSONAS: determinados servicios sociales se pueden prestar sin celebrar contratos públicos, mediante la simple financiación (que puede articularse vía convenio) o la concesión de licencias o autorizaciones de acuerdo con la norma autonómica. Los conciertos sociales que regulan la legislación autonómica son el mejor ejemplo de ello¹⁵.

D.2. Los CONVENIOS DE COLABORACIÓN CON ENTIDADES CON PERSONALIDAD JURÍDICA PRIVADA para colaborar en determinados aspectos

¹⁴ Este planteamiento ya lo defendía en el artículo "Las sociedades municipales de economía mixta", MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, publicado en la Revista de Estudios Locales CUNAL, nº 23, Septiembre-octubre de 1998, págs. 36 a 68.

¹⁵ Regulados, por ejemplo, en el Decreto 41/2018, de 20 de febrero, por el que se regula el concierto social para la prestación de los servicios sociales en Andalucía o la Ley 13/2018, de 26 de diciembre, de conciertos sociales para la prestación de servicios a las personas en los ámbitos social, sanitario y sociosanitario en Extremadura.



de prestación de servicios públicos, siempre que la actividad no constituya el objeto de un contrato (art. 6.2 LCSP). Convenios con asociaciones de vecinos para realizar determinadas actividades subvencionadas o con colegios profesionales para colaborar en determinadas tareas administrativas.

- E. Servicios **REGLAMENTADOS**, prestados por particulares servicios públicos prestados por particulares sometidos a regulación y licencia municipal, del que el más generalizado es el de los taxis (y en el ámbito estatal los estancos).

3. LA ELECCIÓN ENTRE LAS DIFERENTES FORMAS DE GESTIÓN SOBRE LA BASE DE LA EFICIENCIA, SOSTENIBILIDAD Y TRANSFERENCIA DE RIESGOS.

La Ley 27/2013, de 27 de diciembre de Racionalización y sostenibilidad de la Administración Local, introduce una nueva exigencia que ha de tenerse en cuenta para gestionar de manera indirecta un servicio público, para poder prestarla mediante un contrato de gestión de servicios públicos: acreditar que la forma elegida es la «más **SOSTENIBLE y EFICIENTE**», de entre las formas de gestión que relaciona el precepto, directas o indirectas (contractual, art. 277 del TRLCSP) (art. 85.2 de la LBRL). Este mandato ya se deducía del principio de eficiencia y de la exigencia de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera que para celebrar cualquier tipo de contrato por una Administración demanda el art. 7.3 de la Ley de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (Ley 2/2012).

El artículo 85.2 de la LBRL deja claro que la elección de la forma de gestionar un servicio público local ha de realizarse en función del mejor cumplimiento de los



principios de sostenibilidad financiera y eficiencia, tanto si se opta por una forma de gestión directa, como indirecta o contractual¹⁶. Del precepto se deduce la prioridad de la gestión directa, con o sin organismo autónomo, frente las formas societarias de gestión pública (entidad pública empresarial local o sociedad mercantil local), y parece que también de las formas contractuales de gestión indirecta frente a las societarias públicas si se trata de servicios económicos para los que el derecho administrativo no sea lo más conveniente. Ello por la menor exigencia de motivación para la gestión directa 'pura' que para el resto. En todo caso entendemos que es necesario justificar adecuadamente que la forma elegida es la más sostenible y eficiente de entre las posibles.

Ha de tenerse también presente el carácter subsidiario de la contratación frente a la realización directa de las prestaciones que precisa realizar el sector público para cubrir sus necesidades, como se deduce de los arts. 1.1, 30.3, 63.3.a, 28.2, 116.1 de la LCSP. El artículo 30.3 de la LCSP dispone que la prestación directa es la forma normal de ejecutar las competencias de las Administraciones públicas y es la prestación contractual la que imperativamente ha de motivarse: *"La prestación de servicios se realizará normalmente por la propia Administración por sus propios medios. No obstante, cuando carezca de medios suficientes, previa la debida justificación en el expediente, se podrá contratar de conformidad con lo establecido en el Capítulo V del Título II del Libro II de la presente Ley"*. La exigencia de acreditar que no se dispone de medios propios se recoge de manera explícita en la LCSP en relación con el contrato de servicios (arts. 30.3, 63.3.a y 116.4.f), pero



entendemos que es una exigencia para cualquier tipo de contrato, como se deduce la exigencia de justificación de una "*necesidad*" que ha de acreditarse y "*solo*" en ese caso se puede celebrar un contrato (arts. 1.1, 28.1 y 116.1 LCSP) y desde luego, el principio de eficiencia en la gestión de fondos públicos no permite contratar fuera trabajos para cuya realización se dispone de medios propios, como se deduce del art. 1.1 LCSP (eficiencia del gasto para atender las necesidades públicas a satisfacer e idoneidad del contrato para cubrirlas) y del artículo 7.3 de la LOEPSF. Entendemos por todo ello que la LCSP parte de la **subsidiariedad de la gestión contractual frente a la prestación directa**¹⁷. El Tribunal de Cuentas ya con la legislación anterior había recomendado que "*resulta especialmente relevante justificar la necesidad de la contratación, no sólo en sí misma, sino con indicación de los motivos por los que se*

¹⁷ Y aunque es cierto que la LCSP y la LRJ establecen más exigencias para la concertación de prestaciones con medios propios, y no compartimos la idea de que la LCSP promueva la subsidiariedad de lo público, como apuntan algunos autores (TEJEDOR VIELSA, J.), ni entendemos que "en puridad, cualquier administración pública puede contratar sin más límites que el ordenamiento jurídico y el interés general", como señalan GIMENO FELIU, J. M., SALA SÁNCHEZ, P. y QUINTERO OLIVARES, G. (en el trabajo "El interés público y su satisfacción con la colaboración público-privada. Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica", publicado por la Cambra de Comerç de Barcelona, mayo de 2017, pág. 25). TEGEDOR VIELSA, Julio, considera que la regulación en la LCSP de los trabajos por administración; los encargos a medios propios las restricciones a la "republicación", vía rescate, de la gestión indirecta; o la regulación de las sociedades mixtas, suponen una regulación restrictiva de la prestación directa. E «La contratación pública en España ¿sobreregulación o estrategia», Edit. Civitas- Thomson Reuters 2018, págs. 89 a 102.



acude a la contratación externa y no se presta con medios propios" debiéndose realizar un estudio comparativo de costes que permita constatar que la que la prestación mediante medios externos resultaba más económica para la hacienda municipal.

Pero incluso una vez acreditada la necesidad de celebrar un contrato para prestar un servicio, público o no, el órgano de contratación no dispone de libertad absoluta para decidir el tipo de contrato que puede hacer. Como se ha señalado en el epígrafe anterior de este trabajo, en función de los destinatarios de las prestaciones objeto del contrato, puede que se haya de celebrar un contrato de servicios en favor de la ciudadanía del art. 312, cumplir los principios y demás exigencias que impone la disposición adicional 48^a, y solo podrá concertar un contrato de concesión de servicios o de obras si es capaz de transferir al concesionario el riesgo operacional de la explotación con el alcance que exige el artículo 14.2 de la LCSP.

Todo ello supone que la potestad de autoorganización de las entidades locales para prestar sus servicios (art. 4.1.a) de la LBRL), está altamente condicionada y ha de motivar adecuadamente la elección de la forma de gestión de un servicio en términos de eficiencia y sostenibilidad, en una memoria elaborada al efecto analizando de forma comparativa entre las diferentes opciones (art. 85.2 LBRL), la necesidad de celebrar un contrato y el tipo de contrato en concreto adecuado al servicio de que se trate y a la sujeción de riesgos en el mismo. Es la limitación se ha de tener muy presente no solo para decidir prestar un servicio de manera indirecta mediante un contrato, sino también a la hora decidir

“remunicipalizar” un servicio externalizado¹⁸.

4. RIESGO Y VENTURA, RIESGO OPERACIONAL, EQUILIBRIO ECONÓMICO E INVERSIÓN PRIVADA EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS.

Todos los contratos se celebran a «riesgo y ventura» del contratista, principio clásico y general que se recoge en el artículo 197 de la LCSP (como todos sus precedentes al menos desde el artículo 46 de la LCE de 1965). Los Tribunales inciden en que *“frente a la legítima aspiración de obtener beneficios, (el contratista) asumió el riesgo de sufrir pérdidas como consecuencia de cálculos erróneos o de la aparición de inesperadas circunstancias incidentes en la ejecución del contrato, porque éstas son las consecuencias del carácter aleatorio de este tipo de relaciones jurídicas”* (STS de 6 mayo 1988)¹⁹.

¹⁸ Puede verse al respecto, MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, en los artículos “La remunicipalización de servicios”, El Consultor de los Ayuntamientos, nº 9, mayo de 2017, pág. 1195, Editorial Wolters Kluwer; y “La remunicipalización del agua en el ayuntamiento de Valladolid” (este junto a REDONDO ARRANZ, Teresa), publicado en Cuadernos de Trabajo Waterlat-Gobacit, Vol. 5, nº 1, marzo de 2018, accesible en <http://waterlat.org/es/vol5no1/>.

¹⁹ Referencias al riesgo y ventura en igual sentido pueden verse en las STS de 21 de octubre de 1981; de 6 mayo 1988; 14 de diciembre de 1989; 8 de octubre de 1991; 6 de octubre 1992, 11 de febrero de 1998; STS de 30 de abril de 1999; 22 de noviembre de 2001; STS de 16 de mayo de 2008, rec. casación 328/2006; STS de 27 de octubre de 2009 rec.763/2007; STS de 24 de marzo de 2015; STSJ de Castilla y León nº 1109/11, de 16 de mayo de 2011;). STSJ del País Vasco de 28 de febrero de 2017, rec. 622/2015; STS de 6 de noviembre de 2015, rec, 2785/2014; STS, Sala 3ª, de 31 mayo de 2016: St. del Juzgado C-A nº 3 de Valladolid, de 3 de



El principio de riesgo y ventura en los contratos de gestión de servicios públicos, como ahora en las concesiones de obras y servicios, se ve muy matizado por el principio de «mantenimiento del equilibrio económico del contrato», que rompe la regla de inmutabilidad de los contratos en favor de la inmutabilidad de servicio, para garantizar la pervivencia de los servicios frente a contingencias ajenas a la gestión del contratista e imprevisibles para éste (*ius variandim, factum principis* y riesgo imprevisible, si bien este se ha reducido desde el TRLCSP y en la LCSP a los supuestos de fuerza mayor del art. 239 de la LCSP). Este principio, que entronca con el civilista *rebus sic stantibus*, trata de que se mantenga durante la duración de la concesión la situación de equivalencia entre los derechos y obligaciones de las partes a lo largo del plazo contractual, configurado también por la jurisprudencia como un principio de derecho necesario en las concesiones, un derecho y un deber para ambas partes de la relación contractual, regulado ahora en los artículos 270.1 y 290.2 de la LCSP.

La doctrina legal y jurisprudencial ha desarrollado una consolidada doctrina en la que trata de asegurar la **coordinación o coexistencia de los principios de «riesgo y ventura» y «mantenimiento del equilibrio económico»**, de manera que la garantía del servicio no se convierta en seguro para el contratista y cualquier riesgo quede cubierto por la Administración. La

septiembre de 2018; Dictamen 1186/2010, de 16 de diciembre de 2010, del Consell Jurídic Consultiu de la Comunitat Valenciana; RTARC Andalucía 276/2018, de 4 de octubre de 2018; etc.

Sobre el principio de riesgo y ventura puede verse el artículo CANDELA TALAVERO, José Enrique, "el riesgo y ventura en la contratación administrativa", la Revista de Estudios Locales CUNAL, diciembre de 2012.



STS de 24 de abril de 1985, incide en que *"hay que dejar a cargo del concesionario lo que se ha llamado "el alea normal del contrato" es decir, la pérdida o beneficio que hubiera podido preverse normalmente, ya que un seguro total, que garantice el concesionario de todos los riesgos eventuales de la empresa, y los traslada a la Administración en su integridad, vendría a establecer un desequilibrio"*²⁰. Y es que, como señalaba el profesor SOSA WAGNER *"un concesionario que tiene sus espaldas siempre a cubierto por los dineros públicos no es un empresario, es la misma administración y para hacer ese viaje para nada se necesita la alforja de la concesión que se gestiona –ya lo sabemos- a riesgo y ventura"*²¹.

Esta coordinación entre ambos principios se ha tratado de articular sobre la base de un reparto del

²⁰ En este mismo sentido pueden verse STS de 13- de noviembre de 1986, RJ. 8072; 9 de octubre de 1987, RJ. 8326; STS de 21 de enero de 1991, Arz. 548S; TSJ Cataluña de 4 de octubre de 2004, RJCA 2004\308469. La STSJ de Madrid 434/2013 de 19 de diciembre expresa esa necesaria coexistencia en los términos siguientes: *"la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que el equilibrio económico de la relación contractual administrativa, fundada en el principio de igualdad proporcional entre las ventajas y cargas del contrato (...), ha de relacionarse con el principio de "riesgo y ventura", ya que el equilibrio financiero es una fórmula que no puede aplicarse de forma indiscriminada de modo que sea una garantía ordinaria de los intereses del contratista, como si se tratase de un seguro gratuito que cubre todos los riesgos de la empresa."*

²¹ "La gestión de los servicios públicos locales", SOSA WAGNER, Francisco, Ed. Cívitas, Madrid 2008 (7ª edición), pág. 280.



desequilibrio²², si bien este reparto no ha sido ni recogido por la Ley ni cuantificado por los Tribunales²³. Sin embargo, esta convivencia cohonestada entre riego y ventura y equilibrio económico se ha incumplido en la práctica con demasiada frecuencia en perjuicio del interés público. Como ha expuesto con notables ejemplos FUERTES LÓPEZ, *"las venturas sí son acogidas por los empresarios, pero los riesgos y sus desventuras quedan para la Hacienda Pública"*, produciéndose un *"traslado al erario público de colosales deudas de proyectos fracasados"*²⁴.

²² MESTRE DELGADO, Juan Francisco en *"Tratado de Derecho Municipal"* coordinado por MUÑOZ MACHADO, Santiago, cit. págs. 246 a 249; SOSA WAGNER, Francisco, en *"La gestión de los servicios públicos locales"*, cit., pág. 275; GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *"Curso de Derecho Administrativo"* cit., págs. 780 a 781; BALLESTEROS FERNÁNDEZ, Ángel *"Manual de Derecho Local"* Editorial Comares, 2005, pág. 469. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco J., Edt. Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pág. 164. STS de 21 de octubre de 1980, Arz. 4005; 14 de marzo de 1985, Arz. 1592; 24 de abril de 1985, Arz. 2229; 13 de noviembre de 1986, Arz. 8072; etc.

²³ "Contratación Pública y transparencia. Medidas prácticas para atajar la corrupción en el marco de la nueva regulación", MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, José Manuel, Editorial Wolters Kluwer- El Consultor de los Ayuntamientos, 2016, pág. 336.

²⁴ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, "Las desventuras del dinero público. Elegía al principio de «riesgo y ventura»", Edt. Marcial Pons, Madrid, 2018, pág. 9. En el estudio de lo sucedido con importantes concesiones estatales fallidas: el almacén subterráneo de gas del mediterráneo, las autopistas radiales de Madrid y la concesión ferroviaria; y cita muchas bien conocidas, como aeropuertos, tranvías, desaladoras, etc. Constata la profesora Fuertes que *"se ha reducido el riesgo del concesionario hasta anularse y generar una dichosa fortuna"*,

En este difícil equilibrio del riesgo y ventura y el equilibrio económico en los contratos concesionales, la Directiva de concesiones incorpora la doctrina del TJUE que distingue los contratos de servicios de las concesiones en el traslado o no al contratista del «riesgo operacional de la explotación» de la obra o servicio, doctrina que ya había sido asumida por nuestros Tribunales y órganos consultivos con anterioridad a la nueva LCSP²⁵. Ésta recoge en su artículo 14.2 el concepto de riesgo operacional del artículo 5 y considerando 20 de la directiva 2014/23.

El riesgo operacional es un riesgo que escapa del control del concesionario y dependerá de las incertidumbres del mercado en tal grado que el concesionario no tiene *"garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, (...) vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación*

produciéndose un claro *"enriquecimiento sin causa del concesionario que originaría un daño enorme a la Hacienda Pública"*, pág. 149.

²⁵ El TJUE ha sentado una clara doctrina para diferenciar el contrato de servicios del de concesión, sobre el traslado del riesgo de la explotación, entendido como riesgo de demanda, al concesionario como requisito esencial de las concesiones. Esta doctrina fue asumida expresamente por los órganos revisores y consultivos de nuestro país: STJCE de 18 de julio de 2007, Comisión Italia, C-382/05; STJU 27 de octubre de 2016, asunto C-292/15; el IJCAE núm. 4/08; IJCCA de Valencia 4/2011; IJCAE 65/08, de 31 de marzo de 2009, 22/09, de 25 de septiembre de 2009; RTACRC 267/2013; RTACRC 634/2014, 12 de septiembre; RTACRC 703/2015, de 24 de julio; RTACRC 562/2016, de 15 de julio; RTARCCYL 77/2015; etc.



*de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable” (art. 14.2 LCSP). Es **un riesgo adicional al riesgo y ventura** tradicional, que se superpone a éste, como señala expresamente el considerando 20 de la Directiva 2014/23²⁶.*

El riesgo operacional abarca el «riesgo de demanda», el «riesgo de suministro» o ambos (art. 14.2 LCSP). El primero supone trasladar al concesionario el riesgo de la utilización o frecuentación de la obra o servicio (arts. 267.2 y 289.1); sobre el riesgo de suministro no se especifica en la LCSP su alcance y la Directiva 2014/23 solo indica que puede ser, *“en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la oferta”* (cdo. 20 D. 2014/23). El riesgo de suministro, podría referirse también a los aprovisionamientos que el licitador precise para prestar el servicio y que haya de obtenerlos del mercado (como lo suministros energéticos, o el propio bien objeto del servicio que se ha de prestar a los usuarios/consumidores finales, como la compra del agua en alta para el posterior abastecimiento domiciliario, que analizó el IJSCA de Valencia 3/2018); o aquellos casos en los que, como consecuencia de un exceso de demanda, el contratista no pueda prestar el servicio concesionado en las condiciones de calidad previstas (embotellamientos de

²⁶ Este considerando parafrasea la STJUE sentencia de 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09, apartado 24. Ya se había apuntado a este criterio en la STJUE de 10 de septiembre de 2009, asunto Wasser.



tráfico, listas de espera), pues esos riesgos sí pueden influir en los resultados de la explotación y no son controlables por el concesionario. Aunque hay quien entiende que el «riesgo de suministro» incluye el «riesgo disponibilidad», sin embargo no figura en el texto final de la Directiva, pese a que sí aparecía en el proyecto de 2011 y se admite en el SEC 2010. Y es que la disponibilidad de la obra o servicio no está sometida a las incertidumbres del mercado, sino solo a la capacidad gestora del concesionario. Por ello, la previsión de que el pago de las concesiones se pueda hacer teniendo en cuenta el grado de disponibilidad de las mismas, como prevé el art. 267.4 de la LCSP, consideramos, con la JCCA de Cataluña en su informe 9/2016, de 1 de diciembre, que sólo *“se podría entender que se encuentra incluido en el concepto de riesgo operacional, pero sólo si esta falta de disponibilidad es debida a factores externos a la propia empresa contratista –por ejemplo, si fuera consecuencia del “riesgo tecnológico” asumido”*.

Como ha señalado el profesor HUERGO LORA, A., la Directiva 2014/23 y la LCSP tratan de coordinar las normas de contratación y la doctrina del TJUE sobre las concesiones y las normas contables SEC-2010²⁷, de modo que un contrato tramitado como concesión sea considerado contablemente como tal, *“es decir, sin imputar el montante total de la inversión al déficit público”*. Y teniendo en cuenta, además, que, si el riesgo es elevado, el contrato no será interesante para las empresas, y si es muy limitado, no lo será para la

²⁷ Reglamento (UE) núm. 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013 relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea.



Administración porque computará como deuda y déficit²⁸. Sin embargo, la Directiva parece más centrada en incorporar el criterio del TJUE de exigir que en las concesiones el contratista asuma un riesgo real de mercado, un riesgo cuyo control no está en su mano.

En todo caso, el «riesgo operacional», determinante de la existencia de una concesión, ha de coexistir con el «riesgo u ventura» ínsito en todo contrato y con el principio de «mantenimiento del equilibrio económico de la concesión». Pero la exigencia comunitaria de que el concesionario quede expuesto a las incertidumbres del mercado, sin garantías de rendimiento mínimo (rechazado ya por el art. 129.4 del RSCL) y sometido a pérdidas no desdeñables, que incluso pueden no cubrir los costes de explotación ni las inversiones realizadas, entiendo que debe llevar a un replanteamiento del principio de equilibrio económico concesional. Y ello no es nada sencillo, porque si la garantía del equilibrio económico mitiga en exceso el riesgo operacional de manera que las pérdidas potenciales sean testimoniales, no podremos calificar el contrato como concesión (RTACRC 562/2016, de 15 de julio²⁹).

²⁸ HUERGO LORA, Alejandro, «El riesgo operacional en la nueva Ley de contratos del sector público», publicado en la Revista de Derecho Administrativo nº 4 (Nueva Época), enero-diciembre 2017 (págs. 31 a 51), pág. 50.

²⁹ Por ello la RTACRC 562/2016, de 15 de julio, rechazó la calificación como concesión el contrato servicio público de abastecimiento de agua potable del Ayuntamiento de Culleredo (A Coruña): "A la vista de la citada Cláusula 26 del PCA resulta que no existe traslación del riesgo pues la retribución del adjudicatario está constituida no sólo por las tarifas aprobadas por el Ayuntamiento sino también por las subvenciones que, en su caso, fuesen necesarias para el mantenimiento del equilibrio económico del contrato", lo que



Por ello, **la transferencia de riesgos es un tema que debe manejarse con sumo cuidado en los estudios económicos y en los pliegos**, pues si es necesario acudir a la financiación de los mercados para la inversión que haya que realizar, se puede correr el riesgo de que no se encuentre esa financiación si los riesgos para el capital privado son excesivos; como ya apuntó anticipadamente FUERTES LÓPEZ, han de medirse adecuadamente "*los riesgos del riesgo*"³⁰. La prestación contractual de servicios tiene un obvio condicionante externo a las entidades públicas: la explotación tiene que ofrecer una rentabilidad atractiva para el inversor privado, que espera recuperarla y obtener una rentabilidad algo superior a otros sectores con igual o inferior riesgo. De no ser así, no aportará su financiación, sus recursos, para la prestación de ningún servicio... Se ha de buscar un difícil equilibrio entre los riesgos reales que ha de asumir el concesionario durante la explotación de las obras o servicios y el derecho de éste a que se mantengan la honesta equivalencia entre los derechos y obligaciones del concesionario es a lo largo de la vida de la concesión. El PCAP el elemento esencial para asegurar la estabilidad jurídica y económica de la concesión, y

significa que, aunque se diga literalmente que el contrato se regirá por el principio de riesgo y ventura, lo cierto es que se garantiza al adjudicatario el mantenimiento del equilibrio económico. Ello significa que no hay realmente transferencia de riesgo, por lo que el contrato debe ser calificado como de servicios."

³⁰ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, "Los riesgos del riesgo de explotación (Crítica a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios). Capítulo V del libro "*Observatorio de Contratos Públicos 2012*", Ed. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2013, págs. 231-232.



debe articular la *"distribución entre la Administración y el concesionario de los riesgos relevantes en función de las características del contrato, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista"* (art. 250.1.m) y 285.1.c) de la LCSP).

CONCLUSIONES

Las entidades locales han de prestar sus servicios públicos de la forma más eficiente y sostenible posible entre todas las posibilidades gestión y prestación que ofrece la LCSP y la normativa de régimen local. En caso de resultar la modalidad selecciona la concesión, ha de tenerse especial cuidado en que la transferencia al contratista de los riesgos de la explotación sea lo suficiente como para se trate de efectivamente de una concesión por estar sometida las incertidumbres del mercado, pero sin que los riesgos que se transfieran al concesionario hagan que la concesión no sea atractiva para atraer hacia ella financiación privada.

RECOMENDACIONES

- Es necesario conocer todas las modalidades de prestación un servicio para poder elegir comparativamente cual es la que resulta en cada caso más más eficiente y sostenible.
- El juego en los pliegos de la transferencia al concesionario del riesgo operacional de la explotación, adicional al ordinario riesgo y ventura, junto con la regulación del principio del mantenimiento del equilibrio económico, debe



articularse de manera que no se desvirtúe la naturaleza del contrato, sea atractivo el servicio a explotar para los inversores y a la vez permita no computar la inversión como deuda a efectos SEC 2010.