



Trabajo de Final de Grado

NUEVAS FORMAS DE GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Especial mención a la legislación de contratos

Presentado por:

Sara Palau Batet

Tutor/a:

Sara Sistero Ródenas

Grado en Derecho

Curso académico 2020/21

ÍNDICE

ABREVIATURAS UTILIZADAS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	4
II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	8
1. MARCO JURÍDICO Y TEÓRICO DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS.....	8
2. GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. NOVEDADES EN EL ÁMBITO.....	12
2.1 <i>Gestión contractual</i>	13
2.2 <i>Gestión no contractual</i>	14
III. REGULACIÓN ACTUAL DE LAS FORMAS CONTRACTUALES DE GESTIÓN INDIRECTA.....	17
1. INTRODUCCIÓN PREVIA.....	17
2. REGULACIÓN EN LA LCSP.....	20
2.1 <i>Contexto legal de la LCSP</i>	20
a) Antecedentes.....	20
b) La LCSP y sus aspectos generales.....	22
2.2 <i>Nuevo régimen concesional</i>	24
a) Punto de partida: la directiva 2014/23/UE.....	24
b) El contrato de concesión de servicios en la LCSP.....	25
c) Posibles controversias en su calificación jurídica.....	27
2.3 <i>El contrato de servicios cuando conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía</i>	29
a) Evolución y categorización del contrato de servicios.....	29
b) Delimitación del contrato.....	31
IV. EL RIESGO OPERACIONAL COMO NUEVO CONCEPTO CLAVE.....	32
1. CONTEXTO DEL RIESGO OPERACIONAL.....	32
1.1 <i>Reparto de riesgos contractuales</i>	32
1.2 <i>Antecedentes del riesgo operacional</i>	34
a) A nivel comunitario.....	34
b) A nivel nacional: diferenciación respecto del clásico principio de riesgo y ventura.....	36
2. REGULACIÓN ACTUAL DEL RIESGO OPERACIONAL.....	38
2.1 <i>El riesgo operacional en la directiva 2014/23/UE</i>	38
2.2 <i>El riesgo operacional en la LCSP</i>	40
2.3 <i>Nuevas resoluciones</i>	41

CONCLUSIONES.....	43
BIBLIOGRAFÍA.....	47
RECURSOS ELECTRÓNICOS.....	49
JURISPRUDENCIA.....	50
TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.....	50
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	50
TRIBUNAL SUPREMO.....	50
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE RECURSOS CONTRACTUALES.....	50
NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS.....	52
RESUMEN EN INGLÉS / SUMMARY IN ENGLISH.....	55
I. INTRODUCTION.....	55
II. PUBLIC SERVICES.....	55
1. <i>Legal and theoretical framework of public services.....</i>	55
2. <i>Indirect management of public services. News in the field.....</i>	57
2.1 contractual management.....	57
2.2 Non-contractual management.....	57
III. CURRENT REGULATION OF THE CONTRACTUAL FORMS OF INDIRECT MANAGEMENT.....	57
1. <i>Previous introduction.....</i>	58
2. <i>Regulation in the LCSP.....</i>	59
2.1 Legal context of the LCSP.....	59
2.2. New concession regime.....	59
IV. OPERATIONAL RISK.....	61
1. <i>Context of operational risk.....</i>	61
1.1 Distribution of contractual risks.....	61
1.2 Background to operational risk.....	62
2. <i>Current regulation of operational risk.....</i>	64
2.1 Operational risk in directive 2014/23/EU.....	64
2.2 Operational risk in the LCSP.....	65

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art. / arts.	artículo / artículos
Pág. / págs.	página / páginas
Op. Cit.	Obra citada
Ss.	Siguientes
UE	Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
CE	Constitución Española de 1978
LCSP	Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público
LRBRL	Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local
TRLCSP	Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre)
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
LPAP	Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente trabajo va a ser el estudio de las nuevas formas de gestión indirecta de los servicios públicos, centrándose especialmente en delimitar las formas contractuales configuradas en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público ya que ofrece una «nueva» regulación un tanto confusa e incompleta, cuya necesidad ha sido muy criticada por la doctrina española.

El punto de partida va a ser el estudio del servicio público, concepto esencial para entender las distintas formas de gestión y cuya explicación se va a desarrollar en el segundo título.

El servicio público como actividad prestacional de la administración, junto a la acción de policía y de fomento, constituye un medio idóneo para hacer efectivos y ampliar los derechos de los ciudadanos, en el marco del Estado de bienestar. Se trata de un concepto histórico que, teniendo su origen en el ámbito local, ha evolucionado y se ha ampliado en gran medida hasta hoy.

Actualmente la regulación que fundamenta el servicio público se encuentra en la Constitución Española¹, respecto de la cual el Tribunal Constitucional ha señalado la posibilidad de gestión del servicio por particulares mediante técnicas concesionales, en vista de la controversia derivada de sus posibles interpretaciones². A nivel europeo, aunque los Estados miembros tienen competencia para determinar los intereses generales que quieren proteger, se deberán sujetar a las normas del TFUE relativas a la gestión de servicios de interés económico general o con carácter de monopolio fiscal.

La reserva o *publicatio* de un servicio público va a implicar que la administración se convierta en su titular (con las prerrogativas que esto conlleva) pero sin perjuicio de su forma de gestión, ya que éste podrá ser gestionado directamente por la Administración o indirectamente cuando se encomiende a un tercero. Dentro de la gestión indirecta se distinguen las fórmulas jurídicas contractuales y las no contractuales.

¹ El artículo 1.1 de la Constitución Española de 1978 (CE), establece que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho...», en el 38 CE se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado y en el artículo 128.2 CE se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica.

² Concretamente la derivada del artículo 128.2 CE, que se analizará en el desarrollo del trabajo.

Respecto de la gestión no contractual, ésta fue introducida por la Directiva sobre Contratación Pública 2014/24/UE y recogida en la LCSP, en la disposición cuadragésimo novena, para la prestación de servicios públicos de carácter social. Así la LCSP atribuye la regulación de las posibles fórmulas a las Comunidades Autónomas, que serán esencialmente el concierto social o la gestión delegada.

En cuanto a la gestión contractual, en la LCSP se regulan la concesión de servicios y el contrato de servicios.

Se va a dedicar el título III a analizar las formas contractuales de gestión indirecta de los servicios, partiendo de la evolución en la regulación europea respecto de las concesiones. Aunque anteriormente ya se aplicaban los principios de los tratados europeos a las concesiones, no es hasta la directiva 2014/23/UE cuando se regulan unos mínimos sobre la adjudicación y ejecución de los contratos de concesión de servicios, cuando su cuantía supere un determinado umbral. Dicha directiva se enmarca en las «directivas de cuarta generación» (o «cuarto paquete normativo»³) relativas a la materia de contratación pública, que van a regular un régimen mucho más estricto para el resto de contratos⁴.

La directiva ésta no resulta novedosa para el ordenamiento jurídico español puesto que en España ya existía una regulación incluso más estricta, que respondía adecuadamente a las exigencias o necesidades de la administración, y que ya se adaptaba a los patrones europeos. Así la reforma llevada a cabo con la LCSP, derivada de la transposición de la directiva, ha sido muy criticada, ya que muchos autores la consideran innecesaria o desacertada.

En la directiva se regula los contratos de concesión de obras y de servicios con la misma definición que en las directivas anteriores, pero incorporando el requisito de la transmisión del riesgo operacional al contratista, por lo que si no se produce dicha transferencia se tratará de un contrato de obras o de servicios sujeto a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública.

Por su parte, la LCSP va a ser la encargada de trasponer al ordenamiento jurídico español la directiva 2014/23/UE (además de la 2014/24/UE sobre contratación pública). En la nueva regulación destaca la supresión del contrato de gestión de servicios en

³ Aprobado el 26 de febrero de 2014.

⁴ Regulados conjuntamente en la directiva 2014/24/UE.

sus diversas modalidades⁵, reguladas en el anterior texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), que se van a reclasificar en el nuevo contrato de concesión de servicios⁶ y el contrato de servicios, según si se produce una transmisión del riesgo operacional al contratista o no.

La LCSP toma la definición del contrato de concesión de servicios de la directiva, y éste se va a regular en los artículos 15 y 284-297. Se trata de un contrato administrativo, vinculado al tráfico específico de la administración contratante o de su competencia, con finalidad prestacional y en el que prevalece un interés público. Es importante conocer bien su naturaleza jurídica ya que pueden surgir controversias a la hora de distinguirlo de figuras como las concesiones demaniales⁷. Asimismo, pueden surgir problemáticas en la calificación del contrato como de concesión de servicios o como de concesión de obras⁸, debiendo analizarse, en este caso, la prestación más importante del mismo.

Por otra parte, aunque se mantiene el tradicional contrato de servicios del artículo 17 (anteriormente regulado en el art. 10 TRLCSP) éste es ampliado, pues en el nuevo texto de la LCSP se introduce por primera vez una especialidad del contrato de servicios cuando éste conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía (regulado en el artículo 312 LCSP) e incluirá las prestaciones propias del contrato de concesión de servicios siempre que el contratista no asuma el riesgo operacional.

En el capítulo IV se va a estudiar la transmisión del «riesgo operacional» como criterio delimitador del contrato concesión de servicios respecto del contrato de servicios. Para ello se va a partir de un análisis de los riesgos más comunes de los contratos administrativos, así como de las cláusulas de atribución de riesgos que podemos encontrar en la ley.

En nuestro ordenamiento jurídico, concretamente en el anterior TRCSP, ya se exigía

⁵ Concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta.

⁶ Establece el artículo 15 que 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*».

⁷ Por ejemplo, la calificación jurídica de los servicios de cafetería/restauración que se prestan en dependencias públicas.

⁸ Cuando el contrato de concesión de servicios implica la ejecución de una obra, o viceversa.

una traslación de riesgo para diferenciar el contrato de concesión del resto. La jurisprudencia y doctrina europeas y nacional han sido muy importantes para el desarrollo y concreción de dicho riesgo (anteriormente denominado riesgo de explotación), hasta regularse el «riesgo operacional» como tal en la directiva 23/2014/UE y la LCSP.

Finalmente, se van a exponer las notas caracterizadoras del riesgo operacional del artículo 5.1 y los considerandos de la directiva (recogidas más lacónicamente por la LCSP en el artículo 14.4 en relación con el artículo 15.2) así como posibles controversias derivadas de su interpretación, como la diferenciación del « principio de riesgo y ventura».

II. LOS SERVICIOS PÚBLICOS

1. Marco jurídico y teórico de los servicios públicos.

La actividad de la administración se puede clasificar de diversas maneras pero la más importante es la que diferencia la actividad por razón de la forma. Así nos podemos encontrar con la acción de policía, de fomento y de servicio público. Esta última se trata de una actividad administrativa que, según PAREJO⁹ «afecta positivamente y amplía la esfera de derechos» de los ciudadanos. Se pueden utilizar tanto la expresión de «servicio público» como la de «prestación», siendo esta última más común, para hacer referencia a las actividades realizadas por la Administración Pública para el ciudadano.

Así, se trata de una actividad específica que, como bien expone MARTÍNEZ-ALONSO¹⁰, «el contenido prestacional y su proyección hacia la ciudadanía la vinculan directamente con el Estado del bienestar en razón de ser uno de los elementos fundamentales del pacto social que lo sustenta, y para promover y garantizar, a través de la erogación de servicios públicos entre los usuarios, que la igualdad de las personas sea real y efectiva», objetivo recogido en el artículo 9.2 CE.

FALLA¹¹ aporta una posible definición del servicio público calificándolo como «servicio técnico prestado al público de una manera regular y constante mediante una organización de medios personales y materiales cuya titularidad pertenece a una Administración Pública y bajo un régimen jurídico especial».

El servicio público tiene un carácter esencialmente histórico. En el siglo XVIII surge la necesidad de prestación de servicios por parte del estado para remediar necesidades de los ciudadanos, apareciendo así los servicios públicos relativos a la seguridad y orden público, que, según VILLAR EZCURRA¹², consistían a menudo en actividades de policía. A mediados del siglo XIX se amplía el concepto del servicio público incluyendo servicios asistenciales o sociales de beneficencia, sanidad y educación. Con la Segunda Revolución Industrial aparecen los de carácter económico. Finalmente, a comien-

⁹ PAREJO ALFONSO, L. Lecciones de Derecho Administrativo, 10ª Edición, 2020. *Manuales de Derecho Administrativo, Financiero e Internacional Público*, Tirant lo Blanch. Pág. 567.

¹⁰ MARTÍNEZ-ALONSO, J. L. Los debates sobre los servicios públicos locales. Estado de la cuestión. *Revista Catalana de Dret Públic*, (57), 72-96. Pág. 74.

¹¹ FALLA, F. G. El concepto de servicio público en derecho español. *Revista de administración pública*, 1994, (135) p. 7-36. Pág. 15.

¹² VILLAR EZCURRA, J. L. Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares. *Civitas*, 1ª edición. 1999. Pág. 181.

zos del siglo XX la Administración asume la gestión de determinadas actividades económicas tanto prestadoras de servicios como productoras de bienes, relacionándose el servicio público con la empresa pública. Posteriormente las guerras mundiales desembocaron en una concentración de la economía en manos del Estado.

A nivel europeo, en el artículo 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea¹³ se impone a los Estados miembros el mandato de no contrariar las normas del tratado relativas a las empresas públicas o aquellas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos; así como la sujeción a sus normas de las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal, especialmente las relativas a la libre competencia. Según PAREJO¹⁴, este precepto hace referencia al servicio público, en cuanto «actividad económica o de contenido económico pero de interés general para cuyo desarrollo –cuando la misión específica que le esté asignada así lo justifique– cabe atribuir derechos especiales o exclusivos, cabalmente –en el supuesto extremo– el de monopolio». Los Estados miembros tendrán competencia para determinar los intereses generales que quieren proteger pero está no será libre completamente ya que «comprometería la realización del mercado único interior».

La Comunicación de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2011 «*Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa*» tiene por objeto: a) aumentar la claridad y la seguridad jurídica de la manera en que se aplican las normas de la UE a los servicios de interés económico general y revisar las normas en caso necesario para garantizar que se tienen en cuenta las necesidades concretas; b) garantizar el acceso a servicios esenciales y c) fomentar la calidad. Además esta establece una distinción entre los servicios de interés general, los servicios de interés económico general, los servicios sociales de interés general, la obligación de servicio universal y el servicio público.

- «*Los servicios de interés general*» son los clasificados así por los Estados miembros y se sujetan a las obligaciones del servicio público. Aquí se incluyen tanto las actividades económicas como los servicios no económicos¹⁵.

¹³ Art. 106. 2. TFUE dispone: «Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada».

¹⁴ PAREJO ALFONSO, L. Op. Cit. Pág. 563.

¹⁵ «*Estos últimos no están sujetos a una legislación específica de la UE y no están cubiertos por el mercado interior ni por las normas sobre competencia del Tratado. Algunos aspectos de la forma en que estos servicios están organizados, tales como el principio de no discriminación,*

- «*Los servicios de interés económico general*», son los que persiguen el bien público general, respetando los principios de calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal, lo que requiere una intervención pública¹⁶.
- «*Los servicios sociales de interés general*», engloban los incluidos en la seguridad social que cubren los riesgos principales de vida y otros servicios esenciales «prestados directamente a las personas que desempeñan un cometido preventivo y de cohesión e inclusión social». Abarca actividades económicas y no económicas¹⁷.
- «*La obligación de servicio universal*» garantiza un mínimo de servicios accesibles a todo usuario de un Estado miembro, con una determinada calidad, con independencia de su localización geográfica y a un precio asequible¹⁸.
- «*El servicio público*». Para evitar la confusión debido a sus diferentes usos¹⁹, la Comunicación no emplea éste termino sino que utiliza «servicio de interés general» y «servicios de interés económico general».

En cuanto a la configuración constitucional del servicio público, hay que tener en cuenta que España se configura como un «*Estado social y democrático de Derecho*» de acuerdo con el artículo 1.1 CE. Esto implica una actitud positiva de la administración en relación con la satisfacción de las necesidades sociales. Por otra parte, en el artículo 38 CE se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, que deben garantizar los poderes públicos de acuerdo con las exigencias de la economía general y la planificación, en su caso. Por último, se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica (artículo 128.2 CE), pudiéndose reservar por ley al sector público recursos o servicios esenciales y por lo tanto desarrollar la actividad en «régimen de posición privilegiada», según PAREJO²⁰, especialmente en caso de monopolio, o acordando la intervención de empresas si lo exigiera el interés general y por lo tanto en «régimen de concurrencia con la iniciativa privada». Para autores como MARTÍN

pueden estar cubiertos por otras normas generales del Tratado.»

¹⁶ «*La OSP se impone al prestador mediante una atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permiten desempeñar su misión*».

¹⁷ «*Si bien el Tribunal de Justicia considera que algunos servicios sociales no son actividades económicas (tales como los regímenes legales de seguridad social), la jurisprudencia establece claramente que el carácter social de un servicio no es suficiente en sí mismo para clasificarlo como no económico*».

¹⁸ «*La definición de las OSU concretas se determina a nivel europeo ya que es un elemento esencial de la liberalización del mercado de los sectores de servicios, como las comunicaciones electrónicas, los servicios postales y el transporte*».

¹⁹ «*Se utiliza en el artículo 93 del Tratado TFUE en el ámbito del transporte. No obstante, fuera de este campo, el término a veces se utiliza de manera ambigua: puede referirse a la oferta de un servicio al público en general y/o en interés del público, o puede utilizarse para la actividad de entidades de titularidad pública*».

²⁰ PAREJO ALFONSO, L. *Op. Cit.* Pág. 567.

REBOLLO²¹ el artículo prevé que la declaración de recursos y sectores como de servicio público no requiere la gestión directa de éstos por lo que nos encontramos con una nacionalización en sentido amplio. Para otros, entre ellos GARRIDO FALLA²², el concepto hace referencia a la nacionalización en sentido estricto que conlleva que la declaración de un servicio esencial como servicio público implicaría siempre su gestión por la administración (gestión directa, que veremos a continuación). No obstante, la interpretación que se deberá dar al artículo de acuerdo con el Tribunal Constitucional²³ es que la reserva no excluye la posibilidad de que la gestión de la actividad se encomiende a particulares mediante técnicas concesionales.

Por otro lado hay que mencionar que el servicio público tiene su origen esencialmente en el ámbito local. Cabe destacar el Decreto de 17 de junio de 1955 por el que se aprueba el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, que ya regula formas de gestión directa e indirecta de los servicios públicos. Este reglamento, aún vigente en sus líneas generales, establece la tripartición clásica de las funciones de policía, fomento y servicio público. Tal y como analiza ARÉVALO²⁴ el reglamento regula de manera general el servicio público local «careciendo en absoluto de normas especiales y concretas, relativas a los distintos servicios que integran la actividad de la Administración local».

Antes de exponer los modos de gestión de los servicios públicos, y volviendo a analizar el artículo 128.2 CE, DEL GUAYO²⁵ indica que «*erigir* un servicio público es lo mismo que *publificar* una actividad y es también lo mismo que *reservar* un servicio. Son expresiones sinónimas. Todo servicio público implica una exclusividad en la titularidad a favor de una Administración».

Por una parte, tal y como se desprende de la sinopsis del artículo 128.2 CE, hay que tener en cuenta que la reserva de un servicio o recurso al sector público solo se podrá realizar respecto de aquellos determinados como *esenciales*, «indispensables para el funcionamiento de la sociedad». Pero esto no implica que todos los servicios esenciales deban ser reservados, sino solo cuando sea más conveniente. Por lo tanto, los ser-

²¹ MARTIN REBOLLO, L. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. 1983. Págs. 2514 y 2515.

²² GARRIDO FALLA, F. *Op. Cit.* Pág. 26.

²³ STC 73/2014, de 8 de mayo, con cita de la STC 127/1994, de 5 de mayo.

²⁴ ARÉVALO CLAVERO, M. F. El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955. Revista de Administración Pública, 1956, no 19. Pág. 287.

²⁵ DEL GUAYO CASTIELLA, Í. La gestión de servicios públicos locales. Revista de administración pública, 2004,(165), 87-136. Pág. 93.

vicios públicos se van a incluir en los servicios de interés general diferenciándose por su reserva a favor de los poderes públicos, justificada por la esencialidad del servicio.

Por otra parte, es importante incidir en la distinción entre «titularidad» y «gestión» de un servicio público. Cuando la administración configura los servicios, su organización y prestación, se convierte en la titular y por lo tanto, última responsable de los mismos. La administración tendrá facultades de policía para el control del desarrollo del servicio, establecerá la reglamentación del servicio, así como dispondrá de prerrogativas en el contrato. Por lo tanto, sin perjuicio de la titularidad del servicio por parte de la administración, existen dos modos de gestionar los servicios públicos, recogidos por el artículo 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Son la gestión directa por la Administración y la gestión indirecta cuando encomienda la gestión del servicio a un tercero.

Dentro de la gestión directa, ésta puede consistir bien en una gestión indiferenciada por la misma persona jurídica titular, o mediante las formas de personificación previstas en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. En ese marco, y sin recurrir a la externalización, la Administración titular puede servirse de entidades vinculadas de Derecho público (organismos autónomos) o de Derecho privado (sociedad mercantiles). En todo caso, serán de gestión directa aquellos servicios que impliquen ejercicio de autoridad, como por ejemplo la protección de la seguridad pública o la actividad de los bomberos²⁶.

Por otro lado, la gestión indirecta se puede realizar también mediante distintas fórmulas jurídicas contractuales y no contractuales, que van desde el contrato de concesión de servicios, los conciertos administrativos (típicos de los ámbitos sanitarios y educativos), o la menos utilizada gestión interesada. Vamos a estudiar con más profundidad este segundo tipo de gestión en el siguiente punto.

2. Gestión indirecta de los servicios públicos. Novedades en el ámbito.

Como hemos visto, el servicio público ha ocupado un papel muy importante tanto a nivel local como autonómico: especialmente en el ámbito educativo, sanitario y asistencial. De las dos formas de gestión, la gestión indirecta ha sido muy utilizada en la pres-

²⁶ El artículo 284 LCSP establece que «*en ningún caso podrán prestarse mediante concesión de servicios los que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos*».

tación de servicios en el ámbito local. Así lo expone MARTÍNEZ-ALONSO²⁷ incidiendo en una importante distinción de los servicios (realizada en la LRBRL) según si son de obligatoria prestación por los municipios (art. 26), asumidos como competencias propias (art. 7.1 y art. 25.2), atribuidos mediante delegación por el Estado o las Comunidades Autónomas (art. 7.1, 7.3 y 27) u otros (art. 7.4).

Como bien explica ROMAN MÁRQUEZ²⁸ la crisis del 2008 y circunstancias relacionadas con el liberalismo económico favorecieron «un proceso de privatización, externalización, gestión privada o gestión indirecta de los servicios públicos por parte de las administraciones públicas con la finalidad manifiesta de disminuir los costes que dicha prestación supone para la hacienda pública». Tal y como expone el autor, ya en la anterior regulación este tipo de gestión ocasionaba problemas en la práctica (como por ejemplo podía ser una incorrecta valoración del servicio, por encima del precio real, a la hora de acordar las tarifas a los usuarios). No obstante se han ido regulando los mecanismos jurídicos necesarios para su corrección y adecuación al principio de eficacia administrativa.

En la regulación actual de la gestión indirecta, como ya se ha mencionado, podemos encontrar: a) la gestión contractual, mediante la concesión y el contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de los ciudadanos; y b) la gestión no contractual, mediante las figuras de concierto social, gestión delegada u otras modalidades reguladas en la legislación autonómica.

2.1 Gestión contractual.

Respecto de la gestión contractual, el TRLCSP preveía en su artículo 277 que la gestión de los servicios públicos podría adoptar las modalidades de: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta. No obstante en la práctica se ha utilizado esencialmente la figura de la concesión o las sociedades mixtas.

La actual regulación de la LCSP suprime el contrato de gestión de servicios, como se explicará detalladamente en el siguiente punto. Como consecuencia, todos lo contra-

²⁷ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resulta de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local. Darrera consulta, 2018, vol. 16, p. 2018. Pto. 3.1.

²⁸ ROMÁN MÁRQUEZ, A. La gestión indirecta de los servicios públicos. Algunos mecanismos de racionalización y control. Administración de Andalucía: Revista andaluza de administración pública, 89, 111-154., 2014. Pág. 112.

tos que abarca en sus diversas modalidades, deben ser reclasificados en el nuevo contrato de concesión de servicios o el contrato de servicios, según si se produce una transmisión del riesgo operacional al contratista o éste es asumido por la administración.

2.2 Gestión no contractual.

Respecto de la gestión no contractual, y a nivel europeo, establece la Directiva sobre Contratación Pública 2014/24/UE que existen ciertos servicios a las personas (sociales, sanitarios, educativos...) que pueden proporcionarse al margen de la contratación pública²⁹. Los servicios sociales se integran dentro de la categoría de servicios de interés general. Según una Comunicación de la Comisión de 2006³⁰ éstos incluyen además de los servicios sanitarios, los sistemas legales y complementarios de protección social, y los servicios esenciales que se prestan directamente a la persona. Además contribuyen a varios objetivos y valores esenciales como: «un alto nivel de empleo y de protección social, un elevado nivel de protección de la salud humana, la igualdad entre hombres y mujeres, y la cohesión social y territorial». Pero su importancia también reside en el carácter vital de las necesidades que satisfacen, garantizando derechos fundamentales como la dignidad y la integridad de la persona.

A nivel nacional, la LCSP introduce la gestión no contractual de los servicios públicos en su disposición cuadragésima novena³¹ permitiendo a las Comunidades Autónomas regular instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos de carácter social. Por su parte, el artículo 11.6 LCSP prevé la exclusión de aplicación de la ley en la prestación de servicios sociales por entidades privadas, cuando se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos³². Las Leyes de Servicios Sociales publica-

²⁹ CDO 114 (pfs. 1º y 4º) de la Directiva 2014/24/UE: «Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.»

³⁰ COM(2006) Comunicación de la Comisión. Aplicación del programa comunitario de Lisboa Servicios sociales de interés general en la Unión Europea {SEC(2006) 516}.

³¹ La disposición cuadragésima novena de la LCSP establece: «lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades de carácter social».

³² Cuando se realicen, según el art. 11.6 LCSP: «a través, entre otros medios, de la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de

das por las distintas comunidades autónomas durante la última década se integran en el marco de leyes «de tercera generación». Éstas se caracterizan por «asegurar la protección jurisdiccional de los servicios sociales, consolidándolos como el cuarto pilar del estado del bienestar»³³.

Un ejemplo de ley «de tercera generación» es la Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana, cuyo preámbulo establece que, de acuerdo con la normativa y jurisprudencia europea³⁴, cuando una entidad de iniciativa privada aspire legítimamente a obtener un beneficio empresarial o lucro colaborando con la administración en la prestación de un servicio social, deberá hacerlo mediante un proceso de contratación administrativa. La colaboración mediante la acción concertada partirá de la gestión solidaria y sin ánimo de lucro, para la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficiencia presupuestaria. De esta manera, aunque la administración reembolse los costes derivados de la prestación de dichos servicios, las entidades no obtendrán un beneficio empresarial.

Así pues, la gestión indirecta no contractual se atribuye a las Comunidades Autónomas, que la desarrollarán mediante formulas como el concierto social o la gestión delegada, y en la que «el vínculo entre el prestatario y la Administración titular del servicio viene definido negativamente, esto es, con el calificativo de no contractual»³⁵. Respecto de la formula del concierto, ésta consiste en que ciertas entidades acreditadas por reunir las características necesarias y financiadas por la administración pueden encargarse de la prestación de un servicio con cierta autonomía³⁶. Por su parte, la gestión interesada se caracteriza porque la Administración y el empresario participan en los resultados de la explotación del servicio en la proporción y medida que se establezca en el contrato.

Existe una controversia actual sobre la naturaleza de figuras como el concierto farmacéutico. La Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de junio de 2019³⁷, excluyen la

transparencia y no discriminación».

³³ Lo establece el preámbulo de la ley 3/2019, de servicios sociales inclusivos de la Comunidad Valenciana

³⁴ Se establece en las STJUE 11 de diciembre de 2014 (C-113/13), y 28 de enero de 2016 (C-50/14).

³⁵ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. La nueva configuración... Op. Cit. Pto. 3.2.

³⁶ Un ejemplo de regulación autonómica de esta figura lo encontramos en el DECRETO 181/2017, de 17 de noviembre, del Consell, por el que se desarrolla la acción concertada para la prestación de servicios sociales en el ámbito de la Comunitat Valenciana por entidades de iniciativa social.

³⁷ STS 877/2019, de 24 de junio y 860/2019, de 24 de junio de 2019.

aplicación de la Ley de contratos y, por lo tanto, se excluye la aplicación de la Ley 3/2004³⁸ en las operaciones comerciales de la relación entre la Administración y las Farmacéuticas con las que existe un Concierto. Ante los retrasos en los pagos de la Administración sanitaria a las farmacias se entiende por lo tanto que no es de aplicación dicha ley, porque mantienen que no nos encontramos ante una relación contractual, sino legal.

DE LA CRUZ³⁹ analiza en su trabajo el caso concreto y no comparte esa jurisprudencia, porque opina que se está confundiendo la relación jurídica que se establece entre las Oficina de Farmacia y los usuarios a los que se presta el servicio, que es legal y estaría excluida de la Ley de contratos según el art. 4.1. b LCSP, con la establecida entre la Administración y las Oficinas de Farmacia, de naturaleza comercial y contractual.

³⁸ Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

³⁹ DE LA CRUZ FERRER, J. *Ibidem*. Págs. 209 y 223.

III. REGULACIÓN ACTUAL DE LAS FORMAS CONTRACTUALES DE GESTIÓN INDIRECTA.

Actualmente, y como consecuencia de la transposición de las directivas en materia de concesiones a la legislación nacional, las formas contractuales de gestión indirecta de los servicios son el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, según si se produce una transmisión del riesgo operacional al contratista o éste es asumido por la administración.

1. Introducción previa.

Mientras que los contratos de concesión de obras ya se habían incluido en la directiva 89/440/CEE⁴⁰ (que modificaba la directiva 71/305/CEE⁴¹), la directiva 93/37/CEE⁴², y posteriormente en la directiva 2004/18/CE⁴³, siéndoles de aplicación algunas normas relativas a la publicidad, la concesión de servicios solo había sido definida en esta última, quedando así excluida del derecho derivado.

De esta forma, los Estados miembros no se sujetaban a los procedimientos de licitación regulados en las Directivas en la adjudicación de las concesiones. No obstante, sí que era aplicable a las concesiones el Derecho comunitario primario (en la medida que podían afectar al mercado interior europeo): la regulación relativa a la aplicación de los principios de transparencia, igualdad de trato, no discriminación, proporcionalidad y reconocimiento mutuo (derivados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea) así como los de libre circulación de mercancías, libre prestación de servicios, y libertad de establecimiento (recogidos en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea). Una comunicación interpretativa de la comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario⁴⁴ se encargó de resolver los problemas relativos al alcance y aplicación de las normas y principios del tratado a las concesiones de obras y servicios,

⁴⁰ Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.

⁴¹ Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

⁴² Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

⁴³ El artículo 1.4º de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo (sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios) establece que «la "concesión de servicios" es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

⁴⁴ Comunicación interpretativa de la comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario, de 24 de febrero de 1999, publicada en el DOUE de 29 de abril de 2000 (2000/C 121/02).

que como bien dice HERNÁNDEZ GONZÁLEZ⁴⁵, «se trata de una regulación de mínimos, que no responde a la importancia que las concesiones tienen dentro de la Unión Europea».

Así, no es hasta la directiva 2014/23/UE⁴⁶ cuando se regula la concesión de servicios en la normativa europea de contratación pública, junto a la concesión de obra y separadamente de los demás contratos. Ésta forma parte del «cuarto paquete normativo» (o «directivas de cuarta generación»), aprobado el 26 de febrero de 2014, relativo a la materia de contratación pública. Con éste se pretende una reforma basada en el «Libro Verde sobre la modernización de la política de la contratación pública en la UE» de 2011⁴⁷ que considera que la contratación pública desempeña un papel fundamental en la consecución de los objetivos de estrategia Europa 2020⁴⁸. La entrada en vigor de la Directiva de concesiones implica la obligación de adaptar la legislación nacional antes del 18 de abril de 2016.

Como explica SAHÚN PACHECHO⁴⁹ el régimen que contiene dicho paquete de directivas «es más estricto para los contratos que para las concesiones, para las que prevé simplemente un mínimo de exigencias: anuncios de concesión (o de información previa para las concesiones de servicios del anexo IV), anuncio de adjudicación, acceso electrónico a los documentos de la concesión, y comunicación a los candidatos y licitadores de las decisiones tomadas en el procedimiento incluyendo la motivación en caso de que se desestime su solicitud u oferta», además de los principios comentados.

Los motivos de la necesidad de la regulación de la directiva son recogidos en los considerandos de la misma⁵⁰ que se basan en la inseguridad jurídica derivada de la au-

⁴⁵ HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado. “Las nuevas directivas de contratación pública”. (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), 2015, págs. 169-237. Pág. 4.

⁴⁶ Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁴⁷ Los objetivos marcados en el Libro Verde (sobre la modernización de la política de la contratación pública en la UE) de 2011 son: «*desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; promoción de una economía con pocas emisiones de carbono, que haga un uso más eficiente de los recursos y que sea competitiva; y fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial*».

⁴⁸ Comunicación [COM(2010) 2020 final] denominada Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador.

⁴⁹ SAHÚN PACHECHO, R. La distribución de riesgos en la concesión de servicios: crítica del riesgo operacional. 2019. Tesis Doctoral. Universidad Complutense de Madrid. Pág. 184

⁵⁰ El párrafo (1) de los considerandos de la Directiva 2014/24/UE establece: «*instaurar un marco jurídico adecuado, equilibrado y flexible en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión*».

sencia de unas normas comunes para los Estados sobre las concesiones y la importancia de la contratación pública en el crecimiento de un mercado interior y el desarrollo y mejora de los servicios al ciudadano. Ya que formalmente la directiva no es muy explícita con los motivos reales, como bien apunta SAHÚN PACHECO⁵¹, el principal objetivo de la Unión Europea puede ser que fuera evitar lo que HUERGO LORA⁵² llama “la huida a las concesiones”, pues la desigual regulación de los Estados Miembros relativa a las concesiones debida a la ausencia de una normativa común europea permitía a estos Estados «tramitar como contratos de concesión contratos que en realidad merecían la calificación de contratos de servicios y que, como tales, debían estar sometidos a los procedimientos de licitación de las Directivas».

La principal preocupación era Alemania, cuya oposición se basaba en el intento de evitar las normas de licitación como se había hecho hasta el momento, especialmente para la prestación de servicios sociales y mediante el contrato de concesión de servicios⁵³. Respecto de España, entre otros países, la preocupación era menor, ya que a nivel nacional muchos aspectos ya se habían regulado cumpliendo los objetivos de la directiva en el TRLCSP, incluso con un régimen más estricto⁵⁴. No obstante el uso de las concesiones ha resultado igualmente atractivo especialmente para evitar el cómputo a efectos del déficit y endeudamiento públicos y además estos contratos tenían un plazo de duración más largo, lo que, según HUERGO LORA⁵⁵, los convertía en «una fórmula preferible para muchas empresas y también para determinadas Administraciones».

Aunque sin entrar en análisis, es importante destacar que la adaptación nacional ha sido objeto de numerosas críticas centradas en la adaptación al esquema comunitario (que distingue los contratos de servicios y los de concesión de servicios como formas contractuales de gestión indirecta de servicios), pues las modalidades contractuales del TRLCSP ya constituían un modelo eficaz que respondía a las necesidades y exi-

pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano».

⁵¹ SAHÚN PACHECO, R. Op. Cit. Págs. 117 y 118.

⁵² HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa. Nueva Época, no 4, INAP, 2017, p. 35.

⁵³ Tal y como establece HUERGO LORA: «estamos hablando sobre todo de mecanismos de colaboración interadministrativa o de empresas mixtas, o de fórmulas de colaboración con entidades sin ánimo de lucro para la gestión de servicios sociales. Técnicas que no pueden subsistir si la Administración se ve obligada a someter los correspondientes contratos a una licitación abierta». HUERGO LORA, A. *Ibidem*. Pág. 36.

⁵⁴ Por ejemplo, la adjudicación de las concesiones se regía por las mismas disposiciones que las relativas a la adjudicación de los demás contratos típicos (obras, suministros, servicios).

⁵⁵ HUERGO LORA, A. Op. Cit. Pág. 36

gencias de las administraciones locales, suponiendo la reforma una confusión innecesaria. Así, por ejemplo LAGUNA DE PAZ⁵⁶ establece que «la normativa europea amplía el ámbito de contratos armonizados y las garantías comunitarias, pero –desde un punto de vista sustantivo – no representa ninguna novedad para el ordenamiento jurídico español» puesto que nuestra normativa se adaptaba a las exigencias impuestas por la Directiva. Por su parte, MAGIDE HERRERO⁵⁷, también en contra de la modificación del contrato de gestión de servicios del TRLCSP considera innecesario «eliminar la regulación legal que ampara un importantísimo número de contratos adjudicados para la gestión de nuestros servicios públicos». En el mismo sentido se pronunció MARTÍNEZ-ALONSO⁵⁸ opinando que la supresión del contrato de gestión de servicios públicos en sus distintas modalidades «dejaría un espacio normativo vacío» y que el cumplimiento de las directivas «no pasa necesariamente por eliminar las modalidades contractuales de la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta».

2. Regulación en la LCSP.

2.1 Contexto legal de la LCSP.

a) Antecedentes

Explica PAREJO⁵⁹ que la legislación administrativa relativa a los contratos cuenta con ciertos antecedentes relativos al Antiguo Régimen, y es desarrollada en el s. XIX: por un lado, mediante la aplicación de pliegos generales, reglas e instrucciones; y por otro lado, mediante la creación de leyes con el objetivo de establecer un régimen especial. Es el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1955 el que refleja «el primer intento de regulación comprensiva de la contratación pública»⁶⁰ basado en el régimen de contratación civil con ciertas modulaciones.

⁵⁶ LAGUNA DE PAZ, J. C. Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos. Revista de administración pública, 2017, págs. 41-68. Pág. 47.

⁵⁷ MAGIDE HERRERO, M. Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2017, p. 43.

⁵⁸ MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J.L., “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, Revista General de Derecho Administrativo, Iustel, no 40, 2015. Págs. 38 y 39.

⁵⁹ PAREJO ALFONSO, L. Op. Cit. Págs. 797 y 798.

⁶⁰ Aunque en esta época ya podemos encontrar las primeras disposiciones fragmentarias relativas a la contratación (como lo son el Real Decreto de 27 de noviembre de 1852 y la Ley de Administración y Contabilidad de la Administración Pública de 1911).

El citado autor señala que la Ley de Bases de los Contratos del Estado de 28 de marzo de 1963⁶¹, que dio lugar al texto articulado aprobado por Decreto 923/1965, de 8 de abril, modificado en el año 1973 implica el inicio de una actividad codificadora en la materia de Contratación.

Dos hitos importantes suponen una modificación fundamental en la normativa. El primero es la Constitución de 1978, surgiendo las distintas administraciones de las Comunidades Autónomas. Se le atribuye al Estado la competencia en legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas, entre otras. Como segundo hito, España entra a formar parte de la Unión Europea en 1986, que implica adaptar el derecho nacional en materia de contratos a las directivas europeas. El cumplimiento de estos cometidos desemboca en la Ley 13/1995⁶², de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, modificada en 1999, dando lugar posteriormente al texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio. Una importante innovación de esta ley es que establece una regulación propia para cada contrato administrativo de acuerdo con sus características particulares.

La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público reemplazó al texto refundido del 2000 con grandes innovaciones en la materia. Como explica PAREJO⁶³ éstas se basaron, a grandes rasgos, en: «a) el establecimiento de una regulación general de la contratación pública superadora de la tradicional perspectiva vinculada a la presencia de una AP; b) la consideración específica de los contratos afectados directa-

⁶¹ Desde un punto de vista objetivo esta Ley se va a aplicar a todos los contratos que tengan por objeto directo obras o servicios del Estado, o la prestación de suministros al mismo (Base 1, disposición preliminar 1ª). Desde un punto de vista subjetivo será aplicada por la Administración del Estado (Base 1, disposición preliminar 2ª).

⁶² El ámbito objetivo abarcado por la ley 13/1995 incluía todos los contratos celebrados por la Administración Pública. Respecto del ámbito subjetivo, y de conformidad con lo establecido en el artículo 1.2, se van a considerar Administraciones Públicas: la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración local; también se regirán por esta Ley los Organismos autónomos y las demás entidades de derecho público con personalidad jurídica propia que estén vinculadas o dependan de alguna administración pública cuando se den dos requisitos necesarios para incluirse en el ámbito subjetivo (normativa comunitaria): «a) que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público» (art.1.3).

⁶³ PAREJO ALFONSO, L. Op. Cit. Pág. 799.

mente por el Derecho europeo; c) la simplificación y mejora de la gestión contractual; y d) la tipificación legal de una nueva figura: el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado».

Mediante Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público para integrar la anterior Ley de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de ley.

b) La LCSP y sus aspectos generales

Finalmente, la ley vigente en la actualidad es la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público que se encargó de trasponer al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión y 2014/24/UE, sobre contratación pública. En lo no previsto por la LCSP se aplican supletoriamente dos leyes que modernizan el derecho administrativo y que surgen como respuesta a la necesidad de proveer al sistema legal de un derecho administrativo sistemático, coherente y ordenado: la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que integra las normas que rigen la relación de los ciudadanos con las Administraciones; y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público que abarca las disposiciones que disciplinan el sector público institucional⁶⁴.

En cuanto a la LCSP, el objeto y finalidad de la misma va a consistir en regular la contratación del sector público garantizando sus principios generales⁶⁵. También asegurar, de acuerdo con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, un uso eficiente de los fondos públicos *«mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa»*⁶⁶.

La ley regula el régimen jurídico aplicable a los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos. Se determina que en la contratación pública se incorpo-

⁶⁴ Con estas leyes, tal y como establece su preámbulo, se busca una reforma en la organización y funcionamiento de las Administraciones articulada en dos ejes fundamentales: la ordenación de las relaciones ad extra de las Administraciones con los ciudadanos y empresas, y la regulación ad intra del funcionamiento interno de cada Administración y de las relaciones entre ellas.

⁶⁵ Son los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores.

⁶⁶ Así se establece en el artículo 1.1 LCSP.

rarán criterios sociales y medioambientales para mejorar la relación calidad-precio. Además los órganos de contratación deberán facilitar el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social⁶⁷.

El ámbito objetivo de la ley se extiende a todo contrato oneroso que celebren las entidades del artículo 3; a los contratos subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 23 y los que celebren las Comunidades Autónomas y las entidades que integran la Administración Local, o los organismos dependientes de las mismas, así como a los contratos subvencionados por cualquiera de estas entidades. Desde un punto de vista negativo, quedan fuera del ámbito de aplicación de la ley los negocios y contratos recogidos en los artículos 4 a 11. En cuanto al ámbito subjetivo se desarrolla de una manera extensa en el artículo 3, en que se distinguen las Administraciones Públicas, los poderes adjudicadores y el resto de las entidades del Sector Público (ampliándose el Sector Público a otras entidades como pueden ser las sociedades mercantiles y las fundaciones), a efectos de determinar la aplicación de los preceptos de la Ley, que se aplicarán de una forma desigual según el tipo de entidad (de total aplicación a las Administraciones públicas, con menor intensidad a los poderes adjudicadores y apenas algunos de los principios de la ley al resto de entidades).

En la LCSP podemos distinguir los contratos de carácter administrativo y los privados, pudiendo así estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado⁶⁸. Dentro de los contratos administrativos, se distinguen los contratos típicos⁶⁹, regulados expresamente en la norma, los atípicos y los mixtos. Aquí cabe destacar la reordenación que realiza la ley de los contratos típicos respecto de la ley anterior (TRLCSPP) desapareciendo el anterior contrato de gestión de servicios públicos en sus diversas modalidades y el contrato de colaboración entre el sector público y el

⁶⁷ Así se establece en los artículos 1.2 y 1.3 LCSP.

⁶⁸ Los contratos administrativos se delimitan en el artículo 25, y generalmente se someten, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos, modificación y extinción, por la LCSP y sus disposiciones de desarrollo; supletoriamente se aplicarán las restantes normas de derecho administrativo y, en su defecto, las normas de derecho privado. En cuanto a los contratos privados determinados en el artículo 26 éstos se regirán por unas disposiciones u otras según su origen.

⁶⁹ Los contratos típicos pueden ser de obras (art. 13), de concesión de obras (art. 14), de concesión de servicios (art. 15), de suministro (art. 16) y de servicios (art. 17) que celebren las entidades pertenecientes al Sector Público.

Los contratos atípicos se prevén en el artículo 7 pero no se regulan por las disposiciones de la ley.

privado, y regulándose el novedoso contrato de concesión de servicios cuya regulación general se verá a continuación. Finalmente, los contratos pueden estar sujetos a regulación armonizada⁷⁰ o no, lo que supone entre otras cosas, su publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea.

2.2. Nuevo régimen concesional.

a) Punto de partida: la directiva 2014/23/UE

Antes de analizar el contrato de concesión de servicios en la LCSP, cabe analizar su regulación general en la directiva 2014/23/UE, pues constituye el punto de partida de la regulación nacional.

La directiva reconoce la libertad de los Estados miembros (aunque siempre respetando el derecho europeo) de establecer las características de los servicios a prestar, así como las condiciones que afecten a la calidad o el precio. Además mantiene la libertad de organización de la prestación de servicios, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o la combinación de ambos; y la libertad para calificar qué servicios se consideran de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio⁷¹.

La directiva se va a aplicar a los poderes adjudicadores y a las entidades adjudicadoras⁷², de acuerdo con el artículo 1.1. En su regulación se desarrolla un régimen jurídico aplicable tanto a las concesiones de obras como de servicios cuando estos alcancen el umbral comunitario, establecido en 5.186.000 euros, y se regula un «régimen de exclusiones» en los artículos 10 a 17 de la Sección II del Capítulo I.

⁷⁰ Estarán sujetos a regulación armonizada (contratos SARA) los contratos de obras, los de concesión de servicios, los de suministro y los de servicios los que, de acuerdo con las reglas de cálculo del artículo 101, tengan un valor estimado igual o superior a las cuantías establecidas en la Ley, siempre que la entidad contratante tenga carácter de poder adjudicador. También los contratos subvencionados por dichas entidades del artículo 23. El artículo 19, por su parte, establece los contratos que no podrán tener carácter SARA.

⁷¹ Considerandos 5 y 6 de la directiva 23/2014/UE.

⁷² El artículo 6.1 establece que se consideran poderes adjudicadores: «*el Estado, las autoridades regionales o locales, los organismos de Derecho público y las asociaciones formadas por uno o varios de tales autoridades u organismos de Derecho público distintos de aquellos que desarrollen alguna de las actividades recogidas en el anexo II y adjudiquen una concesión para la realización de una de esas actividades*».

El artículo 7.1 establece que serán entidades adjudicadoras: «*las entidades que desarrollan una actividad recogida en el anexo II y adjudican una concesión para la realización de una de esas actividades*».

Se define las concesiones de la misma manera que en las directivas anteriores, en el considerando 11 y artículo 5. Concretamente se configuran las concesiones de servicios como contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras (concesión de obras) o la prestación y gestión de servicios (concesión de servicios) a uno o más operadores económicos. La contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o bien en este derecho en conjunción con un pago. Pero esta vez se añade una referencia expresa al riesgo⁷³, pues la transmisión del riesgo operacional al concesionario va a suponer un requisito fundamental. Así, de acuerdo con la directiva, cuando no se produzca dicha transferencia no estaremos ante un contrato de concesión de obras o de concesión servicios regulados en la Directiva 2014/23/UE, sino que se tratará de un contrato de obras o de servicios sujeto a la Directiva 2014/24/UE.

En los títulos II y III de la directiva se van a desarrollar unas reglas básicas sobre la adjudicación del contrato y otras para la ejecución respectivamente, una regulación mucho menos exhaustiva que en los contratos públicos clásicos, limitándose a asegurar unos principios generales y garantías procedimentales.

b) El contrato de concesión de servicios en la LCSP

El contrato de concesión de servicios se regula en la LCSP en sus artículos 15 y 284-297.

El artículo 15.1 recoge la definición del contrato de concesión de servicios establecida en el artículo 5.1.b) de la Directiva 2014/23/UE⁷⁴. Además el apartado 2 añade el requisito de transferencia al concesionario del riesgo operacional.

Las tres principales novedades en la configuración de este contrato, según MARTÍNEZ FERNÁNDEZ⁷⁵ son: «a) la supresión de las diferentes modalidades del contrato de gestión de servicios públicos (...), b) el concesionario ha de asumir el “riesgo operacional” de la explotación (...), y c) en el ámbito subjetivo, pueden ser “uno o varios”

⁷³ «La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios (...).»

⁷⁴ Así se define el contrato de servicios como «aquél 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».

⁷⁵ MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (dir.). BOCOS REDONDO, P. (dir.). Contratación del Sector Público Local, 4ª edición. *El Consultor de Los Ayuntamientos*, 2019, pág. 391.

los poderes adjudicadores del contrato, y también “uno o varios” los adjudicatarios (...)).».

También podemos destacar características expuestas anteriormente en los informes 12/2010⁷⁶ y 34/2011⁷⁷ de la Junta Consultiva de Contratación Pública, en aplicación de la Jurisprudencia del TJUE, como son la posibilidad de pago por la administración concedente (pago en la sombra) y no necesariamente por los particulares, y la atribución de la potestad organizativa del servicio al concesionario, derivada de la transferencia del riesgo operacional. Éstas aparecen dispersas en los artículos 15 y 284 y ss. de la LCSP.

Por su parte, el preámbulo de la LCSP incide en la desaparición de la figura del contrato de gestión de servicio público en la nueva regulación, así como de los modos de gestión indirecta que suponía, establecidos en el artículo 277 del anterior texto. En su lugar, y de acuerdo con la nueva Directiva, se regula la nueva figura de la concesión de servicios, que se añade a la concesión de obras en la categoría de concesiones⁷⁸.

Hay que tener en cuenta la disposición transitoria primera de la ley, que hace referencia a los expedientes iniciados y contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley, estableciendo que se regirán (en cuanto a sus efectos, cumplimiento, extinción, duración y prórrogas) por la normativa anterior. No obstante, la LCSP se aplicará a los acuerdos de rescate y a los encargos que se hayan realizado posteriormente a su entrada en vigor.

La Ley, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los que se puedan calificar como servicios públicos. No obstante, dicha calificación implica la aplicación específica de unas normas determinadas⁷⁹. Aunque solo en algunas se

⁷⁶ Informe 12/10, de 23 de julio de 2010. «Diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios».

⁷⁷ Informe 34/11, de 17 de julio de 2012. «Contrato GSP Mutuas».

⁷⁸ No obstante, indica el preámbulo que “*se mantiene la posibilidad de que se adjudique directamente a una sociedad de economía mixta un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios en los términos recogidos en la Disposición adicional vigésima segunda, siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008.*”

⁷⁹ Los artículos 284, 285.2, 287.2 y 293.1 serán de aplicación cuando la concesión consista en un servicio «público», relativos a aspectos como: el régimen jurídico del servicio, las facultades de policía de la administración para la buena marcha del servicio público, la posibilidad de secuestro o intervención del servicio público,..

menciona expresamente el «servicio público», se entiende que es una forma de reforzar su aplicación en los casos en que sea un servicio público. No obstante esto no excluye la aplicación de otras instituciones propias de los servicios públicos como podría ser el mantenimiento del equilibrio económico, previsto en el artículo 290. Así se pronuncia GARCÍA ROSA⁸⁰ poniendo de manifiesto «la deficiente técnica legislativa» y apoyando la técnica de Martínez-Alonso (2018) de incluir expresamente dichas prescripciones en el pliego de cláusulas administrativas particulares para evitar posibles conflictos derivados de distintas interpretaciones sobre su aplicación.

c) Posibles controversias en su calificación jurídica

No hay que confundir el contrato de concesión de servicios con una concesión demanial⁸¹, pues, tal y como establece el diccionario panhispánico del español jurídico, esta segunda es un «título habilitante que permite el uso especial o el uso privativo que requiera instalaciones fijas de un bien de dominio público, por un tiempo superior a cuatro años». Las concesiones administrativas se regulan en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas, concretamente en los artículos 86 y 91 a 102.

Las diferencias esenciales entre la concesión demanial y el contrato de concesión de servicios pueden resumirse en que la primera consiste en un negocio patrimonial no vinculado al tráfico específico de la administración, sin una finalidad prestacional y en el que media un interés privado; mientras que el segundo es un contrato administrativo vinculado al tráfico específico de la administración contratante o de su competencia, con finalidad prestacional y en el que prevalece un interés público.

Podemos encontrar casos problemáticos en los que deberán analizarse dichos elementos diferenciadores, como por ejemplo la calificación jurídica de los servicios de cafetería/restauración que se prestan en dependencias públicas.

Para entenderlo mejor se va a ver un caso concreto: el de la «explotación de servicio de cafetería de personal y público del Hospital Universitario de Puerto Real, previa adecuación necesaria de infraestructuras de hostelería y dotación de equipamiento

⁸⁰ GARCÍA ROSA, M. El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 2018, no 71, p. 91-100. Pág. 95 y 96.

⁸¹ El artículo 9 LCSP excluye de su ámbito de regulación las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 14, que se regularán por su legislación específica (salvo en los casos en que expresamente se declare de aplicación las prescripciones de la LCSP).

preciso, así como instalación y explotación de máquinas expendedoras de alimentos y bebidas». El Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía resolvió sobre su calificación jurídica⁸².

Por una parte el Tribunal expone que la actividad realizada deriva de un contrato oneroso, *«pues el contratista percibe un precio de los usuarios de la cafetería y de las máquinas expendedoras de alimentos y bebidas, y ha de satisfacer como contraprestación el pago de un canon al órgano de contratación»*.

Tras un análisis de los elementos y de acuerdo con la doctrina⁸³ concluye que *«la finalidad de dar servicios a los usuarios y al personal del hospital, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, descritas en el pliego de prescripciones técnicas (PPT), son claros e inequívocos indicios de la naturaleza administrativa del contrato la finalidad de dar servicios a los usuarios y al personal del hospital, junto con la fijación de condiciones de prestación que se examina»*. De entre las dos opciones contractuales, se trataría de un contrato de concesión de servicios ya que se produce una transmisión del riesgo de explotación.

En cuanto a la distinción entre un contrato de concesión de obras y uno de concesión de servicios, aunque ambos contratos tienen en común la transferencia del riesgo operacional, el objeto del contrato es distinto. Así el contrato de concesión de obras es aquel por el que la administración encomienda al concesionario la construcción de una obra pública⁸⁴, asumiendo esté la financiación total o parcial de la obra, y consistiendo generalmente la contraprestación en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir una retribución económica si así se pacta en el contrato.

⁸² Resolución nº 203/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 25 de junio de 2019. Recurso nº 43/2019.

⁸³ Hace referencia al Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón, que establece *«en el caso de la atribución de facultades de ocupación y explotación de inmuebles públicos por particulares, particularmente en el caso de bares y cafeterías situadas en edificios o instalaciones públicas, la configuración como contrato de carácter patrimonial o como contrato administrativo depende de la causa del contrato y, en concordancia con ello, con la fijación de condiciones para la explotación por parte de la Administración. La finalidad de dar servicio a los usuarios de la instalación, junto con la fijación de condiciones de prestación, como las relativas a horarios, servicios, productos o precios, entre otros, son claros indicios de la naturaleza administrativa del contrato»*.

⁸⁴ Concretamente, el artículo 14 LCSP establece como objeto del contrato la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones incluidas en el contrato de obras del artículo 13, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos.

La problemática puede surgir cuando nos encontramos con un contrato de concesión de servicios que implica ejecución de una obra. En estos casos habrá que estar a la prestación más importante cualitativamente para calificarlo de una forma u otra⁸⁵. Así se calificarán como contratos de concesión de servicios aquellos en los que la prestación principal sea un servicio y la ejecución de una obra consista en una prestación accesoria, como podría ser el caso de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria hospitalaria cuando requiere de importantes obras e instalaciones.

2.3 El contrato de servicios cuando conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía.

Como ya se ha indicado, en la nueva regulación nacional destaca la desaparición de los contratos de gestión de servicios en sus diversas modalidades, pasando éstos a reclasificarse en contratos de servicios o contratos de concesión de servicios. Además supone una ampliación de la gestión indirecta de los servicios públicos a dichos contratos.

Aunque se mantiene el tradicional contrato de servicios del artículo 17⁸⁶ (anteriormente regulado en el art. 10 TRLCSP), en el nuevo texto de la LCSP se introduce por primera vez una especialidad del contrato de servicios cuando éste conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía, regulado en el artículo 312 LCSP.

a) Evolución y categorización del contrato de servicios

Como bien explica MENÉNDEZ SEBASTIÁN⁸⁷ en su obra, los contratos administrativos surgen para dar respuesta a las necesidades de las administraciones en el cumplimiento de sus obligaciones. Pero en un primer momento no se regula una figura con-

⁸⁵ La Resolución 229/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 13 de marzo (sobre el problema de la calificación del contrato cuando nos encontramos ante un contrato de gestión de servicios públicos que contiene prestaciones propias del contrato de obra) indica que lo fundamental para considerar que un contrato es de gestión de servicios es que las obras tengan un carácter accesorio y no principal, y concluye que hay que atender al peso económico relativo que tiene cada una de las prestaciones dentro del contrato.

⁸⁶ El contrato de servicios del art. 17 hace referencia a «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicio de forma sucesiva y por precio unitario». El apartado 2 establece que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Esto no es una novedad, pues lo mismo se establecía en el art. 301 del TRLCSP.

⁸⁷ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos. Revista de Administración Pública, 212, 2020. Pág. 379.

tractual para suplir la falta de medios personales con los conocimientos técnicos o la especialización que en ocasiones se requerían previamente a su actuación, sino que se acudía a la contratación privada.

Aunque los contratos surgieron ya en la Ley de la Jurisdicción de 2 de abril de 1845, el primer antecedente del clásico contrato de servicios no surge hasta un siglo después con las «autorizaciones a los Ministerios de Obras Públicas y Agricultura para concertar directamente por razones de urgencia los servicios de técnicos para el estudio de proyectos de la competencia de dichos departamentos, hasta llegar a la regulación de los mismos como contratos de estudios y servicios que celebre la Administración con empresas consultoras, por medio del Decreto 916/1968, de 4 de abril»⁸⁸. A partir de este momento los contratos van evolucionando hasta regularse los contratos de consultoría y asistencia, los de servicios y los de trabajos específicos y concretos no habituales que celebre la Administración, en la Ley de contratos de las Administraciones Públicas de 1995. En el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000 se incluyen los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración en los de consultoría y asistencia por responder a las mismas necesidades. En la Ley de 2007 y el texto refundido de 2011 ya se unen las categorías en la figura del contrato de servicios con esa «finalidad instrumental», aunque no se recogía en la norma.

Así, el contrato de servicios ha sido muy ampliado, ya que ha abandonado su clásico carácter instrumental pasando a abarcar las prestaciones propias de la concesión de servicios, en los casos que no se produzca transmisión del riesgo operacional. Tal y como establece MENÉNDEZ⁸⁹ «en la actualidad, todos los servicios no prestados de forma directa, salvo los expresamente excluidos o aquellos que se canalicen a través de la acción concertada, se incluirán en una u otra categoría»: el contrato de concesión de servicios o el contrato de servicios. Además desaparece el anexo de la anterior ley en que aparecían los servicios sometidos a la regulación del contrato de servicios. Esto sucede como consecuencia de la voluntad de la Unión Europea de que todo servicio se someta al derecho comunitario, con el resultado de que ya no solo va a atender las necesidades internas de la administración (que fue la razón de su creación), sino que va a abarcar la prestación de servicios al público y de servicios públicos.

⁸⁸ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. *Ibidem*. Pág. 380.

⁸⁹ MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. *Ibidem*. Págs. 377 y 378.

b) Delimitación del contrato

El criterio de la Directiva 2014/23/UE, que regula la transferencia del riesgo operacional como elemento delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios, va a ser recogido por la LCSP. En este sentido expone el preámbulo de la LCSP que la diferencia esencial entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios reside en la transferencia del riesgo operacional de la Administración al concesionario, concretándose en el artículo 14.4 en qué consiste. Cuando sea transferido y por tanto lo asuma el contratista el contrato será de concesión de servicios, pero cuando este sea asumido por la Administración estaremos ante un contrato de servicios. De esta manera contratos que antes se calificaban como de gestión de servicios públicos y en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. No obstante la estructura de las relaciones jurídicas va a ser la misma, estableciéndose una relación directa entre el empresario y el usuario del servicio.

Así el «contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de los ciudadanos» va a aparecer como una categoría residual, y puede ser definido como «contrato cuyo objeto es la gestión de un servicio público a cambio de un precio que paga la Administración, sin que el contratista asuma ningún riesgo por la explotación»⁹⁰.

En lo relativo al régimen sustantivo del servicio público, el artículo 312 recoge las normas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos, que, según el preámbulo, *«en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio»*.

A nuestro juicio la regulación del contrato de servicios en la LCSP es confusa en cuanto que no se incluye en la definición del contrato de servicios del artículo 17 la ampliación del objeto a los servicios que se prestan directamente a la ciudadanía, así como el aspecto que lo diferencia del contrato de concesión, que es la no asunción del riesgo por el adjudicatario.

⁹⁰ GARCÍA ROSA, M. Op. Cit. Pág. 94.

IV. EL RIESGO OPERACIONAL COMO NUEVO CONCEPTO CLAVE.

Una de las principales novedades de la LCSP, como se ha visto, es la introducción del «riesgo operacional» como criterio delimitador del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios.

1. Contexto del riesgo operacional.

La transmisión al concesionario del «riesgo operacional» es un requisito necesario para considerar a un contrato «de concesión» y aplicar así la regulación de éste. No obstante, esta traslación del riesgo regulada en la LCSP no es en realidad una novedad, puesto que ya era una característica propia de ésta figura en nuestro ordenamiento jurídico, y que la diferenciaba del resto de contratos. En este sentido se pronuncia HUERGO LORA⁹¹ defendiendo que esta regla no se ha introducido por imposición del Derecho comunitario, sino que ya aparecía en nuestras normas. Eso sí, con la nueva regulación adquiere la calificación de «riesgo operacional» incluyendo el riesgo de demanda y de suministro, que se explicará en el siguiente punto.

1.1 Reparto de riesgos contractuales.

El fracaso del contrato es definido por CARRASCO PERERA⁹² como «una contingencia sobrevenida que afecta en todo o en parte a la *rentabilidad* esperada por los contratantes» siendo el riesgo contractual la posibilidad de este fracaso. Por su parte, las técnicas de imputación del riesgo constituirían «los mecanismos diseñados por las partes, o supletoriamente por la ley, para asignar a una, o ambas, de las partes el efecto perjudicial de la contingencia del fracaso».

SAHÚN PACHECO⁹³ elabora un listado con los riesgos más comunes a los que se puede enfrentar un contrato aparte del novedoso riesgo operacional: el *riesgo regulatorio*, que incluye «todas aquellas acciones de gobierno que modifican las condiciones acordadas previamente»; el *riesgo financiero* abarca las «incertidumbres que surgen de la volatilidad de los mercados financieros y de crédito», como podría ser el riesgo de liquidez; los *riesgos técnicos* «son los relativos a que la prestación se produzca en las condiciones y con las características previstas en el contrato», como el riesgo de disponibilidad y el de construcción (en las concesiones de obras); el *riesgo de respon-*

⁹¹ HUERGO LORA, A. J. *Op. Cit.* Pág 35.

⁹² CARRASCO PERERA, A. *Derecho de contratos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2010. Sobre la distribución de riesgos, vid. págs. 963-1.045, extraordinariamente ilustrativas. Pág. 963.

⁹³ SAHÚN PACHECO, R. *Op. Cit.* Pág. 11.

sabilidad por perjuicios causados a terceros en la prestación del servicio; el *riesgo de insolvencia*; y, por último, el *riesgo de obsolescencia tecnológica* que consiste en «la posibilidad de que la tecnología utilizada quede anticuada o se vuelva inservible», no obstante cuando afecta a la demanda del servicio se incluye en el riesgo de demanda.

Son muchos los autores que inciden en la necesidad de una buena distribución de los riesgos entre las partes, aspecto que también se plasma en la ley, pues el artículo 285.1.c) LCSP, relativo al contrato de concesión de servicios, establece el requisito de regulación de la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en los pliegos y el proyecto de obra, que se realizara atendiendo a las características particulares del servicio, y correspondiendo el riesgo operacional siempre al contratista.

En este sentido, HUERGO LORA⁹⁴ incide en que antes de la regulación del requisito de transmisión del riesgo operacional ya existían otras normas y cláusulas de reparto de los riesgos contractuales. Algunas de estas normas que podemos encontrar en la LCSP y consideramos importantes repasar son las siguientes:

- El «principio de riesgo y ventura», regulado en el artículo 197⁹⁵. Se trata de un principio que ya desde el artículo 99 de la LCAP de 1995 se ha configurado como un principio general que afecta a todos los contratos administrativos, mientras que el riesgo operacional es propio de los contratos de concesión de obras y servicios. Tal y como expone HUERGO LORA⁹⁶ el principio de riesgo y ventura implica que el contratista asuma los riesgos que le correspondan, especialmente «el riesgo de la mayor onerosidad de la prestación», pagando la administración un precio fijo «con independencia de la mayor o menor onerosidad». No obstante dicho principio se ha visto permanentemente limitado por una serie de excepciones basadas en el principio de equilibrio económico del contrato del que pueden derivar compensaciones económicas al contratista por parte de la administración.
- El derecho del contratista a una indemnización por daños y perjuicios en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por su parte, regulado en el artículo 239 LCSP, relativo al contrato de obras.
- La «cláusula de progreso» de las concesiones del artículo 259.4, que también atribuye al concesionario el riesgo de incremento de la onerosidad del contrato como consecuencia de la obligación de mantener las obras de acuerdo con lo que en cada momento y como consecuencia del progreso de la ciencia, «disponga la normativa técnica»

⁹⁴ HUERGO LORA, A. J. El riesgo operacional... *Op. Cit.* Págs. 32 y 33.

⁹⁵ El artículo 197 establece que «*la ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239*».

⁹⁶ HUERGO LORA, A. J. Skin in the game: riesgo operacional... *Op. Cit.* Pág. 3.

ca, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras y de seguridad de los usuarios que resulte de aplicación». No obstante este riesgo se ve limitado por la facultad de desistimiento del concesionario del artículo 270.4.b), cuando éste se vea obligado legal o contractualmente a incorporar a las obras o a su explotación avances técnicos que han aparecido en el mercado posteriormente a la formalización del contrato, con el fin de mejorarlas.

- El derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato en los casos expuestos en los artículos 270 y 290 para los contratos de concesión de obras o de servicios respectivamente.

1.2 Antecedentes del riesgo operacional.

a) A nivel comunitario.

Tal y como expone SAHÚN PACHECO⁹⁷ el concepto de «riesgo operacional» introducido en la directiva 2014/23/UE «es un término relativamente nuevo ya que lo cierto es que ha venido utilizándose desde hace años por la jurisprudencia y la doctrina de la Unión Europea bajo la más común denominación de *riesgo de explotación*». Si bien los términos indicados no son idénticos, el riesgo operacional deriva del riesgo de explotación.

A nivel doctrinal, y de acuerdo con ciertas declaraciones realizadas por TJUE e instituciones europeas mediante sentencias, comunicaciones y libros verdes, a principios del año 2000 la transmisión del riesgo de explotación al concesionario (y su conexión directa con el pago de una remuneración según la utilización del servicio) ya se configuraba como una de las principales características distintivas de la concesión de servicios, junto con una «remuneración total o parcial procedente de los usuarios» y la «prestación de servicios de interés general competencia del Estado con carácter económico»⁹⁸.

También analizando la doctrina jurisprudencial encontramos numerosas sentencias anteriores a la regulación de la directiva en que los tribunales europeos se pronuncian sobre las concesiones y dicho riesgo de explotación.

⁹⁷ SAHÚN PACHECO, R. *Op. Cit.* Pág. 120.

⁹⁸ SAHÚN PACHECO, R. *Op. Cit.* Págs. 122 y 123.

La sentencia de 10 de septiembre de 2009, asunto *Eurwasser*⁹⁹, ya vincula el derecho de explotación con el riesgo pues establece que cuando la retribución del prestador consiste en el derecho a explotar su propia prestación, implica que éste asume el riesgo de explotación de los servicios, que es inherente a la explotación económica del servicio. La sentencia trata, entre otras, la problemática de la calificación de una actividad de prestación de servicios cuando implica riesgos económicos muy limitados, que en el caso concreto se debe a la *«aplicación de la normativa propia del sector de actividad de que se trata»*. Esta circunstancia es típica en actividades de utilidad pública, como puede ser el suministro de agua, que pueden sujetarse a una reglamentación que limiten los riesgos económicos. Resuelve que, para que se trate de una concesión, se debe transmitir un riesgo considerable, y concreta que *«incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa»*.

Por su parte la sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater*¹⁰⁰ señala en el mismo sentido que en la calificación del contrato es determinante la transmisión del riesgo de explotación, aunque sea limitada. Realiza una descripción del riesgo de explotación, relacionándolo con *«el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio»*.

En la sentencia de 10 de noviembre de 2011, asunto *Norma A*¹⁰¹ se desvirtúa el criterio del riesgo por la aplicación de una compensación por costes superiores a los esperados y reducciones de las tarifas. El tribunal establece que *«no es posible afirmar que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado. Por consiguiente, debería calificarse tal operación de contrato de servicios»*.

⁹⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2009, *Wasser*, asunto C-206/08.

¹⁰⁰ STJUE de 10 de marzo de 2011, *Privater*, asunto C-274/09.

¹⁰¹ STJUE de 10 de noviembre de 2011, *Norma A*, C-348/10.

b) A nivel nacional: diferenciación respecto del clásico principio de riesgo y ventura

A nivel nacional, y antes de la LCSP de 2017, la jurisprudencia y doctrina se ha centrado en resolver casos dudosos sobre la calificación de contratos, analizando para ello la asunción del «riesgo» por el concesionario, más allá de la forma de remuneración o la naturaleza de la obra o servicio a gestionar.

Aunque el riesgo operacional se regula como tal en la LCSP de 2017, ya en la LCSP de 2007 y posteriormente en el TRLCSP se exigía una «transmisión de riesgo» al contratista en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios para recibir esta calificación.

En la regulación de ambos contratos¹⁰² se mencionaba expresamente el «riesgo y ventura» como requisito en la ejecución, que aunque en realidad se trataba de un requisito general para todo contrato administrativo, para éstos se constituía como un elemento diferenciador de los mismos. Así lo reflejaron también diversos informes de los órganos consultivos.

Pero posteriormente la Junta Consultiva fue matizando esta característica, distinguiendo «el riesgo de explotación propio de las concesiones» del «principio de riesgo y ventura» asumido en los contratos administrativos en general: el primero va a depender de circunstancias que hacen especialmente incierto el resultado de la gestión, dependiendo el rendimiento de la forma en que el concesionario gestione el servicio, mientras que el segundo es el que surge de las circunstancias imprevistas que afectarían a todo contrato o de un error de cálculo al hacer la oferta. Por lo tanto *«la circunstancia de que el contrato se ejecute a riesgo y ventura del contratista no implica necesariamente la configuración del mismo como concesión»*¹⁰³.

Otras importantes matizaciones derivadas de los informes de la Junta Consultiva son:

¹⁰² En el contrato de concesión de obra, el artículo 7.2 TRLCSP disponía *«se ejecutará en todo caso a riesgo y ventura del contratista»*. En el contrato de concesión de servicios el artículo 277 a) TRLCSP referente a las distintas modalidades del contrato de gestión de servicios públicos dispone que en la concesión *«el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura»*.

¹⁰³ Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. *«Calificación del contrato administrativo para el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio»*.

- El riesgo de explotación debía implicar más riesgo que el de la alteración de los elementos constitutivos del contrato, es decir, «*el riesgo económico inherente a la gestión del servicio*»¹⁰⁴.
- La retribución del concesionario debía depender de la utilización del servicio aunque fuere percibida de la Administración¹⁰⁵. A diferencia de la jurisprudencia del TJUE, en nuestra doctrina sí se podía considerar como concesiones los contratos en los que la retribución era realizada por la Administración adjudicadora, siempre que ésta se vinculase directamente a la demanda. No obstante si que se sigue el mismo criterio que el TJUE al excluir la concesión cuando existieren «*mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas*» desvirtuando el fundamento del riesgo¹⁰⁶.
- Aunque un negocio jurídico reuniese alguna característica de la concesión, si no incluía la asunción del riesgo de explotación, no podría considerarse una concesión de servicios¹⁰⁷. En tales casos, con la regulación legal del momento, se podía calificar como un contrato de servicios¹⁰⁸ o como un contrato administrativo especial.¹⁰⁹
- Se identifica el riesgo de explotación con las incertidumbres del mercado, siguiendo la jurisprudencia europea (Asunto *Privater*)¹¹⁰.

Por su parte, los Tribunales administrativos de recursos contractuales se centraron en el análisis del modo de pago (independientemente de quién lo realizara) como

¹⁰⁴ Informe 64/09, de 26 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. «Calificación de un contrato cuyo objeto es salvamento y socorrismo en las playas del término municipal. Distinción de las concesiones de servicios».

¹⁰⁵ Informe 12/10, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. «Diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios» y informe.

¹⁰⁶ Informe 2/2014, de de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

¹⁰⁷ Informe 12/10, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. Op. Cit.

¹⁰⁸ El artículo 10 LCSP de 2007 dispone que el objeto del contrato de servicios consistirá en «*prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro*» de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma.

¹⁰⁹ El artículo 19.2.b LCSP de 2007 dispone que tendrán carácter administrativo, siempre que se celebren por una Administración Pública: «*los contratos de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero 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 aquélla, siempre que no tengan expresamente atribuido el carácter de contratos privados conforme al párrafo segundo del artículo 20.1, o por declararlo así una Ley*».

¹¹⁰ El informe 12/10, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado recoge literalmente la lista de riesgos de mercado establecida en la Sentencia del TJUE sobre el asunto *Privater*.

característica determinante de la asunción del riesgo de explotación, en la resolución de conflictos sobre la calificación de contratos.

Un ejemplo podría ser la Resolución Del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales que resuelve, entre otras, sobre la naturaleza de «*la gestión integral de determinados servicios públicos medioambientales del Ayuntamiento de Guadalajara*»¹¹¹. En ésta se establece que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario supone una retribución que debe depender del mayor o menor uso que los usuarios hagan del servicio, mientras que en el contrato de servicios la retribución será un pago fijo que no dependerá de ninguna circunstancia vinculada a la utilización del servicio.

2. Regulación actual del riesgo operacional.

2.1 El riesgo operacional en la directiva 2014/23/UE.

Los conflictos derivados de la interpretación de los conceptos de concesión y de contrato público han generado continuamente inseguridad jurídica, dando lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, como ya se ha visto. En la directiva 2014/23, aunque recoge una definición de las concesiones que ya aparecía en directivas anteriores, se incluye además una referencia expresa al requisito de la transferencia del riesgo operacional al concesionario, en la explotación de las obras o servicios. Se va a configurar el riesgo operacional con características que ya se han visto en el análisis de la anterior jurisprudencia comunitaria, respecto del denominado riesgo de explotación.

Por un lado, el artículo 5.1 dispone que va a consistir en un «*riesgo de carácter económico*», que abarcará el riesgo de demanda, el de suministro, o ambos. Implicará la posibilidad de que no se recuperen las inversiones realizadas ni los costes que surjan de la explotación de dichas obras o servicios en condiciones normales de funcionamiento. Como nota característica, el artículo establece que la parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado. Como explica HUERGO LORA¹¹², «no se exige la transferencia o la asunción

¹¹¹ Resolución nº 346/2013 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, de 4 de septiembre de 2013. Recursos nº 370 y 371/2013 C.A Castilla La Mancha 030 y 031/2013 resolución no 346/2013.

¹¹²HUERGO LORA, A. El riesgo operacional... *Op. Cit.* Pág. 45.

del riesgo operacional, sino de *un* riesgo operacional» lo que implica que no se tiene por qué producir una transmisión completa del riesgo, pudiendo la administración asumir una parte de éste.

También se hace referencia al riesgo en los considerandos de la directiva. En el considerando 18, se hace énfasis en el carácter económico del riesgo a transferir, que siempre va a ir ligado a la característica principal de la concesión, que es el derecho de explotar las obras o los servicios. Además se excluye la aplicación de las normas de la directiva en los casos en que la administración alivie al operador económico de cualquier posible pérdida¹¹³. No obstante, también se admite la asunción de una parte del riesgo por el poder o entidad adjudicador¹¹⁴, pero dicha transferencia no puede ser insignificante¹¹⁵.

Por su parte, el considerando 20 establece que el riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes, descartando los riesgos inherentes a cualquier tipo de contrato¹¹⁶. Basándose en la doctrina económica SAHÚN PACHECHO¹¹⁷ matiza que esto «no implica que el concesionario no pueda incidir de ningún modo en el riesgo que se le ha transferido» pues éste puede tratar de evitarlo con su comportamiento, pero «ello nunca implicará que lo tenga completamente controlado pues el riesgo que se le transfiere depende de otros muchos factores inciertos cuya materialización también asume». Así, volviendo a lo establecido en el preámbulo, y de igual manera establecido en el artículo 5, el riesgo operacional debe implicar el «*riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado*» pudiendo incluir un riesgo de demanda¹¹⁸, de suministro¹¹⁹, o ambos. Aquí el considerando ofrece una breve y única definición de ambos riesgos, que ha dado lugar a diversas interpretaciones de la doctrina por su falta de concreción.

¹¹³ Esto es, «*garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato*».

¹¹⁴ En el mismo sentido establece el considerando 19: «*el hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión*».

¹¹⁵ «*La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá 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*».

¹¹⁶ «*Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión*».

¹¹⁷ SAHÚN PACHECHO, R. *Op. Cit.* Pág. 140.

¹¹⁸ Es «*el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato*».

¹¹⁹ Es «*el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda*».

Por una parte, el «*riesgo de demanda*» es el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Más detalladamente, indica VALCÁRCEL FERNÁNDEZ¹²⁰ que este riesgo hace referencia al riesgo de una mayor o menos utilización de la infraestructura por parte de los usuarios, y que de ese uso va a depender la remuneración que obtenga el adjudicatario del contrato.

Respecto al «*riesgo de suministro*» implica el riesgo de no poder suministrar la cantidad pactada o no poder cumplir con las condiciones de calidad determinados en el contrato en la prestación del servicio. HUERGO LORA¹²¹ establece que el riesgo de suministro hay que interpretarlo «en el sentido de que el concesionario asume el riesgo de que, como consecuencia de un posible exceso de demanda, se agote el servicio o las posibilidades de uso de la obra concedida, de forma que, aunque él esté cumpliendo correctamente la prestación, se produzca una denegación de uso o no se cumplan los estándares de calidad».

2.2 El riesgo operacional en la LCSP.

En cuanto a la adaptación del riesgo operacional de la directiva en la legislación nacional, éste es recogido por la LCSP en el artículo 14.4 (en relación con el artículo 15.2¹²²), que se va a aplicar a ambos tipos de concesiones, de obras y de servicios. Este artículo relaciona el derecho de explotación con la transferencia de un riesgo operacional en dicha explotación, que abarcará el riesgo de demanda, de suministro, o ambos, ofreciendo a continuación una definición de los riesgos casi idéntica a la de la directiva.

Se puede completar la definición de la LCSP con seis notas características derivadas de la jurisprudencia comunitaria y nacional que ofrece GARCÍA RUBIO¹²³ en su obra. Así, el riesgo operacional implicará «la exposición a las incertidumbres del mercado, la competencia de otros operadores, los desajustes entre la oferta y la demanda de los servicios, la insolvencia de los deudores por los servicios prestados, que los ingresos

¹²⁰ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General. PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B, 2016. Pág. 121.

¹²¹ HUERGO LORA, A. El riesgo operacional... *Op. Cit.* Pág. 46

¹²² El artículo 15.2 establece que «*el derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional*».

¹²³ GARCÍA RUBIO, F. Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Publico en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos. *Documentación Administrativa*, 2017. Pág. 123.

no cubran íntegramente los gastos de explotación, y la responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.

Según SAHÚN PACHECO¹²⁴ las principales novedades de la configuración del riesgo operacional con su regulación como tal en la directiva y la LCSP, respecto de la anterior regulación en el TRLCSP, son la fijación de medidas objetivas para la determinación del riesgo. Concretamente serían la exigencia de que la retribución fija o asegurada por la administración al contratista no iguale o supere el valor de las inversiones calculable mediante parámetros objetivos y la de que el riesgo que exista no sea tan bajo como para hacer las pérdidas nominales o desdeñables.

2.3 Nuevas resoluciones.

Tras la reforma de la LCSP aun surgen dudas como la correcta calificación del contrato en atención al requisito del riesgo operacional, así como en la delimitación del principio de riesgo y ventura respecto de éste.

Un ejemplo de Resolución sobre la correcta calificación del contrato podría ser la Resolución Del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales sobre el procedimiento de «*Concesión del servicio de gimnasio*», convocado por el Ayuntamiento de Almodóvar del Campo (Ciudad Real)¹²⁵.

En esta se analizan los elementos de la concesión en el pliego de cláusulas administrativas, especialmente el de la transmisión del riesgo operacional al contratista, concluyendo que sí que se trata de un contrato de concesión de servicios ya que el cubrimiento de los gastos y costes dependerá del cobro de las tarifas a pagar por los usuarios.

Por otra parte, respecto de la controversia en la delimitación del principio de riesgo y ventura, se puede observar en la Resolución Del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, cuando resuelve sobre la calificación jurídica del «*servicio con helicópteros bombarderos pesados para la lucha contra incendios forestales*»¹²⁶.

¹²⁴ SAHÚN PACHECO, R. *Op. Cit.* Pág 240.

¹²⁵ Resolución nº 1022/2019 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, 4 de noviembre de 2019. Recurso nº 1022/2019 C.A. Comunidad Valenciana 212/2019.

¹²⁶ Resolución nº 47/2019 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, 24 de Enero de 2019. Recurso nº 1293/2018.

La duda surge por la falta de certidumbre sobre los días que se va a requerir el servicio de dichos helicópteros, ya que la necesidad de estos va a depender de las condiciones climatológicas, o, con otras palabras, la demanda del servicio va a depender del riesgo de incendio. No obstante se considera que la aletoriedad se puede mitigar mediante estimaciones, a partir de «datos históricos o previsiones futuras razonables». Por lo tanto en éste caso no se considera que se exceda el principio de riesgo y ventura, manteniendo la calificación del contrato como de servicios y no como de concesión de servicios, a falta del riesgo operacional.

CONCLUSIONES

PRIMERA.— A nivel europeo, los estados miembros de la UE son generalmente libres de determinar cuáles van a ser y cómo deben organizar y financiar sus servicios de interés económico general (aquellos que se realizan por una contrapartida económica). No obstante, de acuerdo con el art. 106 TFUE, estos se deberán sujetar a las normas europeas de competencia y mercado interior, aunque con excepciones cuando se comprometa la misión del servicio prestado.

SEGUNDA.— La CE reconoce la iniciativa pública en la actividad económica en su artículo 128.2 CE, pudiéndose reservar por ley al sector público recursos o servicios esenciales, pero, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, esta reserva no excluye la posibilidad de que la gestión de la actividad se encomiende a particulares mediante técnicas concesionales. Así, como establece el artículo 85 de la LRBRL, el servicio puede ser gestionado por la propia administración con sus medios (gestión directa) o bien encomendando su gestión a un tercero (gestión indirecta, mediante formulas contractuales o no contractuales), sin perjuicio de su condición de titular con las facultades, prerrogativas y responsabilidades que ello conlleva. La elección del modo de gestión por la administración se debería realizar en función de la mejor prestación y el menor coste, dependiendo del servicio concreto.

TERCERA.— La Directiva sobre Contratación Pública 2014/24/UE admite la posibilidad de prestar ciertos servicios a las personas al margen de la contratación pública. Esta posibilidad se recoge también en la disposición cuadragésima novena de LCSP, que permite a las Comunidades Autónomas la regulación de servicios de carácter social mediante fórmulas no contractuales de gestión indirecta, que en la práctica son esencialmente el concierto y la gestión delegada. La colaboración mediante la acción concertada parte de la gestión solidaria y sin ánimo de lucro, por lo que cuando una entidad de iniciativa privada busque un beneficio o lucro en la prestación de un servicio social, lo deberá hacer mediante un proceso de contratación administrativa.

CUARTA.— Existe una controversia actual sobre la naturaleza de la relación establecida entre la Administración y las Oficinas de Farmacia. Según algunas sentencias del Tribunal Supremo ésta sería legal. No obstante, se ha cuestionado que dicha calificación sea la correcta, puesto que esa consideración en realidad proviene de una confusión entre la naturaleza jurídica de la relación de la farmacéutica con el usuario del

servicio que sí tiene naturaleza legal, pero que en realidad la relación que se establece entre Administración y farmacéuticas tendría carácter contractual.

QUINTA.— A nivel europeo, la regulación de las concesiones de servicios no se hace efectiva hasta la Directiva 2014/23/UE, y es mucho menos exhaustiva que la de los contratos públicos clásicos de la Directiva 2014/24/UE, abarcando unas reglas básicas para la adjudicación y ejecución del contrato. Aunque en los considerandos de la directiva se recogen motivos de seguridad jurídica o crecimiento del mercado interior, se entiende que el verdadero motivo de necesidad de la regulación de la directiva de concesiones fue evitar que, consecuencia de la desigual regulación de los Estados Miembros relativa a las concesiones (por la ausencia de una normativa común europea), se recurriera a los contratos de concesión para evitar los procedimientos de licitación de las Directivas.

SEXTA.— La principal novedad de la LCSP (que transpone al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE sobre concesiones y 2014/24/UE sobre contratación pública) consiste en la supresión del contrato de gestión de servicios del anterior TRLCSP en sus diversas modalidades (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta), que se reclasifican en el novedoso contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios, constituyéndose como las «nuevas» fórmulas contractuales de gestión indirecta. Esta adaptación del esquema europeo (que distingue los contratos de servicios y los de concesión de servicios) ha sido muy criticada por la doctrina, pues las modalidades contractuales del anterior texto ya respondía a las necesidades de las administraciones, por lo que se considera innecesaria y defectuosa.

SÉPTIMA.— La característica fundamental para calificar un contrato como de concesión de servicios del art. 15 de la LCSP, es la asunción del riesgo operacional por el contratista. Tal y como se plasma en la ley es muy importante una buena distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en los pliegos y, en su caso, el proyecto de obra, según las características del servicio, y correspondiendo el riesgo operacional al contratista en todo caso.

OCTAVA.— La ley no limita la concesión de servicios a los que se puedan calificar como servicios públicos, pero dicha calificación implica la aplicación específica de unas normas determinadas. Aunque solo en algunos preceptos se mencione expresamente el «servicio público», no se excluye la aplicación al contrato de concesión de otras instituciones propias de los servicios públicos, como podría ser el mantenimiento del equilibrio económico.

NOVENA.— Existen diversas controversias en la calificación jurídica del contrato de concesión de servicios, como por ejemplo en el caso de los servicios de cafetería/restauración que se prestan en dependencias públicas, pudiendo confundirse con una concesión demanial (regulada en la LPAP). Para determinar la naturaleza jurídica hay que estar a los elementos caracterizadores del contrato, como serían la finalidad prestacional y el interés público propios del contrato de concesión de servicios (en contraposición con la finalidad no prestacional, y el interés privado propios de la concesión demanial). En ese caso estaríamos ante un contrato de concesión de servicios. También pueden surgir controversias en la calificación de un contrato como de concesión de servicios o de obras cuando implica ambos objetos. En estos casos habrá que estar a la prestación más importante, calificándose como contratos de concesión de servicios aquellos en los que la prestación principal sea un servicio y la ejecución de una obra consista en una prestación accesoria, como podría ser el caso de la prestación del servicio público de asistencia sanitaria hospitalaria cuando requiere de importantes obras e instalaciones. En cualquier caso, en la práctica pueden darse casos de difícil resolución.

DÉCIMA.— Por otra parte, con la nueva regulación destaca la nueva especialidad del contrato de servicios cuando este conlleva prestaciones directas a la ciudadanía (regulado en el art. 312 LCSP) ya que se amplía en gran medida el contrato de servicios, abandonando su clásico carácter instrumental y pasando a abarcar las prestaciones propias del contrato de concesión de servicios, siempre que no se produzca una transmisión del riesgo operacional.

UNDÉCIMA.— Así, como bien explica el preámbulo de la LCSP, la ley adopta el criterio de la Directiva de concesiones, por el que la transferencia del riesgo operacional al contratista se constituye como el elemento diferenciador del contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios. En nuestra normativa anterior ya se exigía la transmisión de un riesgo que diferenciaba el contrato de concesión del resto de contratos. En un primer momento éste se confundió con el «principio de riesgo y ventura», pero posteriormente la Junta Consultiva fue distinguiendo dicho riesgo relacionándolo con el «riesgo de explotación» del servicio. Eso sí, con la nueva regulación adquiere la calificación de «riesgo operacional» incluyendo el riesgo de demanda y de suministro.

DUODÉCIMA.— Las notas caracterizadoras del riesgo operacional se establecen en el artículo 5.1 y los considerandos de la directiva y se pueden resumir en: un «carácter económico», que abarcará el riesgo de demanda, el de suministro, o ambos; la

exposición real a las incertidumbres del mercado, derivando de factores que escapan al control de las partes y por lo tanto descartando los riesgos inherentes a cualquier tipo de contrato; que no se garantice la recuperación de los costes e inversiones; y, por último, se va a excluir la aplicación de las normas de las concesiones en los casos en que la administración alivie al operador económico de cualquier posible pérdida, aunque se admite la posibilidad de asunción de una parte del riesgo por el poder o entidad adjudicador. La definición del riesgo es recogida por la LCSP en el artículo 14.4 en relación con el artículo 15.2.

DÉCIMO-TERCERA.— La jurisprudencia y doctrina comunitarias y nacional han sido clave en el desarrollo del riesgo operacional hasta su regulación actual, resolviendo numerosas controversias sobre la calificación de contratos. En la actualidad, y a nivel nacional, la principal controversia puede surgir en la delimitación del «principio de riesgo y ventura» del artículo 197 LCSP, para determinar si hay riesgo operacional y nos encontramos ante un contrato de concesión de servicios o no. Éste es un principio que afecta a todos los contratos administrativos (y no solo a los contratos de concesión) y surge de las circunstancias imprevistas que afectarían a todo contrato o de un error de cálculo al hacer la oferta. Habrá que valorar los elementos distintivos de el riesgo operacional, especialmente el de la exposición real a las incertidumbres del mercado, en el caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA

ARÉVALO CLAVERO, M. F. El Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales de 17 de junio de 1955. *Revista de Administración Pública*, 1956, no 19.

CARRASCO PERERA, A. Derecho de contratos, Aranzadi, Cizur Menor, 2010. Sobre la distribución de riesgos, *vid.* págs. 963-1.045, extraordinariamente ilustrativas.

DE LA CRUZ FERRER, J. La regulación legal de la prestación del servicio público y la regulación contractual de su gestión indirecta: su confusión en la jurisprudencia sobre los conciertos farmacéuticos. *Revista de administración pública*, 2020, no 213, p. 209-223.

DEL GUAYO CASTIELLA, Í. La gestión de servicios públicos locales. *Revista de administración pública*, 2004,(165), 87-136.

FALLA, F. G. El concepto de servicio público en derecho español. *Revista de administración pública*, 1994, (135) p. 7-36

GARCÍA ROSA, M. El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 2018, no 71, p. 91-100.

GARCÍA RUBIO, F. Las novedades de la nueva Ley de Contratos del Sector Público en materia de concesiones de servicios. Una reflexión sobre dos aspectos concretos. Documentación Administrativa, 2017.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. Las nuevas directivas de contratación pública: (ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), 2015, págs. 169-237

HUERGO LORA, A., “El riesgo operacional en la Nueva Ley de Contratos del Sector Público”, Documentación Administrativa. Nueva Época, no 4, INAP, 2017.

LAGUNA DE PAZ, J. C. Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos. *Revista de administración pública*, 2017, págs. 41-68.

MAGIDE HERRERO, M. Algunas reflexiones a la luz de la nueva Ley de Contratos del Sector Público, en particular sobre los contratos de concesión. Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 2017

MARTIN REBOLLO, L. De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica. 1983.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L. Los debates sobre los servicios públicos locales. Estado de la cuestión. *Revista Catalana de Dret Públic*, (57), 72-96.

— La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local. *Darrera consulta*, 2018, vol. 16, p. 2018.

— “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, lustel, no 40, 2015

PAREJO ALFONSO, L. Lecciones de Derecho Administrativo, 10ª Edición, 2020. *Manuales de Derecho Administrativo, Financiero e Internacional Público*, Tirant lo Blanch.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J. M. (dir.). BOCOS REDONDO, P. (dir.). Contratación del Sector Público Local, 4ª edición. *El Consultor de Los Ayuntamientos*, 2019.

MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos. *Revista de Administración Pública*, 212, 2020.

ROMÁN MÁRQUEZ, A. La gestión indirecta de los servicios públicos. Algunos mecanismos de racionalización y control. Administración de Andalucía: *Revista andaluza de administración pública*, 89, 111-154., 2014.

SAHÚN PACHECHO, R. La distribución de riesgos en la concesión de servicios: crítica del riesgo operacional. 2019. *Tesis Doctoral*. Universidad Complutense de Madrid.

VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General. PARISIO V., AGUADO I CUDOLÀ, V. y NOGUERA DE LA MUELA, B, 2016.

VILLAR EZCURRA, J. L. Derecho administrativo especial. Administración pública y actividad de los particulares. *Civitas*, 1ª edición. 1999.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

<https://scholar.google.es/schhp?hl=es>

<http://www.obcp.es/index.php/>

[https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas
%20Tematicas/Contratacion/tacrc/paginas/buscadorderesoluciones.aspx](https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Contratacion/tacrc/paginas/buscadorderesoluciones.aspx)

<https://curia.europa.eu/juris/recherche.jsf?language=es>

<https://www.boe.es/>

<https://eur-lex.europa.eu>

JURISPRUDENCIA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJUE (Sala Tercera) de 10 de septiembre de 2009, as. C-206/08: Wasser c. Eurawasser AufbereitungsWasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) c Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH (ECLI:EU:C:2009:540)

STJUE (Sala Tercera) de 10 de marzo de 2011, as. C-274/09: Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler c. Zweckverband für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung Passau. (ECLI:EU:C:2011:130)

STJUE (Sala Segunda) de 10 de noviembre de 2011, as. C-348/10: Norma-A SIA and Dekom SIA c. Latgales plānošanas reģions (ECLI:EU:C:2011:721)

Tribunal Constitucional

STC núm. 73/2014, de 8 de mayo (BOE núm. 135, de 4 de junio de 2014, páginas 54 a 75).

Tribunal Supremo

STS (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) núm. 877/2019, de 24 de junio de 2019.

STS (Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo) núm. 860/2019, de 24 de junio de 2019.

Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales

Resolución nº 203/2019 del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, de 25 de junio de 2019. Recurso nº 43/2019.

Resolución 229/2015 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 13 de marzo. Recurso nº 119/2015 C. Valenciana 25/2015

Resolución nº 346/2013 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, de 4 de septiembre de 2013. Recursos nº 370 y 371/2013 C.A Castilla La Mancha 030 y 031/2013 resolución no 346/2013.

Resolución nº 1022/2019 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, 4 de noviembre de 2019. Recurso nº 1022/2019 C.A. Comunidad Valenciana 212/2019.

Resolución nº 47/2019 del Tribunal Administrativo Central De Recursos Contractuales, 24 de Enero de 2019. Recurso nº 1293/2018.

NORMAS JURÍDICAS CONSULTADAS

Constitución Española de 1978.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales de 1955.

Ley de Bases de los Contratos del Estado de 28 de marzo de 1963.

Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas

Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000

Ley de contratos de las Administraciones públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio.

Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público.

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Ley 3/2019, de 18 de febrero, de servicios sociales inclusivos de la Comunitat Valenciana.

Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Ley de la Jurisdicción de 2 de abril de 1845.

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2009.

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión.

Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/24/UE, sobre contratación pública.

Directiva 89/440/CEE del Consejo, de 18 de julio, que modifica la Directiva 71/305/CEE sobre coordinación de los procedimientos de celebración de los contratos públicos de obras.

Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa

Informe 12/10, de 23 de julio de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. «Diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios».

Informe 34/11, de 17 de julio de 2012, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa. «Contrato GSP Mutuas».

Informe 13/2018, de 30 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón. «Modalidades contractuales idóneas para la licitación de un bar- cafetería en instalaciones o edificios públicos, eventualmente acompañado de la gestión de una piscina municipal».

Informe 65/08, de 31 de marzo de 2009 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. «Calificación del contrato administrativo para el mantenimiento de las zonas verdes de un municipio».

Informe 64/09, de 26 de febrero de 2010 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. «Calificación de un contrato cuyo objeto es salvamento y socorrismo en las playas del término municipal. Distinción de las concesiones de servicios».

Informe 12/10, de 23 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado. «Diferencia entre el contrato de gestión de servicios públicos, bajo la modalidad de concesión de servicios, y los contratos de servicios».

Informe 2/2014, de de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. «Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales».

Comunicaciones de la Comisión Europea

Comunicación de la Comisión «Un marco de calidad para los servicios de interés general en Europa», de 20 de diciembre de 2011 (COM(2011)900final).

Comunicación de la Comisión «Aplicación del programa comunitario de Lisboa - Servicios sociales de interés general en la Unión Europea» (COM(2006)0177final).

Comunicación interpretativa de la comisión sobre las concesiones en el derecho comunitario, de 24 de febrero de 1999, publicada en el DOUE de 29 de abril de 2000 (2000/C 121/02).

Comunicación Europa 2020 «Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» de 3 de Marzo de 2010.(COM(2010) 2020 final).

Libro Verde (sobre la modernización de la política de la contratación pública en la UE) de 27 de Enero de 2011 (COM(2011)15final).

RESUMEN EN INGLÉS / SUMMARY IN ENGLISH

I. INTRODUCTION

This work will focus on the study of new forms of indirect management of public services, focusing especially on delimiting the contractual forms set out in Law 9/2017, of November 8, on Public Sector Contracts (LCSP en ahead) as it offers a somewhat confusing and incomplete "new" regulation, the need for which has been widely criticized by Spanish doctrine.

II. PUBLIC SERVICES

1. Legal and theoretical framework of public services.

The activity of the administration can be classified into: police action, promotion and public service. The latter is an administrative activity that expands the rights of citizens. Both the expression «public service» and «provision» can be used, the latter being more common, to refer to the activities carried out by the AP for the citizen.

The public service is essentially historical and has its origin essentially at the local level. It is a specific activity directly linked to the welfare state since it is one of the fundamental elements of the social pact that sustains it, which seeks the real and effective equality of people, an objective set out in article 9.2 of the Spanish Constitution (EC).

A possible definition of public service, provided by FALLA in his work, is «technical service provided to the public in a regular and constant manner through an organization of personal and material resources whose ownership belongs to a Public Administration and under a special legal regime».

At the European level, Article 106 of the Treaty on the Functioning of the European Union imposes on the Member States the mandate not to contravene the rules of the

treaty relating to public companies or those to which special or exclusive rights are granted; as well as the subjection to its rules of the companies in charge of the management of services of general economic interest or that have the character of fiscal monopoly. However, the Member States will have competence to determine the general interests that they want to protect but this will not be completely free since it would jeopardize the completion of the single internal market.

Spain is configured as a «social and democratic State of Law» (article 1.1 EC). This implies a positive attitude of the administration in relation to the satisfaction of social needs. Article 38 EC recognizes the freedom of enterprise within the framework of the market economy, which must be guaranteed by the public authorities. On the other hand, article 128.2 CE recognizes the public initiative in economic activity, being able to reserve by law essential resources or services to the public sector and therefore carry out the activity in a «privileged position regime». The interpretation that must be given to the article in accordance with the Constitutional Court is that the reservation does not exclude the possibility that the management of the activity is entrusted to individuals through concessionary techniques.

The distinction between «ownership» and «management» of a public service is important. When the administration configures the services, their organization and provision, it becomes the owner and therefore ultimately responsible for them. The administration will have police powers and will have prerogatives in the contract. Without prejudice to the ownership of the service by the administration, there are two ways of managing public services, included in article 85 of Law 7/1985, of April 2, regulating the Bases of the Local Regime: direct management by the Administration and indirect management when it entrusts the management of the service to a third party.

Within direct management, this may consist of either an undifferentiated management by the same legal entity, or through the forms of personification provided for in Law 40/2015, of October 1, on the Legal Regime of the Public Sector. In any case, those services that imply the exercise of authority will be directly managed, such as the protection of public safety or the activity of firefighters.

On the other hand, indirect management can also be carried out through different contractual and non-contractual legal formulas, which we will see below.

2. Indirect management of public services. News in the field.

2.1 contractual management

The new regulation of the LCSP abolishes the service management contract. As a consequence, all the contracts covered in its various modalities must be reclassified in the new services concession contract or the services contract, depending on whether it produces a transmission of operational risk to the contractor or it is assumed by the administration.

2.2 Non-contractual management

The Directive on Public Procurement 2014/24/EU establishes that there are certain services to people (social, health, educational ...) that can be provided outside of public procurement.

At the national level, the LCSP introduces the non-contractual management of public services in its forty-ninth provision, allowing the Autonomous Communities to regulate non-contractual instruments for the provision of public services of a social nature. The Social Services Laws published by the different autonomous communities during the last decade are integrated into the framework of «third generation" laws. These are characterized by «ensuring the jurisdictional protection of social services, consolidating them as the fourth pillar of the state of the well-being».

III. CURRENT REGULATION OF THE CONTRACTUAL FORMS OF INDIRECT MANAGEMENT

Currently, and as a consequence of the transposition of the directives on concessions into national legislation, the contractual forms of indirect management of services are the service concession contract and the service contract (when it entails direct benefits to citizens), depending on whether it produces a transmission of operational risk to the contractor or it is assumed by the administration.

1. Previous introduction

While works concession contracts had already been included in directive 89/440/CEE (which modified directive 71/305/CEE), directive 93/37/CEE, and later directive 2004/18/CE, Since some rules relating to advertising apply to them, the concession of services had only been defined in the latter, thus being excluded from secondary law. In this way, the Member States were not subject to the tendering procedures regulated in the Directives when awarding concessions. However, primary Community law did apply to concessions.

It is not until directive 2014/23/EU that the services concession is regulated in the European public procurement regulations, together with the works concessions and separately from other contracts. This is part of the «fourth regulatory package» (or «high-generation directives»), approved on February 26, 2014, relating to the matter of public procurement. The regime contained in that package of directives is stricter for contracts than for concessions, for which it merely provides for a minimum of requirements.

The main objective of the European Union may be to avoid what HUERGO LORA calls in his work «the flight to concessions», since the unequal regulation of the Member States regarding concessions due to the absence of a common European regulation allowed to these States «to process as concession contracts that in reality deserved the classification of service contracts and that, as such, should be subject to the bidding procedures of the Directives».

It is important to note that national adaptation has been the subject of numerous criticisms focused on adaptation to the community scheme (which distinguishes service

contracts and service concession contracts as contractual forms of indirect service management), since the contractual modalities of the TRLCSP already constituted an effective model that responded to the needs and demands of local administrations.

2. Regulation in the LCSP

2.1 Legal context of the LCSP

The object and purpose of the LCSP consists of regulating the contracting of the public sector, guaranteeing its general principles. Also ensure, in accordance with the objective of budgetary stability and expenditure control, and the principle of integrity, an efficient use of public funds.

In the LCSP we can distinguish between administrative and private contracts, thus being subject to a legal regime of administrative law or private law. Within the administrative contracts, the typical contracts, expressly regulated in the standard, the atypical and the mixed contracts are distinguished. Here it is worth noting the reorganization carried out by the law of typical contracts with respect to the previous law(TRLCSP), disappearing the previous contract for the management of public services in its various modalities and the collaboration contract between the public and private sectors, and regulating the novel services concession contract whose general regulation will be seen below. Finally, contracts may be subject to harmonized regulation or not, which means, among other things, their publication in the Official Journal of the European Union.

2.2. New concession regime

In directive 2014/23/EU, concessions are defined in the same way as in previous directives, in recital 11 and article 5. Specifically, it configures the concession of services as onerous contracts through which one or more powers or entities contractors entrust the execution of works (works concession) or the provision and management of services (services concession) to one or more economic operators. The compensation consists of the right to exploit the works or services, or this right in

conjunction with a payment. But this time an express reference to risk is added, since the transmission of operational risk to the concessionaire is going to be a fundamental requirement.

In title II and III of the directive, some basic rules will be developed on the award of the contract and others for the execution, respectively, a much less exhaustive regulation than in classic public contracts

In the LCSP, the service concession contract is regulated in its articles 15 and 284-297.

Article 15.1 includes the definition of the service concession contract established in article 5.1.b) of Directive 2014/23. In addition, section 2 establishes the requirement of transferring the operational risk to the concessionaire.

Preamble of the LCSP affects the disappearance of the figure of the public service management contract in the new regulation, as well as the indirect management modes of article 277 of the previous text. Instead, and in accordance with the new Directive on the award of concession contracts, the new figure of the concession of services is regulated.

The Law, following Directive 2014/23/EU, does not limit the services concession to those that can be classified as public services. However, this qualification implies the specific application of certain rules.

On the other hand, although the traditional service contract of article 17 (previously regulated in article 10 TRLCSP) is maintained, in the new text of the LCSP a specialty of the service contract is introduced for the first time when it entails direct benefits to favor of citizenship, regulated in article 312 LCSP .

Thus, the service contract has been greatly extended, since it has abandoned its classic instrumental character and now covers the benefits of the concession of services, in cases where there is no transmission of operational risk. since the criterion of Directive 2014/23/EU, which regulates the transfer of operational risk as a delimiting

element of the services concession contract with respect to the services contract, will be included by the LCSP.

IV. OPERATIONAL RISK

1. Context of operational risk.

The transfer of the «operational risk» to the concessionaire is a necessary requirement to consider a contract «concession» and thus apply its regulation.

1.1 Distribution of contractual risks.

A good distribution of the risks of the contract between the parties is important, an aspect that is also reflected in the law, since article 285.1.c) LCSP establishes the requirement to regulate the distribution of risks between the Administration and the concessionaire in the specifications and the work project, which will be carried out according to the particular characteristics of the service, and the operational risk corresponding to the contractor in any case.

Before the regulation of the requirement to transfer operational risk, there were already other rules and clauses for the distribution of contractual risks. Some of these rules that we can find in the LCSP are the following:

- The «risk and good fortune principle», regulated in article 197. It has been configured as a general principle that affects all administrative contracts, while operational risk is typical of contracts for the concession of works and services. The principle of risk and good fortune implies that the contractor assumes the risks that correspond to him, such as the greater onerosity of the provision. This principle has been permanently limited by a series of exceptions based on the principle of economic equilibrium of the contract from which financial compensation to the contractor may be derived from the administration.

- The contractor's right to compensation for damages in cases of force majeure and provided that there is no reckless action on his part, regulated in article 239 LCSP, relating to the works contract.
- The «progress clause» of the concessions in article 259.4, which also attributes to the concessionaire the risk of increasing the cost of the contract as a result of the obligation to maintain the works in accordance with what is at all times and as a consequence of progress of science, «provide the applicable technical, environmental, accessibility and elimination of barriers and user safety regulations». However, this risk is limited by the concessionaire's power to withdraw from article 270.4.b), when the latter is legally or contractually obliged to incorporate technical advances that have appeared on the market after the formalization of the contract. contract, in order to improve them.
- The right to reestablish the economic balance of the contract in the cases set forth in articles 270 and 290 for contracts for the concession of works or services respectively.

1.2 Background to operational risk

At the beginning of the year 2000, the transmission of the exploitation risk to the concessionaire (and its direct connection with the payment of a remuneration according to the use of the service) was already configured as one of the main distinguishing characteristics of the concession of services, together with a «total or partial remuneration from users» and the «provision of services of general interest that are the responsibility of the State on an economic basis».

In the analysis of jurisprudential doctrine, we find numerous judgments in which European courts rule on concessions and the risk of exploitation.

The judgment of September 10, 2009, Eurwasser case, already links the right of exploitation with risk. The judgment deals, among others, with the problem of qualifying a service provision activity when it involves very limited financial risks. It resolves that "even if the risk borne by the contracting entity is very limited, it is necessary that it transfers all or at least a significant part to the concessionaire".

For its part, the judgment of March 10, 2011, Privater, points out in the same sense that in the qualification of the contract, the transmission of the exploitation risk is decisive, even if it is limited.

The judgment of November 10, 2011, Norma A, matter establishes that the risk criterion is distorted by the application of compensation for costs higher than expected and reductions in rates.

At the national level, and before the LCSP of 2017, jurisprudence and doctrine has focused on resolving doubtful cases regarding the qualification of contracts, analyzing the assumption of risk by the concessionaire.

Already in the LCSP of 2007 and later in the TRLCSP, a transfer of risk was required from the contractor in the works concession and service concession contracts to receive this qualification.

In the regulation of both contracts, the risk and good fortune was expressly mentioned as a requirement in the execution, which although in reality it was a general requirement for all administrative contracts, for these it was constituted as a differentiating element of the same.

But the Advisory Board was qualifying this characteristic, distinguishing "the risk of exploitation inherent to the concessions" from the "principle of risk and good fortune" assumed in administrative contracts in general: the former will depend on circumstances that make the outcome of the concessions especially uncertain. management, performance depending on the way in which the concessionaire manages the service, while the second is the one that arises from unforeseen circumstances that would affect any contract or from a calculation error when making the offer.

Other important nuances derived from the reports were:

- The risk of exploitation should involve more risk than that of the alteration of the constituent elements of the contract, that is, «the economic risk inherent in the management of the service».
- The remuneration of the concessionaire should depend on the use of the service (art. 257.1 LCSP (2007)), even if it was received from the Administration. Unlike the jurisprudence of the CJEU, in our doctrine the contracts in which the remuneration was made by the awarding Administration could be considered as concessions, provided that it was directly linked to the demand. However, the same criterion as the CJEU is followed when excluding the concession when there are «compensation mechanisms by which the public authority guarantees a level of benefits or the absence of losses», distorting the basis of risk.
- Even if a legal business had some characteristic of the concession, if it did not include the assumption of the exploitation risk, it could not be considered a service concession. In such cases, with the legal regulation of the moment, it could be classified as a service contract or as a special administrative contract.

For their part, the administrative courts of contractual resources have focused fundamentally on the transmission of the exploitation risk and the mode of payment (regardless of who carried it out) in the resolution of conflicts in the qualification of contracts, excluding the concessionary nature because they consist of the remuneration in a fixed payment independent of the use and excluding the risk of availability of the risk of exploitation.

2. Current regulation of operational risk

2.1 Operational risk in directive 2014/23/EU

In directive 2014/23/EU, although it includes a definition of concessions that already appeared in previous directives, it also includes an express reference to the requirement of transferring operational risk to the concessionaire, in the exploitation of works or services.

On the one hand, article 5.1 provides that it will consist of an «economic risk», which will include demand risk, supply risk, or both. It will imply the possibility that the investments made or the costs arising from the exploitation of said works or services under normal operating conditions will not be recovered. As a characteristic note, the article establishes that the part of the risks transferred to the concessionaire will entail a real exposure to market uncertainties. It is not necessary to produce a complete transfer of risk, with the administration being able to assume a part of it.

Risk is also referred to in the recitals of the directive. Recital 18 also emphasizes the economic nature of the risk to be transferred, which will always be linked to the main characteristic of the concession, which is the right to exploit the works or services. In addition, the application of the directive rules is excluded in cases where the administration relieves the economic operator of any possible loss. However, the assumption of part of the risk by the contracting authority or entity is also allowed, but such transfer cannot be insignificant.

For its part, recital 20 establishes that operational risk must derive from factors beyond the control of the parties, ruling out the risks inherent in any type of contract.

On the one hand, the «demand risk» is that due to the actual demand for the works or services covered by the contract. Regarding the «supply risk» it implies the risk of not being able to supply the agreed quantity or not being able to comply with the quality conditions determined in the contract in the provision of the service

2.2 Operational risk in the LCSP

The definition of operational risk in the directive is included in the LCSP in article 14.4 14.4 (in relation to article 15.2).