

EL CONTRATO DE SERVICIOS Y DE CONCESIÓN DE SERVICIOS EN LA LCSP 9/2017.



1.-La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Objetivos, principales novedades y zonas oscuras.

El 9 de marzo de 2018 entra en vigor la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que deroga al Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

La aprobación de dicha Ley no ha estado exenta de avatares si tenemos en cuenta que la fecha máxima para la transposición de las Directivas tendría que haber sido el 16 de abril de 2016.

Tal como su nombre indica la citada norma pretende la nueva ley se plantea como una exigencia de transposición de las Directivas 2014/24/UE, sobre contratación pública y de la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Ahora bien, el legislador no solo quiere transponer las Directivas, también quiere mejorar el sistema de contratación pública, buscando mayor eficacia, transparencia e integridad, en el marco de los objetivos de la Estrategia 2020. Se quieren promocionar objetivos sociales, laborales y medioambientales, así como la innovación. Además, se quiere evitar la corrupción en la adjudicación de contratos haciendo que los procedimientos sean más eficaces.

Objetivos

La propia exposición de motivos establece los objetivos que esta nueva norma de contratación pretende alcanzar que de forma sintética serían:

- a) **Lograr una mayor transparencia en la contratación pública**, siguiendo de esta manera la línea marcada en los últimos años en nuestra legislación con normas como la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno o las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas o la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público.
- b) **Conseguir una mejor relación calidad – precio** que se pretende alcanzar mediante la obligación impuesta a los órganos de contratación de velar porque el diseño de los criterios de adjudicación permita obtener obras, suministros y servicios de gran calidad concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato.
- c) **La simplificación de los trámites**. El legislador es consciente de la excesiva burocratización de la contratación pública, y manifiesta como una intención de la nueva Ley la de simplificar los trámites con el objeto de resultar más simple para los licitadores y en especial para las PYMES, beneficiando así tanto a los licitadores como a los órganos de contratación.
- d) **Impulsar los criterios sociales y medioambientales**. No sólo como criterios de adjudicación si no estableciendo igualmente normas que permitan rechazar aquellas ofertas en las que se compruebe que son anormalmente bajas porque no cumplan las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral.
- e) **Conseguir una mayor seguridad jurídica que redunde en una contratación más eficaz**.
- f) **Que se utilice la contratación pública como instrumento para implementar determinadas políticas**. Es objetivo confeso del legislador que la contratación pública sirva para impulsar las políticas tanto europeas como nacionales en materia social,

medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de PYMES, y de defensa de la competencia.

Todos estos objetivos deben ser además combinados con la búsqueda de la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad que deben inspirar toda contratación en el ámbito de las Administraciones Públicas.

Novedades

La nueva Ley de Contratos del Sector Público presenta múltiples novedades respecto al actual TRLCSP, sin intención de ser excesivamente exhaustivos procede enumerar siquiera someramente aquellas novedades que tendrán especial incidencia en el ámbito de la contratación de las Entidades Locales y así podemos citar entre otras:

- a) **Impulso de la contratación electrónica.** La LCSP 2017 realiza una apuesta decidida y sin precedentes por la tramitación electrónica íntegra de los expedientes de contratación. Así en principio podemos considerar que a partir del **9 de marzo de 2018** será obligatoria la licitación electrónica y que la tramitación electrónica íntegra del expediente de contratación en sintonía con lo ya establecido entre otras en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, teniendo en cuenta que la LCSP 2017 no establece ningún tipo de moratoria o disposición transitoria que aplaze la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación.
- Sin embargo no faltan autores que defienden que la implantación de esta tramitación electrónica de los procedimientos de contratación debe demorarse a un momento posterior a la fecha del 9 de marzo de 2018.

En esencia basan esta afirmación en las previsiones contempladas en la Disposición Adicional Decimosexta de la LCSP 2017 cuando después de regular las normas a las que ha de ajustarse el empleo de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en los procedimientos contemplados en esta Ley, el apartado 2, establece: “*Mediante Orden del Ministerio de Hacienda y Función Pública se definirán las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación del Sector Público.*” Y de igual forma la Disposición final sexta establece:

- 1. Se autoriza al Ministro de Hacienda y Función Pública para aprobar, previo dictamen del Consejo de Estado, las normas de desarrollo de la disposición adicional decimosexta que puedan ser necesarias para hacer plenamente efectivo el uso de medios electrónicos, informáticos o telemáticos en los procedimientos regulados en esta Ley.*
- 2. Igualmente, el Ministro de Hacienda y Función Pública, mediante Orden, definirá las especificaciones técnicas de las comunicaciones de datos que deban efectuarse en cumplimiento de la presente Ley y establecerá los modelos que deban utilizarse.*
- 3. El Consejo de Ministros, a propuesta de los Ministros de Hacienda y Función Pública y de Energía, Turismo y Agenda Digital, adoptará las medidas necesarias para*

facilitar la emisión de facturas electrónicas por las personas y entidades que contraten con el sector público estatal, garantizando la gratuidad de los servicios de apoyo que se establezcan para las empresas cuya cifra de negocios en el año inmediatamente anterior y para el conjunto de sus actividades sea inferior al umbral que se fije en la Orden a que se refiere el párrafo anterior.

Por lo que cabría interpretar, y así lo vienen haciendo algunos autores, que en tanto en cuanto no se produzca este desarrollo normativa de las especificaciones técnicas para la utilización de medios electrónicos en los procedimientos de contratación, no sería obligatoria (aunque si posible) su utilización.

En todo caso, y aún admitiendo esta demora en la aplicación de la tramitación electrónica de los expedientes de contratación esta en ningún caso podría ser superior al **18 de octubre de 2018**, fecha de entrada en vigor del artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE de aplicación directa.

En este sentido puede resultar de interés la lectura del Informe 6/2017, de 19 de junio, de la Comisión Consultiva de Contratación Pública de la Junta de Andalucía sobre cuestiones relacionadas con la contratación electrónica.

- b) **La supresión del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía.** (art. 168). Uno de los objetivos manifestados por la propia exposición de motivos de la LCSP es la introducción de mecanismos de erradicación y lucha contra la corrupción y búsqueda de una mayor transparencia en la contratación pública. Es desde este prisma desde el que se puede entender la supresión del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía, ya que si bien es cierto que mayoritariamente ha sido un tipo de procedimiento bien utilizado en las Administraciones Públicas, facilitando una adjudicación más ágil que el supuesto de la contratación mediante procedimiento abierto o restringido, no es menos cierto que en algunas ocasiones se había convertido en un lugar de cobijo para prácticas administrativas irregulares, cuando no delictivas, que resultaba necesario erradicar.
- c) **Supresión del contrato de colaboración público – privada.** Dado que se había demostrado poco operativo y se considera que los mismos objetivos se pueden alcanzar con otros tipos de contratos.
- d) **El aumento de importancia del Perfil del Contratante.** Otro de los objetivos confesos del legislador con esta nueva LCSP 2017, es el continuar avanzando en la búsqueda de la mayor transparencia en el funcionamiento de la Administración Pública, aspecto igualmente vinculado con la lucha contra la corrupción. En este sentido adquiere en la nueva Ley una especial relevancia el instrumento del Perfil del Contratante por varios motivos. En primer lugar, porque todos los contratos NO sujetos a regulación armonizada (SARA) sólo será necesaria su publicación en el Perfil del Contratante, no siendo necesaria su publicación como hasta ahora, en ningún boletín oficial, sin perjuicio obviamente de que esta u otras formas de publicidad puedan ser voluntariamente utilizadas.

Dentro del ámbito de la Comunidad Autónoma de Galicia podría plantear dudas la previsión contenida en el artículo 326.1 de la *Lei 5/1997, de 22 de xullo, reguladora da Administración Local de Galicia*, cuando establece que: “1. Todos los procedimientos para la adjudicación de los contratos, con excepción de los procedimientos negociados, se publicarán en el «Boletín Oficial» de la provincia y en el «Diario Oficial de Galicia». Además, cuando por razón de su cuantía estén sujetos a publicación en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», se publicarán en el «Boletín Oficial del Estado».”

Sin embargo, considero que dicha regulación ha de entenderse derogada por la nueva regulación establecida en la LCSP 2017.

En segundo lugar porque se incrementa notablemente la información y documentación que debe residenciarse en este Perfil del Contratante, siendo ahora necesario que figuren entre otros documentos e informaciones: la memoria justificativa de la necesidad del contrato y de la insuficiencia de medios, la composición de la mesa de contratación, la composición en su caso del comité de expertos, los pliegos etc..., siendo necesario que todos los perfiles del contratante de todos los poderes adjudicadores se encuentren alojados en la plataforma digital de contratación del sector público.

- e) **Modificaciones en la composición de la mesa de contratación en las Entidades Locales. (Disposición Adicional Segunda. 7).** La nueva regulación clarifica la composición de las Mesas de Contratación en las Entidades Locales, limitando la posibilidad de participación de los miembros electos en las mismas y avanzando en la idea de que estas se configuren realmente como un órgano técnico, desprovisto de cualquier tipo de matiz político. Así establece la D.A. Segunda que los miembros electos que, en su caso, formen parte de la Mesa de contratación no podrán suponer más de un tercio del total de miembros de la misma. Además en ningún caso podrá formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas, personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente.
- f) **Contratación por lotes. (art. 99.3 y Disposición Adicional Cuarta).** Frente a la regulación anterior en la que se preveía como posibilidad la división en lotes del objeto del contrato, siendo vista incluso con cierto recelo dicha división, en tanto que se pretendía evitar fraccionamientos irreales del objeto del contrato, la nueva regulación cambia radicalmente de punto de vista de tal manera que ahora lo que deberá justificarse en el expediente será la razón por la que no se puede licitar por lotes con el fin de facilitar y fomentar la participación en los procedimientos de licitación de las PYMES. Igualmente la LCSP 2017 contempla la posibilidad de que se pueda limitar el número de lotes a los que se pueda presentar o que se puedan adjudicar a una misma empresa.
- g) **Desaparición del contrato de gestión de servicio público. (art. 15)** Desaparece el contrato de gestión de servicio público y en su lugar aparece el contrato de concesión de servicios si bien no serán del todo equivalentes siendo el elemento determinante ahora el concepto de riesgo operacional.
- h) **Ampliación del recurso especial en materia de contratación. (art. 44 y ss).** Por un lado se establece ahora para los contratos de obras, de concesiones de obras y de concesiones de servicios cuyo valor estimado sea superior a los 3.000.000 de euros y para los contratos de suministros y de servicios cuyo valor sea superior a 100.000 euros. Por otro lado se amplían los supuestos sujetos a este recurso especial en materia de contratación a supuestos como: la modificación del contrato cuando se estime que esta debería estar sujeta a nueva adjudicación, la formación a favor de medios propios o a los rescates de concesiones.

- i) **Aumento de la importancia de la fase inicial de la contratación.** La nueva normativa prevé la posibilidad de realizar consultas preliminares a la redacción de los pliegos tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas que se realizarán a través del Perfil del Contratante. Pero se refuerza la necesidad de que conste en el expediente una memoria o documento justificativo de la necesidad de contratar y la insuficiencia de medios personales y materiales propios para la ejecución de esa actuación, con la novedad de que ahora dicho documento deberá publicarse en el perfil del contratante.
- j) **Creación del contrato simplificado y simplificado abreviado o super - simplificado.** Se crean estos nuevos procedimientos de adjudicación que pretenden lograr una mayor agilidad en la contratación paliando de esta manera los efectos de la supresión del contrato negociado sin publicidad por razón de la cuantía y las nuevas limitaciones que la LCSP 2017 establece para la contratación menor. Tales modalidades de contratación sólo serán aplicables para el contrato de obras, de suministros y de servicios.

Modalidad	OBRAS		SERVICIOS Y SUMINISTROS	
	Simplificado	Simplificado Abreviado	Simplificado	Simplificado Abreviado
Importe Igual o menor	2.000.000 €	Menos de 80.000 €	100.000 €	Menos de 35.000 €
Plazo mínimo Licitación	20 días	10 días	15 días	10 días/ 5 días si se trata de adquisición de bienes corrientes
Criterios de adjudicación Sujetos a juicio valor	Hasta un 25% del Total	100% Criterios evaluables mediante fórmulas	Hasta un 25% del Total, excepto en servicios de tipo intelectual (ingeniería, arquitectura, etc.) en ese caso hasta un 45%	100% Criterios evaluables mediante fórmulas

- k) **Aumento de la importancia de los criterios sociales y ambientales como criterios transversales de la contratación** siempre que guarden relación con el objeto del contrato. Tales criterios no solo se presentan como criterios de adjudicación sino también como criterios cualitativos para evaluar la mejor relación calidad precio, o como condiciones especiales de ejecución. Así mismo se exigen certificados de gestión medioambiental a las empresas licitadoras como condición de solvencia técnica y se siguen regulando los contratos reservados a centros especiales de empleo. Se establece como causa de prohibición para contratar el no cumplir el requisito de que al menos el 2% de los empleados de empresas de más 50 o más trabajadores sean trabajadores con discapacidad etc...
- l) **Aparición de la figura del responsable del contrato y aumento de las funciones de los habilitados estatales.** Se crea por un lado la figura del responsable del contrato en un intento de lograr una mayor supervisión de la correcta ejecución de los contratos. A nivel local se refuerzan las funciones del Interventor atribuyéndole de forma expresa la fiscalización sobre la valoración que se incorpore al expediente de contratación sobre las repercusiones de cada nuevo contrato, excepto en los contratos menores, en el cumplimiento por la Entidad local de los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. Se establece ahora que el Interventor asistirá a la recepción material de todos los contratos, excepto los contratos menores, en ejercicio de su función de fiscalización material de las inversiones que exige la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, pudiendo estar asistido en la recepción por un técnico especializado

en el objeto del contrato, que deberá ser diferente del director de obra y del responsable del contrato. Se establece igualmente de forma expresa que los Secretarios de la Corporación emitirán informe preceptivo referido a la aprobación del expediente de contratación, modificación de los contratos, revisión de precios, prórrogas, mantenimiento del equilibrio económico, interpretación y resolución de los contratos. Además se establece que corresponderá igualmente al Secretario la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que establecen en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno.

m) **Reducción de los límites de la utilización del contrato menor.** Por un lado se reducen los importes respecto al TRLCSP de tal forma que ahora solo se podrá utilizar el contrato menor en obra hasta un valor estimado de 40.000 euros y en el resto de contratos hasta 15.000 euros. Por otro lado, establece la necesidad de que se acompañe un informe de motivación del contrato, sin establecer ningún límite, lo que puede suponer un problema teniendo en cuenta que puede ser necesario tal informe en contratos de cuantía mínima. Finalmente el artículo 118.3 establece que: *“En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla.”* Dicho precepto limita de esta forma las contrataciones menores a que no se supere con un mismo contratista ya sea con uno o con varios contratos los 40.000 euros en obras o los 15.000 euros en los restantes contratos. Tal artículo merece ser ampliamente criticado, no tanto por su intención, que resulta loable, cuanto por su redacción. En primer lugar porque no establece ningún límite temporal. En buena lógica debemos considerar que el límite será 1 año, surgiendo dudas de si se debe entender un año a contar desde la contratación o dentro de un único ejercicio presupuestario. En segundo lugar, deja en manos del órgano de contratación la comprobación de esta circunstancia, cuestión que puede resultar efectiva en el ámbito de la Administración del Estado pero que resulta realmente difícil de aplicar en el ámbito local teniendo en cuenta que resulta complicado imaginar al Alcalde o al Pleno de la Corporación realizando dicha comprobación previa.

n) **Peculiaridades del régimen de contratación para los municipios de menos de 5.000 habitantes y para los de menos de 20.000 habitantes.** En el primer caso la mayor peculiaridad estriba en el hecho de que la aprobación del gasto será sustituida por la certificación de existencia de crédito que será expedida por el Secretario - Interventor. Además en los contratos de obras cuya financiación exceda de un presupuesto anual, podrá redactarse proyectos independientes relativos a cada una de las partes de la obra, siempre que estas sean susceptibles de utilización separada en el sentido del uso general o del servicio, o puedan ser sustancialmente definidas. Por su parte en los municipios de menos de 20.000 habitantes podrán licitar contratos no sujetos a regulación armonizada de concesión de servicios que se refieran a la gestión de dos o más servicios públicos diferentes siempre y cuando la anualidad media del contrato no supere los 200.000 euros, y el órgano de contratación justifique en el expediente de contratación esta decisión en base a la necesidad objetiva de proceder a la gestión unificada de dichos servicios. En todo caso, el pliego de cláusulas administrativas particulares precisará el ámbito funcional y territorial del contrato de concesión de servicios.

Zonas oscuras y críticas a la LCSP 2017

Si bien es cierto que la nueva regulación contractual presenta muchos aspectos ensalzables entre los que podemos destacar la limitación del abuso de los contratos menores exentos de todo tipo

de publicidad y concurrencia, la desaparición de los contratos negociados por razón de la cuantía, la potenciación del uso de declaraciones responsables, la apuesta decidida por criterios sociales y medioambientales, la implementación definitiva de la contratación electrónica etc...No es menos cierto que existen varios aspectos criticables de la nueva normativa.

Sin ánimo de ser excesivamente exhaustivo y a la vista de los numerosos estudios y análisis que sobre la nueva LCSP 2017 se han realizado desde su aprobación e incluso antes de esta podemos señalar una serie de zonas oscuras que presenta la nueva normativa.

- a) **Extensión y complejidad.** Se trata de una norma excesivamente extensa, de nuevo llena de remisiones dentro de la propia ley, característica esta que definía ya a su antecesora, y de lectura complicada. La LCSP en números sería:

347 artículos.

16 disposiciones finales.

53 disposiciones adicionales.

5 disposiciones transitorias.

16 disposiciones finales.

294 páginas.

172.000 palabras (aprox.).

Más de 1.000.000 de caracteres.

Para hacernos una idea de la extensión de la norma basta señalar que la misma cuenta con más de 1.000.000 de caracteres frente a los 700.000 que tendría el Código Civil formado por 1.900 artículos y que vertebraba la totalidad del derecho civil español.

Dicho exceso se observa desde el propio título de la Ley: Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, considerándose completamente prescindible la referencia a las directivas europeas en el mismo, tal como señala el profesor José María Gimeno Feliu.

Tal extensión implica una dificultad en su aplicación tanto para el profesional de la Administración como para el posible contratista, quienes deberán dedicar horas y horas de estudio de un texto largo y complejo.

- b) **Una ley hecha por y para el Estado.** O en todo caso para el Estado y las Comunidades Autónomas. De nuevo asistimos una vez más a una regulación estatal realizada de espaldas a las necesidades y peculiaridades de las Entidades Locales pero que les obliga a ajustarse y adaptarse a todos y cada uno de los muchos requisitos establecidos por esta norma. No se legisla para la Administración local, si no para el Estado y en todo caso para las Comunidades Autónomas, como lo demuestra el hecho de que la ley de contratos dedique únicamente dos disposiciones adicionales a la regulación de las peculiaridades de la contratación pública de las entidades locales. No se aportan soluciones al problema de funcionamiento de las entidades locales pequeñas que deberán aplicar todos y cada uno de los preceptos de

la nueva ley, de la misma forma que lo deben hacer el resto de administraciones públicas, pero con menos medios personales y materiales.

Pruebas de este desconocimiento de la realidad local abundan en la nueva ley de contratos, como por ejemplo la dificultad que puede suponer para las entidades locales la aplicación de la figura del responsable del contrato, o la obligatoriedad de la presencia del interventor en las recepciones de los contratos, la dificultad de aplicar a nivel local las limitaciones introducidas en el contrato menor, los problemas que puede generar en los pequeños municipios la nueva composición de la mesa de contratación, la indefinición que supone atribuir al Secretario de la corporación “la coordinación de las obligaciones de publicidad e información que se establece en la Ley 19/2013” no estableciendo en que han de consistir concretamente esas funciones de coordinación y que responsabilidad asume el Secretario entre otras muchas.

- c) **Incoherencia entre los objetivos manifestados y el contenido de la Ley.** Se ha señalado anteriormente que entre los objetivos manifestados por el legislador en el exposición de motivos está el de facilitar el acceso de las PYMES a la contratación pública, simplificando los procedimientos y aumentando la transparencia en la contratación pública. Así en el Preámbulo de la norma se indica que se pretende lograr una “menor burocracia para los licitadores”, “mayor transparencia”, “simplificación...” pero como señala José Ramón Chaves García, cuesta frenar la carcajada cuando arranca el Tercer apartado del Preámbulo con esta declaración: *“El sistema legal de contratación pública que se establece en la presente Ley persigue aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica...”* Pensemos en el pequeño contratista haciendo frente a conceptos tales como: clasificaciones divergentes, diálogo competitivo, acuerdos marco, sistemas dinámicos, asociación para la innovación, valor estimado, riesgo operacional, servicios a las personas, servicios a la ciudadanía etc...

A la vista de las últimas normas dictadas en el ámbito de la Administración Pública, parece que pese a afirmar reiteradamente en las exposiciones de motivos de las normas, que uno de los objetivos primordiales es la simplificación de los procedimientos administrativos, caminemos hacia una cada vez mayor complejidad de los mismos, lo cual genera una importante inseguridad jurídica tanto para el ciudadano como para el propio funcionario público encargado de aplicar la norma.

En lo últimos tiempos se ha perdido un poco el horizonte de cuál ha de ser el objetivo, la razón de ser de una Administración Pública, centrándonos excesivamente en la arquitectura procedimental en su mayoría electrónica, que implica la necesidad de dedicar un importante esfuerzo y tiempo del empleado público en adaptarse a los nuevos procedimientos, que sin embargo, en la mayoría de las ocasiones, no tienen un reflejo claro y apreciable por el ciudadano como cliente de las instituciones públicas o al menos el esfuerzo invertido por el empleado público no se traslada en una mejora apreciable por el ciudadano. Sin llegar a afirmar como hace Sergio Jiménez en su blog “Analítica Web Pública” (entrada de 08/01/2018) que la e-Administración debe morir, si es cierto que sería de agradecer que de una vez por todas el legislador optase por una simplificación real y efectiva de los procedimientos, apreciable por el ciudadano y por el propio funcionario y no que esta quedase en un brindis al sol cada vez que se aprueba una nueva ley reguladora de los procedimientos administrativos.

- d) **La limitación de los contratos menores.** Ya hemos señalado anteriormente que el artículo 118.3 de la LCSP limita la posibilidad de que un mismo contratista pueda

suscribir uno o más contratos menores que superen los límites de 40.000 euros en obras y 15.000 euros en los restantes contratos, y que si bien dicha limitación parece correcta a fin de evitar las incorrectas prácticas que se venían operando en muchas Administraciones en donde se sucedían sin control alguno a lo largo del ejercicio presupuestario un sinnúmero de contratos menores con un mismo empresario, que si bien no superaban el límite legal al final del ejercicio excedían con mucho dicho límite, lo cierto es que la redacción del precepto deja bastante que desear en cuanto a su claridad.

En primer lugar, porque pese a pensar que la interpretación debe ser la más restrictiva para este tipo de procedimiento excepcional, carente de publicidad y que debe aplicarse a la cifra límite por contratista con independencia del objeto del contrato, no es menos cierto que hay opiniones que defienden que este límite debe ser entendido respecto a contratos con prestaciones de idéntica naturaleza.

En segundo lugar la cuestión ya comentada de la inexistencia de un límite temporal expreso recogido en el artículo 118.3.

En tercer lugar la previsión de que sea el órgano de contratación el que deba realizar el control previo de no haber rebasado este límite.

Y en cuarto y último lugar es previsible que en esta materia se generen problemas interpretativos en relación al cómputo de los pequeños gastos, anticipos de caja fija, pagos a justificar, etc...

Finalmente la existencia de un periodo de vacatio de solo 4 meses, implicará que especialmente las Entidades Locales carezcan de tiempo suficiente para reestructurar su sistema de contratación, buscando fórmulas alternativas (contratos marco, centrales de contratación, subastas electrónicas etc...) para invertir la costumbre muy arraigada de acudir al proveedor cercano en busca de actuaciones, servicios o suministros que resulta necesario cubrir con cierta premura.

Esta deficiente redacción ya ha tenido sus consecuencias y así podemos citar el Informe 3/2018, de 13 de febrero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón que considera que esta limitación se refiere a contratos entre la misma tipología (obras, servicios, suministros) y durante el plazo de 1 año coincidente con el ejercicio presupuestario. Criterio similar sigue el informe de la Junta Consultiva de Contratación de la Comunidad de Madrid 1/2018, de 11 de abril. Frente a estos la Junta Consultiva de Contratación del Estado en informe 41/2017, considera que el artículo 118.3 no prohíbe la contratación menor con el mismo operador salvo en aquellos casos en los que exista una alteración fraudulenta del objeto del contrato y que en todo caso esta prohibición y necesidad de justificación se extenderá durante el plazo de 1 año a contar desde la aprobación del gasto.

Esta última interpretación debe ser criticada a nuestro juicio por vaciar completamente de contenido el artículo 118.3, haciéndolo prácticamente inútil y sin establecer ningún tipo de limitación real, por lo que se considera más acorde la postura mantenida por las juntas consultivas de Aragón y Madrid.

- e) **El reducido plazo para la aplicación de la contratación electrónica.** Como ya se ha señalado la LCSP 2017 no establece ninguna disposición transitoria que permita de forma expresa demorar la aplicación de la contratación electrónica más allá del 9 de marzo de 2018, aunque como ya se ha señalado existen autores que defienden

que para la efectiva puesta en marcha será necesario aún un desarrollo de las disposiciones contenidas en la Disposición Adicional Decimosexta y en la Disposición Final Sexta. Debe entenderse que teniendo que haber sido traspuestas las Directivas Europeas como fecha límite el 16 de abril de 2016 es comprensible la urgencia del legislador por la entrada en vigor de la Ley, sin embargo, siendo conscientes que el artículo 22.1 de la Directiva 2014/24/UE que precisamente regula la obligatoriedad de esta contratación electrónica no entraría en vigor hasta el 18 de octubre de 2018, nada hubiese impedido que se ampliase el plazo expresamente hasta este límite, ya que de nuevo es muy probable que las Entidades Locales, especialmente aquellas con menos recursos se vean abocadas al incumplimiento de esta obligación de implantación de la contratación electrónica.

- f) **Deficiente regulación de las formas de valoración del precio.** Pese a que existe una doctrina mayoritaria a favor de la aplicación de la fórmula proporcional, e innumerables informes del Tribunal de Cuentas, de la Juntas Consultivas de Contratación y de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales, que imponen una serie de limitaciones que debe cumplir la fórmula de valoración del precio, que prácticamente la reducen a una fórmula concreta. Sin embargo, la nueva ley, ni señala las fórmulas adecuadas, ni establece los límites impuestos por el Tribunal de Cuentas ni por el resto de la doctrina, únicamente dispone que la elección de las fórmulas se tendrán que justificar en el expediente, regulación a todas luces insuficiente para una cuestión tan relevante.

2.-El contrato de concesión de servicios. Objeto.

La entrada en vigor de la LCSP 2017 supondrá la desaparición definitiva de contrato de gestión de servicios públicos anteriormente regulado en el TRLCSP, apareciendo en su lugar e contrato de concesión de servicios (si bien dicho contrato de concesión de servicios aparecía ya regulado en la Directiva 2014/23).

Esto novedad no implica sólo un cambio de nombre, si no que la modificación alcanza un mayor calado, de tal forma que podemos afirmar que no todos los hasta ahora contratos de gestión de servicios públicos pueden ser considerados ahora como contratos de concesión de servicios, si no que parte efectivamente podrán ser encuadrados dentro de esta modalidad de contrato de concesión de servicios y otros (concretamente aquellos en los que el riesgo operacional no sea asumido por el contratista) deberán ser considerados como contratos de servicios.

Por lo tanto la delimitación de objeto de contrato de concesión de servicios y la distinción respecto del objeto del contrato de servicios adquiere una especial relevancia. En este sentido el objeto central de la Directiva 2014/23 es la clarificación del concepto de contrato de concesión. De acuerdo con la Comisión Europea, existe una incertidumbre que rodea a estos contratos (ausencia de un concepto armonizado, delimitación del tipo y nivel de los riesgos que deben asumirse, diferenciación de los contratos de servicios y de las concesiones de servicios etc...) que afecta negativamente a la asignación eficiente del gasto público y resulta perjudicial para los poderes y entidades adjudicadoras, los operadores y los propios usuarios de las obras y servicios.

En este sentido la delimitación del objeto y a distinción y diferenciación entre el contrato de gestión de servicios y el contrato de servicios ha sido una cuestión recurrente en la contratación pública española, experimentando a lo largo de tiempo, una interesante evolución. A lo largo del tiempo se han ido utilizando doctrinal y jurisprudencialmente diferentes criterios a la hora de

deslindar el contrato de gestión de servicios públicos (ahora sustituido por el contrato de concesión de servicios) y el contrato de servicios.

Procede pues analizar someramente alguno de estos criterios ya superados para posteriormente centrarnos en la configuración realizada por la LCSP 2017 de objeto del contrato de concesión de servicios y su distinción respecto al contrato de servicios.

2.1.-Criterios no determinantes de la calificación del contrato de concesión de servicios.

1.-El criterio basado en la existencia de un servicio público o interés general.

Desde un punto de vista tradicional la diferenciación entre los dos tipos contractuales, contratos de servicios y contratos de concesión de servicios, dependía de la existencia o no de un servicio público, siendo que si se daba esta circunstancia nos encontrábamos ante un contrato de gestión de servicio. Así por ejemplo podemos citar informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Estado 27/2002, de 23 de octubre o 28/2007, de 5 de julio. Este último por ejemplo se limitaba a afirmar que: *“el contrato de recogida y transporte para la eliminación de los residuos sólidos urbanos, el contrato para la limpieza de las redes municipales de aguas pluviales y aguas residuales, el contrato de limpieza de vías públicas y el contrato de limpieza de playas son contratos administrativos de gestión de servicios públicos, actividades a las que se refieren los artículos 25 y 26 de la Ley Reguladora de las bases de régimen local, en los que se especifican que los municipios ejercerán competencias en todo caso, en los términos de la legislación del Estado y las Comunidades Autónomas y en relación, entre otras, con las siguientes materias: recogida y tratamiento de residuos, alcantarillado y tratamiento de aguas residuales, limpieza viaria.”*

Igualmente el informe 10/2007, de 26 de marzo, en el que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se limita a establecer en cuanto a los contratos de gestión del *“tanatorio, guardería infantil municipal, abastecimiento de agua potable y limpieza viaria y museo municipal pueden ser configurados como contratos de gestión de servicios públicos, siempre que, como se ha indicado, el Ayuntamiento haya determinado con carácter previo el régimen jurídico básico propio del respectivo servicio y, este venga impuesto con carácter mínimo o haya sido asumido como tal servicio por el Ayuntamiento, de conformidad con el artículo 25 y 26 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de Bases de Régimen Local”*

En esta misma línea la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su informe 5/2003, dice que: *“la diferencia entre los tipos de contratos administrativos viene dada por, en su caso, la definición y noción de servicio público, su encargo a un particular y, en el otro, por la existencia de servicios que no merecen el calificativo de público (en su sentido más estricto) y que un particular presta de acuerdo con las indicaciones de la Administración contratante.”*

Como señala Jaime Pintos Santiago hoy en día hay que entender superada esta tradicional visión de este elemento diferenciador como único criterio distintivo entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios, de modo que son también otros los elementos a valorar. Así lo anunciaban ya la STJUE de 18 de noviembre de 2004, que tras considerar irrelevante que un contrato sirva para cumplir una función de interés general (servicio público) calificó como contrato de servicios a un contrato de residuos, de este modo estableció que *“según la jurisprudencia, el artículo 1, letra a) de la Directiva 92/50 no distingue entre los contratos celebrados por una entidad adjudicadora para cumplir su función de satisfacer necesidades de interés general y los contratos que no guardan relación con dicha función”* De igual forma la STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, en el asunto C-382/05 referido a la calificación de contratos de tratamiento de residuos y de protección de las aguas en Sicilia como contratos

públicos de servicios sujetos a la Directiva 92/50/CEE, abogó posteriormente por esta postura a afirmar en su apartado 43 “lo mismo sucede con el hecho de que el tratamiento de residuos sea de interés general”.

Por lo tanto vemos que en un primer momento el principal criterio para determinar si nos encontrábamos ante un contrato de gestión de servicio público residía precisamente en comprobar que dicho contrato servía para la gestión a través de un tercero de un servicio público atribuido legalmente o asumido formalmente como tal por la Administración.

2.-Criterio del destinatario directo de la actuación.

Otro de los criterios muy utilizados para la distinción entre ambos contratos y que hoy en día debemos también considerar superado es el criterio del destinatario directo de la actuación o servicio. Está claro que toda actuación o contrato llevado a cabo por una Administración Pública debe tener como último destinatario al ciudadano ya que en la propia razón de ser de la Administración está el actuar al servicio del ciudadano. Sin embargo cabría diferenciar aquellos contratos en los que el servicio directamente se prestaba al ciudadano de aquellos en los que el destinatario directo era la Administración (aunque en último término sirviese para la prestación de algún servicio a la ciudadanía).

De esta forma se entendía que en aquellos casos en los que se trataban de contratos en los que se prestaba un servicio cuyo destinatario o beneficiario directo o primero era la Administración estaríamos ante un contrato de servicios (ejemplo un contrato de redacción de un proyecto de obras, contrato de servicio de mantenimiento de fotocopiadoras del Ayto., servicio de telefonía de las dependencias municipales, etc..) mientras que por el contrario si el servicio tenía como principal o primer destinatario a los ciudadanos nos encontraríamos ante un contrato de gestión de un servicio público (ejemplo limpieza de playas, abastecimiento de agua, tratamiento de residuos etc...) Así véase las sentencias de Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1990, de 17 de enero de 1992, de 27 de enero de 1997 y de 17 de diciembre de 1997 o los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 37/1995, de 24 de octubre; 41/1995, de 21 de diciembre, 4/1996, de 7 de marzo, y 47/2001, de 30 de enero. Igualmente en el mismo sentido encontramos el pronunciamiento de la Comisión Consultiva de Contratación Administrativa de Andalucía que afirma en el punto 4 de informe 4/1996, de 23 de julio que *“Este último apartado coincide plenamente con la opinión tradicional de la doctrina que establece un criterio distintivo, desde el punto de vista de los destinatarios directos del contrato, entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios, ante su frecuente confusión terminológica, afirmando que lo que caracteriza al contrato de gestión de servicios públicos es que los destinatarios del servicio que presta el contratista son los administrados y no directamente la Administración. Por el contrario, en el contrato de servicios el destinatario directo e inmediato del servicio constitutivo del objeto del contrato es donde establece igualmente como criterio distintivo, que califica como opinión tradicional de la doctrina, los destinatarios directos del contrato, en un supuesto los administrados y no directamente la Administración (gestión de servicios públicos) y en otro supuesto el destinatario directo e inmediato será la Administración contratante (servicios).”*

Sin embargo hoy en día tanto este criterio como el anterior se encuentran superados, como puso ya de manifiesto en su día la SSTJUE de 24 de septiembre de 1998, en el asunto Walter Tögel (C-76/97) y de 10 de noviembre de 1998, en el asunto BFI Holding (C-360/96).

3.-La existencia de retribuciones adicionales a las realizadas por el poder adjudicador.

Tampoco será determinante para poder considerar como contrato de concesión de servicios la existencia o no de retribuciones adicionales a las realizadas por el poder adjudicador. No cabe

pues considerar que si existen retribuciones por parte de los ciudadanos se considera contrato de concesión de servicios y si por el contrario el contratista es retribuido por la Administración estaremos ante un contrato de servicios.

Así lo dispone ya la STJUE de 18 de julio de 2007 Comisión/Italia en el asunto C-382/05.

4.-La duración del contrato y la circunstancia de que su ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales.

Ni la duración del contrato ni la necesidad de realizar importantes inversiones iniciales serán tampoco elementos determinantes de la existencia de un contrato de concesión de servicios. Así de nuevo la importante sentencia STJUE de 18 de julio de 2007 ya citada, Comisión/Italia, en el asunto C-382/05 en su apartado 42 señala que “además, la larga duración de los convenios controvertidos y la circunstancia de que se ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales a cargo del operador tampoco resultan determinantes para la calificación de tales convenios, ya que dichas características pueden hallarse tanto en contratos públicos como en concesiones de servicios”. Si bien este caso hay que decir, que aunque no resulte determinante, las fuertes inversiones iniciales, a priori, son más comunes en los contratos de concesión de servicios que en los contratos de servicios.

En todo caso, conviene dejar claro que el concepto de “gastos de primer establecimiento” no debe ser identificado con el importe de gestión del servicio o precio a pagar por la Administración por la gestión del servicio, si no que tal y como estableció el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, de fecha 6 de junio de 2013, la expresión “gastos de primer establecimiento” debe ser interpretada como los “costes para la puesta en marcha de un servicio (inversiones más gastos (IVA excluido) que el adjudicatario deba asumir, excluyendo las inversiones y gastos futuros y los de explotación.”

5.-La autonomía del adjudicatario en la ejecución del contrato.

De nuevo la STJUE de 18 de julio de 2007, ahora en el apartado 44 establece que: “para terminar, tampoco resulta determinante, en orden a calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, la circunstancia de que, llegado el caso, las prestaciones ofrecidas por el operador puedan requerir de éste una total autonomía de ejecución.” Si bien, por regla general, en la concesión de servicios el contratista tiene más autonomía de gestión del servicio mientras que en el contrato de servicios es el poder adjudicador el que dirige claramente la prestación del servicio, aunque como hemos indicado, esto no resulta determinante a la hora de la calificación contractual de un servicio.

6.-La realización de obras accesorias.

Tampoco será un criterio que nos permita diferenciar el contrato de concesión de servicios de otras figuras. Así la STJUE de 15 de octubre de 2009, Acoset, en el asunto C-196/08 confirma que la realización de obras de carácter accesorio no sirve para calificar un contrato como de servicios o concesión de servicios: “consta que la ejecución de las obras conexas a la gestión en exclusiva del servicio integrado de aguas del que se trata en el litigio principal tiene carácter accesorio respecto del objeto de la concesión en cuestión, que es la prestación de dicho servicio, por lo que dicha concesión no puede calificarse como “concesión de obras públicas”.

Ninguno de los criterios aquí señalados se considera hoy en día determinante para la consideración de un contrato como concesión de servicios a la vista de la regulación contenida en la LCSP 2017.

2.2.-El elemento definitorio del contrato de concesión de servicios. El riesgo operacional.

El Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) definía en su artículo 8.1 al contrato de gestión de servicios públicos como “aquel en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante.”

Frente a esto, y como ya ha hemos señalado, la LCSP 2017 suprime la figura del contrato de gestión de servicios públicos regulando en su lugar el contrato de concesión de servicios que pasa a estar ahora definido en el 15 en los siguientes términos:

“1.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.

2. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.”

Por lo tanto el criterio o elemento fundamental que nos va a permitir afirmar que estamos ante un contrato de concesión de servicios va a ser el hecho de que exista una transferencia al concesionario del **riesgo operacional**.

Este concepto del riesgo operacional supone una novedad desde el punto de vista de la regulación contractual de nuestra legislación, ya que anteriormente no se recogía en el TRLCSP, sin embargo se trata de un concepto que ya se venía manejando desde hace varios años en el ámbito tanto de la jurisprudencia europea como por las Juntas Consultivas y Tribunales de Contratación.

En el informe 4/2008, de 28 de julio, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado se concluye ya que “los tres contratos sometidos al dictamen de esta Junta Consultiva no tienen la naturaleza jurídica de contratos de gestión de servicios públicos ni, en consecuencia, revisten la modalidad de concesiones toda vez que el riesgo de la ejecución de los mismo no es asumido directamente por el contratista”. Por lo tanto, ya en el año 2008 para la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado pasan a ser determinantes en la correcta calificación de los contratos de gestión de servicios públicos la asunción del riesgo por parte del concesionario, criterio que fue confirmado de nuevo en el informe 65/2008, de 11 de marzo, de la misma Junta Consultiva que establece que: “resulta así que la gestión directa de un servicio público puede configurarse tanto siguiendo las líneas que configura la concesión administrativa, cuando existe riesgo en la gestión y ésta sea asumida por el empresario, o como un contrato de prestación de servicios en el que el contratista por así decirlo actúa como mero auxiliar de la Administración titular del servicio en la prestación del mismo. De esta forma queda suficientemente configurada la concesión porque en ella el concesionario actúa sustituyendo a la Administración concedente, actuando por ella, mientras que en el contrato de servicios se limita a realizar una serie de prestaciones que sirven a la Administración contratante como instrumento auxiliar en la prestación del servicio.”

De igual modo la jurisprudencia del TJUE ha venido considerando que la ausencia de una transferencia efectiva del riesgo económico impide calificar a un contrato como de concesión de obras, o en su caso, servicios. Entre otras podemos citar las SSTJUE de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, asunto C-234/03; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, asunto, C-382/05 y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, asunto C-437/07.

Por lo tanto el elemento clave en la calificación jurídica de contrato como contrato de concesión de servicios será la efectiva transferencia del riesgo operacional, por lo que será fundamental determinar que se entiende por riesgo operacional y cuando podemos considerar que existe una efectiva transferencia de este al contratista.

La definición legal del riesgo operacional la vamos a encontrar en el artículo 14.4 (artículo que regula la concesión de obra) de la LCSP 2017 que establece que:

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro 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.

Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

A partir de dicha definición podemos resaltar unos **rasgos definitorios** de ese riesgo operacional:

El riesgo operacional será siempre un **riesgo económico**. Así se establece expresamente en el Considerando 18 de la Directiva 2014/23 al afirmar que “la característica principal de una concesión el derecho a explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico...” Ello es así porque la retribución del concesionario debe prevenir en su parte sustancial de la explotación de la obra o del servicio objeto del contrato. Si ello no tiene lugar y es el poder adjudicador quien cubre el grueso de sus ingresos, no será posible aplicar la calificación jurídica de concesión al respectivo contrato.

Reforzando la idea anterior, la Directiva 2014/23 establece que el riesgo operacional debe implicar “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”. Lo anterior implica que junto a la lógica expectativa de ganancias existe también el riesgo de pérdidas, es decir que el concesionario está expuesto a no recuperar inversiones ni cubrir los costes que haya realizado. Es lo que se declara en el considerando 18 de la Directiva “la característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes...”

De esta forma al configurar el contrato de concesión de servicios entorno al concepto económico de riesgo operacional, este se va a desligar de la tradicional vinculación con la gestión de un servicio público. De tal manera que ahora el contrato de concesión de servicio no tiene por qué equivaler a la gestión de un servicio público y así habrá servicios públicos que puedan articularse a través de un contrato de concesión de servicios (aquellos en los que el riesgo operacional sea trasladado al concesionario) pero habrá servicios públicos que se articulen a través de un contrato de servicios (aquellos en los que no existe transmisión del riesgo operacional al contratista) e igualmente se podrá utilizar el contrato de concesión de servicios para la prestación de servicios que no pueden ser considerados como servicios públicos en el sentido tradicional del concepto. Así la DA 34 de la LCSP 2017 señala que “las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado en dicho contrato en la presente ley.” Por lo tanto se establece de esta forma que sólo se entenderán los contratos de gestión de servicios como concesiones de servicio siempre que se den las características de este último, es decir siempre que exista transferencia del riesgo operacional.

De esta forma podemos considerar que el contrato de concesión de servicios y del contrato de servicios comparten el mismo ámbito objetivo y que el elemento diferencial va a estar en si se transfieren o no el riesgo operacional. Es por ello por lo que la LCSP ha establecido en el artículo 312 la regulación de las especialidades en los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía en el que precisamente se recogen las peculiaridades de los antiguos contratos de gestión de servicios públicos en los que no existe transferencia del riesgo operacional.

Siguiendo a la profesora Ximena Lazo Vitoria podemos señalar igualmente que el riesgo operacional ha de ser **siempre ajeno al control de las partes** tal como establece el considerando 20 de la Directiva 2014/23. Por lo que no entrarán dentro de este concepto de riesgo operacional entre otros los siguientes riesgos:

- Los vinculados a la mala gestión.
- A incumplimientos de contrato por parte del operador económico.
- A situaciones de fuerza mayor.

Por ejemplo un contrato de redacción de un proyecto técnico se trataría de un contrato de servicios el hecho de que el contratista pueda perder los proyectos cuando iba a entregarlos en el Ayuntamiento, entregarlos fuera de plazo o con errores lo que suponga la imposición de penalidades o que en virtud de un fenómeno meteorológico se le inunde el estudio echando a perder los proyectos, generará a buen seguro una pérdida o que el contratista no cubra los costes del contrato, y no por ello podemos considerar que estemos ante un contrato de concesión de servicios.

La transferencia del riesgo operacional es exigible **bajo condiciones normales de funcionamiento** del mercado. Esta regla se consagra en la Directiva 2014/23 en los siguientes términos “se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni cubrir los costes que haya contraído para la explotar las obras o los servicios que sean objeto de concesión (art. 5.1 y considerando 18). Ello implica la compatibilidad del riesgo operacional con el mantenimiento del equilibrio económico – financiero de la concesión de servicios cuanto tienen lugar situaciones imprevisibles.

Es decir que el hecho de que estemos ante un contrato de concesión de servicios en la medida en que el riesgo operacional se traslada al concesionario no quiere decir que este no tenga derecho a mantener el equilibrio económico cuando este se haya roto a consecuencia de los supuestos excepcionales regulados en la propia Ley y que dan derecho al contratista a que sea restablecido dicho equilibrio económico.

De lo dicho hasta el momento se puede desprender que, en la práctica, habrá contratos en los que sea sencillo afirmar el carácter de concesión de servicios en la medida en que resulte relativamente sencillo identificar un riesgo operacional transferido al contratista, sin embargo en la práctica la cuestión resultará más complicada teniendo en cuenta que el legislador europeo **no exige que se transfiera la totalidad del riesgo operacional pero si al menos una parte sustancial del mismo**. Así la Directiva 2014/23 permite que parte del riesgo lo siga asumiendo el poder o entidad adjudicadora, por lo que será posible de esta forma introducir en el pliego de cláusulas ayudas o subvenciones que apoyen la explotación por parte del contratista siempre que las mismas no eliminen la transferencia de riesgo operacional.

La LCSP 2017 mantiene esta misma idea y así el artículo 285.1 c) establece que los pliegos de los contratos de concesión de servicios “regularán también la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional corresponderá al contratista.” Por lo tanto al referirse a que los pliegos podrán regular la distribución de riesgos significa que parte del riesgo operacional puede ser asumido por la Administración siempre y cuando ello no implique eliminar la exigencia básica de que la parte sustancial la siga asumiendo el concesionario.

Esta posibilidad, de que por parte de la Administración pueda asumirse parte de ese riesgo operacional, dificultará en la práctica determinar hasta que punto la fijación de ayudas o subvenciones económicas al contratista para la prestación del servicio no elimina el riesgo operacional o este es mínimo con lo que el contrato pasará a ser un contrato de servicios y no de concesión de servicios.

Finalmente dentro de este riesgo operacional cabría a su vez distinguir un riesgo de demanda y un riesgo de disponibilidad. En el caso de **riesgo de disponibilidad**, de una manera sencilla podríamos afirmar que se referiría a aquellos casos en los que la contraprestación del concesionario se realiza a través de pagos por disponibilidad, es decir, retribuciones cuyo importe se vincula a la calidad con la que el concesionario ejecuta el contrato. Frente a ella el **riesgo de demanda** se referiría a que la retribución del concesionario estaría ligada a la mayor o menor demanda o utilización del servicio. En palabras de la Junta Consultiva de Contratación de Cataluña el riesgo de demanda se referiría a la “viabilidad de la demanda (mayor o menor de la esperada en el momento de la firma del contrato) con independencia del cumplimiento; en otras palabras, un cambio de demanda no puede estar directamente y totalmente vinculado a una calidad insuficiente de los servicios.”

Si tenemos en cuenta la regulación contenida en la LCSP 2017 observamos que frente a la regulación del contrato de concesión de obra pública que hace referencia expresa al riesgo de disponibilidad (art. 267.4) por el contrario, en la concesión de servicios no se recoge expresamente esta posibilidad, limitándose el legislador a prescribir que: “el concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho de explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración” (artículo 289). Una falta de mención al riesgo de disponibilidad cuando menos curiosa precisamente porque algunos servicios (particularmente los servicios públicos) presentan un riesgo de demanda muy reducido o inexistente (alumbrado público por ejemplo) y, por lo

mismo, son el campo idóneo para la aplicación del riesgo de disponibilidad tal como señala Ximena Lazo Vitoria.

De especial interés resulta el informe 9/2016, de 1 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (que se adjunta) que trata de definir tanto el riesgo de demanda como el riesgo de disponibilidad.

A la vista de lo señalado no cabe la posibilidad de establecer un listado de contratos que pueden ser determinados a priori como contratos de concesión de servicios, si no que dependerá de cada caso concreto y de las características de configuración del propio contrato. Aunque la casuística puede ser muy variada a continuación se analizan una serie de supuestos prácticos.

Supuesto nº 1.

Prestación del servicio de Escuela Infantil Municipal.

-El Ayuntamiento de la Cistérniga ha licitado el contrato de gestión de servicios público en su modalidad de concesión con una duración de 5 años y sin que se haya previsto ningún gasto de primer establecimiento. ¿Sería correcto?

Por parte del Ayuntamiento se ha fijado mediante una ordenanza un precio público que se encarga de recaudar la empresa, lo que en principio podría hacernos pensar en que se trataría efectivamente de un contrato de concesión de servicios en donde el riesgo operacional está siendo trasladado al contratista que será retribuido en función del número de alumnos que acudan a la escuela.

Sin embargo este supuesto fue analizado por la Resolución 66/2014, de 25 de septiembre, del Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Castilla y León en la que entre otras cosas se señala:

En primer lugar, que el hecho de que el Ayuntamiento lo haya calificado como de concesión de servicios no vincula al Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales.

La previa calificación de un contrato en el pliego no excluye la posibilidad de que el órgano competente para conocer del recurso especial compruebe si tal calificación se corresponde con lo establecido en el TRLCSP y, por lo tanto, no vincula a efectos de la interposición de aquél. En este sentido, la doctrina de los Tribunales de contratos parte de que la competencia es una cuestión de orden público procesal que no puede quedar al albur de la tipificación que del contrato haga el órgano de contratación. Por ello, es preciso, con carácter previo, concretar la adecuada calificación jurídica del objeto del contrato, en aras a considerar si procede la interposición de uno u otro recurso.

En segundo lugar, analiza el riesgo operacional señalando que suele existir transferencia del riesgo operacional cuando el contratista recibe la retribución de los propios usuarios del servicio:

“La tipificación de un contrato como concesión de servicio público exige la asunción del riesgo de explotación por parte del adjudicatario, nota en la que radica la diferencia fundamental respecto del contrato de servicios. Por ello es necesario analizar, en qué condiciones y con qué efectos se produce en este caso la transferencia del riesgo de explotación.

El informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, analiza la diferenciación entre ambas categorías contractuales a través de la descripción de los parámetros resultantes de la abundante jurisprudencia del TJUE en la materia. Indica en este sentido que “El TJUE ha reconocido que

el operador asume el riesgo del servicio cuando cobra una parte significativa de su remuneración al usuario, de forma que el modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. Así el TJUE ha considerado como concesión de servicios casos en que la remuneración al operador provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un parking público (STJUE de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen), de un servicio de transporte público (STJUE de 6 de abril de 2006, ANAU) y de una red de teledistribución (STJUE de 13 de noviembre de 2005, Coditel Brabant).

»Ya la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario de 2000, recogía como una característica de la concesión de servicios que «el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo) cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario en particular mediante la percepción de tarifas en cualquiera de sus formas».

Pero que no existirá dicho riesgo operacional en el caso de que se establezcan mecanismos de compensación que anulen el riesgo del contratista.

»Por lo tanto, la jurisprudencia de TJUE exige para que exista concesión de servicios que en todo caso la remuneración al prestador se realice en función de la explotación, es decir del uso o frecuentación del servicio. Es indiferente que la retribución la obtenga el concesionario directamente de los usuarios o de la Administración. Sin este requisito no existe concesión. Y, por supuesto, será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución

Por lo tanto en este supuesto concluye:

Así las cosas, en el supuesto analizado, el precio del contrato se satisface, por una parte, por los usuarios del servicio de forma directa y, por otra, por el propio Ayuntamiento, que aporta una cantidad hasta alcanzar la cantidad ofertada por el adjudicatario. La cláusula 4ª del pliego de cláusulas administrativas particulares (en adelante PCAP) indica al respecto que “Las tarifas que deben abonar los usuarios, fijadas por el Ayuntamiento como precio público, serán recaudadas mensualmente por la empresa gestora de la Escuela. En consecuencia, la empresa adjudicataria facturará mensualmente al Ayuntamiento una cantidad que establezca la diferencia entre las tarifas abonadas por los usuarios y el precio de adjudicación del servicio”. Según la jurisprudencia expuesta anteriormente, se establecería con ello un sistema de compensación del riesgo por parte del Ayuntamiento que anula el inherente al uso o frecuentación del servicio, por cuanto cualquiera que sea el nivel que éste alcance, la remuneración se ve completada por la Administración hasta alcanzar siempre el precio de adjudicación.

Por otra parte, nada dicen los pliegos acerca de la asunción por el contratista del riesgo de impago de las tarifas por parte de los usuarios, de modo que parece que tampoco le alcanzaría y se vería resarcido igualmente por aplicación de la compensación prevista en la citada cláusula 4 del PCAP. Esta tesis parece respaldarse por la Ordenanza reguladora del precio público por la prestación de este servicio de Escuela Infantil, incorporada al expediente, a la que se remite la cláusula 20ª del PCAP, cuando establece la exigibilidad de las cuotas impagadas por la vía de apremio (artículo 6).

Sin embargo en un supuesto muy similar la Resolución 92/2014, de 25 de junio del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid llega a una conclusión diferente sobre la base de los siguientes argumentos:

En primer lugar ya se aprecia un posible riesgo de demanda en el hecho de que los pliegos establezcan la posibilidad de que haya ajustes como consecuencia de la variación del número de plazas sin derecho a modificación del contrato.

En el contrato que analizamos, podríamos considerar que al menos teóricamente existe un riesgo de demanda ya que se indica en el PPT que puede haber ajustes en la distribución de unidades y agrupaciones, sin que esto de lugar a una modificación del contrato, como consecuencias de variaciones en número de plazas, respetándose siempre la existencia como mínimo de un grupo en cada nivel.

Sin embargo, dado que el contrato tiene una duración de un año, prorrogable a otro y que como ha comunicado el Ayuntamiento en el trámite de aclaración de los Pliegos, se ha cubierto el 100% de las plazas para el próximo curso, debemos considerar que ese hipotético riesgo si bien existe, ya que la elección de centro corresponde a los padres, debe considerarse como un riesgo limitado.

Pero sobre todo aprecia la existencia de traslado de un riesgo operacional en el hecho de que el contratista tenga que asumir posibles impagos, señalando:

“No obstante, deben analizarse todas las circunstancias concurrentes y entre ellas existe otro tipo de riesgo que no puede minusvalorarse. Ese riesgo deriva del régimen económico previsto en el Anexo I del PCAP. De acuerdo con lo previsto en el nº4 apartado 3, en ningún caso el Ayuntamiento de Madrid se hará cargo de las cuotas impagadas por los usuarios.

Esto significa que el riesgo de impago de los deudores por la prestación de los servicios, recae íntegramente en la entidad adjudicataria.

Este riesgo aunque teórico en principio, tiene una repercusión económica importante pues más de un 50% del precio del contrato proviene de las cuotas de escolaridad, horario ampliado y comedor que deben abonar los padres mediante precio público.

Únicamente la cantidad objeto de licitación, 197.010,00 euros como máximo, está realmente en principio garantizada porque su abono lo realiza el Ayuntamiento, la cantidad restante 257.488 euros no tiene garantía.

Por lo tanto, a la vista del conjunto de elementos y factores existentes debemos concluir que sí existe un riesgo operacional o de explotación de suficiente entidad que permita caracterizar el contrato como de gestión de servicio público.”

Supuesto nº 2.-Contrato para realización de Festejos.

“El Ayuntamiento de Moraleja (Cáceres) con motivo de las Fiestas de San Buenaventura, lícita anualmente fa gestión y celebración de espectáculos taurinos que se celebran tanto en las vías públicas de la localidad como en una plaza de toros portátil propiedad del Ayuntamiento y que se instala en el centro del pueblo.

Los festejos que se licitan son tanto festejos mayores (novilladas y rejones) por los que el adjudicatario cobra a los usuarios la correspondiente entrada; como festejos populares gratuitos que se desarrollan en las vías públicas habilitadas para ello.

El municipio de Moraleja destaca por su tradición taurina desde tiempos inmemoriales, pastando en este municipio varias ganaderías de destacado reconocimiento como la de Victorino Martín, existiendo así mismo, multitud de información sobre la celebración por parte de este Ayuntamiento de dichos festejos, los cuales en el año 2014 han sido declarados por el Gobierno de Extremadura como Festejos Taurinos Populares (DOE NO 133 de 11 de julio de 2014).

Por ello y dada esta tradición taurina, el Ayuntamiento considerándolo como un servicio público de destacada importancia para el municipio y economía local ha licitado desde siempre la celebración de estos festejos como Gestión de Servicio Público mediante concesión a riesgo y ventura del licitador, por la cual se abona al adjudicatario un canon (exento de iva según el art.7.9 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido) que se

licita a la baja por la celebración de estos festejos. (Se adjunta varios pliegos de años anteriores).

Sin embargo, el último año el adjudicatario ha recibido una comunicación de la Agencia Tributaria que le requiere el abono del iva correspondiente a la adjudicación de los festejos, entendiendo la Agencia Tributaria que no puede considerarse gestión de servicio público sino que es una prestación de servicio.

Por todo lo cual y ante la próxima licitación de los festejos para el año 2015, les ruego nos informen si el Ayuntamiento puede licitarlos como gestión de servicio público o debe licitarlos como prestación de servicios.”.

Ante este planteamiento la Junta Consultiva de Contratación del Estado en Informe 9/15 de diciembre de 2015. “Calificación de contrato de festejos taurinos argumenta

2. En relación con su petición de informe, les informamos que a la cuestión que plantean se le pueden aplicar las conclusiones que se contienen en otros Informes anteriores de esta Junta Consultiva, se encuentra ya resuelta por lo dispuesto en Informes anteriores de esta Junta Consultiva, como son los Informes 2/11 o 42/11 y más recientemente, el Informe 52/13, cuyo régimen jurídico y, consecuentemente, conclusiones, se encuentran plenamente vigentes en la actualidad. En este informe se exponen las características y requisitos que ha de tener un contrato de gestión de servicio público para esta calificación, por lo que resulta necesario analizar si en el caso concreto concurren o no. De esta manera, en el presente contrato siempre que se acredite que el contratista asume con carácter exclusivo la asunción del riesgo derivado de la explotación del contrato, estaremos ante un contrato de gestión de servicio público, en su modalidad de concesión. (...)

4. No obstante lo anterior, lo relevante es la forma de gestión y explotación del servicio por parte del contratista. En este sentido, consta en la documentación aportada, -en el Pliego de Condiciones económico-administrativas-, que el abono del precio se hará por el Ayuntamiento al adjudicatario a plazos, de forma fija y predeterminada de antemano, de tal modo que el contratista no se retribuye con las ganancias que pueda obtener del público, sino con el precio que le pague directamente a él la Administración, teniendo en cuenta que es irrelevante en este contrato, que a los Festejos acuda mucho o poco público para que el contratista se retribuya, puesto que siempre va a cobrar el precio que le pague el Ayuntamiento. Ello significa que el contratista no asume el riesgo operacional de la actividad, lo que hace que el contrato no se pueda calificar como gestión de servicio público, en su modalidad de concesión, sino como contrato de servicios.

De igual forma podemos citar el informe 13/2014, de 22 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, relativo a la calificación de un contrato que tiene por objeto la producción y la organización de un festival de música, planteado en los siguientes términos:

El alcalde del Ayuntamiento de Banyoles ha solicitado el informe de esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la naturaleza jurídica de un contrato para la prestación de un servicio de producción y organización de un festival de música en el municipio. El escrito de consulta plantea literalmente lo siguiente:

El Ayuntamiento quiere licitar la gestión del mencionado servicio, asumiendo el riesgo el contratista, en el sentido que sus retribuciones serían los ingresos de taquilla, bar y patrocinios, y satisfaría los gastos de contratación de los artistas y espectáculos. Si hubiera diferencial económico por déficit de explotación la Corporación mediante subvención lo asumiría para equilibrar el presupuesto.

Asimismo el Ayuntamiento cedería el uso del espacio público y las gradas para celebrar el festival.

Qué naturaleza jurídica tiene este contrato:

- ¿administrativo de servicios?,
 - ¿administrativo de gestión de servicios públicos?,
 - ¿administrativo especial?,
- ¿Se podría articular como un convenio de colaboración con un privado?

En donde después de reiterar que no cabe considerar que exista contrato de concesión de servicios sin que exista transferencia del riesgo al contratista en los siguientes términos:

Así, no existiría riesgo operacional en caso de que por parte del poder o entidad adjudicadora se asumiera el diferencial económico por déficit de explotación que se pudiera producir para equilibrar la concesión, como plantea el Ayuntamiento en su escrito.

Reconoce que ese mismo servicio podría ser contratado a través de un contrato de concesión de servicios:

Llegados a este punto, se puede afirmar que si la contrapartida que debe recibir la empresa adjudicataria del contrato deriva de la explotación de prestaciones o actividades relacionadas o complementarias a la producción y la organización del festival de música, asumiendo ésta el riesgo operacional, procederá calificar el contrato como de gestión de servicios públicos. En cambio, en caso de que no exista ningún riesgo operacional inherente a la prestación de las actividades objeto de consulta habría que calificar el contrato como contrato de servicios.

De tal forma que si la retribución del contratista se plantea exclusivamente o mayoritariamente de la venta de entradas, bar y patrocinios sin que exista una aportación económica del Ayuntamiento o aun existiendo incluso una subvención o ayuda pero que no cubriese necesariamente un posible déficit, nos encontraríamos ante un contrato de concesión de servicios ya que el riesgo operacional en este caso es asumido sustancialmente por el contratista organizador del evento.

Supuesto nº 3.-Explotación de uso privativo de un espacio público.

D. J.M.A en calidad de administrador de la empresa Apansalud Servicios Médicos, S.L presenta recurso contra el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares de licitación denominada “concesión del uso privativo de los espacios sanitarios de las instalaciones deportivas en Ciudad Deportiva Felipe de Arganda del Rey”. Dicho pliego califica el contrato como administrativo especial licitándose por procedimiento abierto y con una pluralidad de criterios de adjudicación, estableciéndose en el mismo que lo que se licita es el derecho a explotar por el contratista, mediante la prestación de servicios médicos, un espacio público, a cambio de abonar un canon al Ayuntamiento de Arganda del Rey titular de las instalaciones. ¿Estamos ante un contrato patrimonial de arrendamiento o ante una concesión demanial? ¿Un contrato administrativo especial? ¿Un contrato de servicios? ¿Un contrato de concesión de servicios?

En relación a este supuesto ha tenido ocasión de manifestarse el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid en Resolución 49/2017 (Recurso 27/2017) de 15 de febrero de 2017 en donde analiza de forma detallada la calificación de este contrato.

Así considera que para que pueda ser calificado como contrato administrativo especial es necesario primeramente descartar la posibilidad de que pueda ser considerado como un contrato patrimonial de arrendamiento o en su caso una concesión demanial o que sea subsumible como contrato de servicios o contrato de concesión de servicios.

En cuanto a la concesión demanial señala el Tribunal Administrativo de Contratación Pública que:

La autorización demanial se viene utilizando como figura jurídica que regula expresamente el supuesto de ocupación por terceros de espacios en edificios administrativos para dar servicios dirigidos a sus empleados o al personal visitante, citando como ejemplos las cafeterías, cajeros automáticos, oficinas postales, para la instalación y explotación de máquinas expendedoras de comidas y bebidas u otros análogos. Cuando la ocupación es accesoria a un contrato administrativo que autorice dicha ocupación éste será el título habilitante y por tanto no será necesario someterse a este procedimiento de adjudicación, según establece la misma LPAP.

Por lo que respuesta al arrendamiento señala:

La propuesta de contratación del expediente analizado justifica la necesidad de la contratación en que con los espacios destinados a uso sanitario y de rehabilitación con que cuenta la instalación deportiva se prestará un servicio a los ciudadanos de Arganda del Rey y que la cesión conseguirá un ingreso en forma de canon que repercutirá en la mejora de los servicios ya prestados por el Área de Deportes, es decir, como una actividad complementaria de los servicios que se prestan en la ciudad Deportiva Príncipe Felipe. No es un mero arrendamiento de local de negocios en que el adjudicatario pueda desarrollar una actividad comercial libre, como por ejemplo, dedicarlo a tienda de ropa o clínica médica, sino que se exige necesariamente la dedicación a una actividad sanitaria y se concretan las ramas de actividad que obligatoriamente se han de desarrollar.

Por lo que respecta al contrato de servicios, después de señalar una serie de características coincidentes con este tipo de contratos, termina señalando que:

Sin embargo, existen otros elementos que inducen a desechar este tipo contractual. En primer lugar, no se prevé que la Administración abone un precio al contratista como contraprestación de los servicios que éste presta (será el adjudicatario el que pagará un canon al Ayuntamiento), sino que la remuneración del contratista radica en los rendimientos que pueda obtener de la explotación del servicio sanitario a instalar en los locales con las prestaciones exigidas en el PPT que constituye el objeto contractual principal, es decir, de los precios que le paguen los usuarios de dicho servicio. En segundo lugar, la Administración no garantiza una remuneración fija o rentabilidad mínima a la empresa, de tal modo que transfiere los riesgos de la explotación al contratista, al contrario, la remuneración del contratista, a pesar de la deficiente redacción de los pliegos y de que en otra ocasión pudieran configurar el objeto de otra manera, queda condicionada a los resultados de la explotación del servicio. El precio en los contratos de servicios consiste en el derecho a percibir una contraprestación económica. El precio de las concesiones de servicios es el derecho de explotar los locales que se ponen a su disposición con los fines sanitarios en el pliego mencionados.

Es cierto que determinados órganos se han pronunciado por la calificación de los negocios que implican cesión de dominio público para la instalación de cafetería como contratos de servicios, pero tal calificación jurídica por la Junta Consultiva del Estado se hacía al amparo de la regulación de las modalidades contractuales contenida en el TRLCSP y en la Directiva 2004/18/CEE, no estando regulada la concesión de servicios como tipo contractual

La exigencia de que el adjudicatario soporte una parte significativa del riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, como criterio para la calificación del contrato como concesión de servicio, parece darse en este caso, dado que el adjudicatario se puede enfrentar a la competencia con otros operadores (el servicio no es obligatorio para los usuarios de las instalaciones deportivas ni para los inscritos en las escuelas deportivas), hay riesgo de insolvencia en los usuarios, cuenta con un cifra incierta de potenciales clientes, no están

garantizados ingresos para el pago del canon, pueden producirse pérdidas que no garantizan la inversión a realizar y el adjudicatario no puede renunciar a la prestación del servicio el cual está obligado a realizar aunque no le resulte rentable, por lo que cabe apreciar transferencia de riesgo operacional al contratista.

La consecuencia es, que asumiendo el contratista el riesgo del contrato, la calificación adecuada será la de contrato de concesión de servicios.

Por lo tanto lo que antes era un tipo de contrato que podría, según el momento, haber sido clasificado como contrato administrativo especial, como contrato privado o como contrato de servicios, ahora debería clasificarse como concesión de servicios.

Supuesto nº 4.- Contrato de gestión del servicio público de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos sólidos y gestión del punto limpio adjudicado mediante concesión.

El Ayuntamiento de Riveira (A Coruña) procedió a la licitación del contrato de gestión del servicio público de limpieza urbana, recogida y transporte de residuos sólidos y gestión del punto limpio adjudicado mediante concesión.

La retribución del contratista (Re) estará compuesta por tres factores:

$$RC = Cf + Irs + EI$$

Siendo:

Cf : Precio fUo del contrato. Comprende los servicios de limpieza viaria y recogida de residuos, salvo la parte de este último servicio cubierta por el componente de ingresos por gestión de recogida selectiva. Para el primer año de contrato, este precio asciende a un máximo de 1.886.494,19 euros/año, IVA incluido.

Irs : Ingresos por gestión de recogida selectiva El contratista percibirá como ingreso del servicio todos los ingresos procedentes de la entrega a gestor de envases ligeros, papel y cartón y cualquier otra fracción selectiva que gestione. Se entienden comprendidos en este componente los ingresos derivados de la entrega realizada durante el período de ejecución del contrato, quedando excluidos posibles ingresos devengados por el contrato anterior y abonados durante la vigencia del contrato (atrasos, pagos correspondientes a mensualidades previas a la formalización del contrato...) Estos ingresos han sido considerados en el anteproyecto de explotación, minorando la cantidad fija (Cf) a percibir por el contratista.

EI: Prima de eficiencia en la recogida selectiva: Dado el creciente coste de la gestión de los residuos que no han sido objeto de recogida selectiva, se plantea un modelo de ahorro compartido, en el que se prima el ahorro en coste de gestión de la bolsa negra. Para ello, el contratista recibirá una bonificación o penalización vinculada a la evolución del ratio de generación de residuos no separados en origen ponderado por población, según la siguiente fórmula..."

Dicho supuesto fue analizado por el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en Resolución 703/2015 de 24 de julio llegando a la siguiente conclusión:

"Si bien es cierto que el precio del contrato se descompone en tres sub-apartados, también lo es que la cifra fija representa hasta un 90% del precio del contrato tal y como se reconoce por la

propia adjudicataria en su escrito de alegaciones a este recurso. El hecho de que los otros dos sub-apartados (Irs y Ei) que representan, a juicio del propio adjudicatario el 10% del precio, sean relevantes para la propia viabilidad de la concesión y que dependan de la gestión o prestación que realice el adjudicatario no supone, por sí mismo, que nos encontremos en presencia de un contrato de concesión de servicio público ya que, por una lado, como hemos señalado existe una retribución fija a favor del contratista que se abona por el Ayuntamiento y

por otro lado y con carácter fundamental, porque la posibilidad de percibir una tarifa/ingreso de los usuarios del servicio no altera en modo alguno la apreciación de que, en el contrato que nos ocupa, no se produce, siquiera parcialmente, la traslación al contratista del riesgo derivado de la ejecución del contrato y que la incertidumbre sobre los rendimientos de la concesión en que se traduce ajuicio de la adjudicataria estos ingresos, que recordemos representan el 10% del precio del contrato, no deriva de la utilización que del servicio hicieran los usuarios.

A la vista de lo anterior, entiende este Tribunal que en realidad nos encontramos ante un contrato de servicios en el que la retribución del contratista la satisface directamente el Ayuntamiento independientemente del grado de utilización de los servicios por los usuarios sin que el contratista asuma riesgo alguno en la explotación del servicio. “

3.-Principales novedades de la LCSP en cuanto a la tramitación de los contratos de concesión de servicios.

La LCSP 2017 dedica de forma específica a regular el contrato de concesión de servicios el Capítulo III del Título II, sin perjuicio de que a lo largo del resto del articulado de la norma encontremos preceptos que inciden o se refieren de forma específica a este tipo de contrato.

Conviene comenzar realizando de forma muy breve un análisis de los distintos tipos procedimientos de contratación que pueden ser aplicables para la licitación de un contrato de concesión de servicio incluyendo igualmente una referencia a los supuestos en los que se podrá interponer el recurso especial en materia de contratación. De manera esquemática podríamos representarlo del siguiente modo:

Procedimiento	Permitido en la concesión de servicios	Artículo LCSP 2017
Contrato menor	NO*	Art. 118
Procedimiento con negociación	SI	Sólo podrá utilizarse en los supuestos del artículo 167. Nunca por cuantía
Procedimiento abierto	SI	Art. 131.2
Procedimiento restringido	SI	Art. 131.2. Será el procedimiento obligatorio en los servicios especiales del Anexo IV
Procedimiento abierto simplificado	NO	Art.159.1
Procedimiento abierto super – simplificado o simplificadísimo	NO	Art. 159.6
Diálogo competitivo	SI	Art. 131, 167 y 172
Contratos SARA	SI	Art.20.1 (valor estimado igual

		o superior a 5.548.000 euros)
Recurso especial en materia de contratación	SI	Art. 44.1 c) (valor estimado superior a 3.000.000 euros)

*El artículo 118 LCSP 2017 no cita el contrato de concesión de servicios entre los contratos que puedan ser tramitados a través de la fórmula del contrato menor al igual que tampoco se incluía el contrato de gestión de servicios públicos ni en Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas ni en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. De hecho durante la tramitación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas expresamente fue rechazada una propuesta para la inclusión del contrato de gestión de servicios públicos en esta modalidad de contratación.

No obstante el artículo 131.4 de la LCSP 2017 establece que: *En los contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de urgencia y con un valor estimado inferior a 30.000 euros, no serán de aplicación las disposiciones de esta Ley relativas a la preparación y adjudicación del contrato.*

Para proceder a la contratación en estos casos bastará con que, además de justificarse la urgencia, se determine el objeto de la prestación, se fije el precio a satisfacer por la asistencia y se designe por el órgano de contratación la empresa a la que corresponderá la ejecución.

Esta modalidad de contrato si bien no es un contrato menor sería similar al mismo de forma que en aquellos casos en los que la prestación de asistencia sanitaria fuese encuadrable en un contrato de concesión de servicio por transferir el riesgo operacional al contratista, no parece que existiese inconveniente para que pudiese tramitarse conforme a lo previsto en el artículo 131.4.

Debe tenerse en cuenta que como consecuencia del cambio de definición del objeto del contrato de concesión de servicios, basado en la transferencia del riesgo operacional al contratista, algunos contratos que hasta ahora eran considerados como de servicios y que por lo tanto resultaba factible su adjudicación a través del contrato menor, tendrán que ser considerados como contratos de concesión de servicios y por lo tanto no será posible la utilización de dicha modalidad contractual.

3.1.-Actos preparatorios.

La LCSP 2017 presta mayor atención que su antecesora a estos actos previos a la contratación con un reforzamiento de los estudios previos por medio de los cuales se evalúa la viabilidad de los contratos de concesión.

Debemos diferenciar dentro de estos dos actos preparatorios los siguientes:

a.-Necesidad de declaración administrativa de asunción de la actividad cuando esta se trate de un servicio público.

Establece el artículo 284.2 de la LCSP 2017:

“Antes de proceder a la contratación de una concesión de servicios, en los casos en que se trate de servicios públicos, deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva

como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.”

Nótese que dicha declaración asumiendo por la Administración la actividad, estableciendo su régimen jurídico, los aspectos jurídicos, económicos y administrativos, sólo será necesario cuando se trate de contratos de concesión de servicios que pretenden la gestión de un servicio público, que tal como hemos señalado inicialmente no todos los contratos de concesión de servicios implican necesariamente la gestión de un servicios público.

Así por ejemplo un contrato de gestión de residuos o de abastecimiento de aguas que puedan ser considerados como contratos de concesión de servicios porque conforme a los pliegos el riesgo operacional sea asumido por el contratista supondrán la gestión de un servicios público y necesitarán por lo tanto de la asunción de esa actividad como propia y de la regulación de su régimen jurídico con carácter previo a la licitación. Por el contrario la contratación de la organización de un certamen musical o la explotación de la barras de bar en las fiestas del pueblo puede ser considerado también como un contrato de concesión de servicios y sin embargo al no tratarse de un servicio público no sería necesario el cumplimiento de este requisito con carácter previo.

b.-Necesidad de elaboración de un estudio de viabilidad económica.

Establece el artículo 285.2

“En los contratos de concesión de servicios la tramitación del expediente irá precedida de la realización y aprobación de un estudio de viabilidad de los mismos o en su caso, de un estudio de viabilidad económico-financiera, que tendrán carácter vinculante en los supuestos en que concluyan en la inviabilidad del proyecto.”

La novedad fundamental estriba en el hecho de que dicho estudio económico – financiero será vinculante en aquellos casos en los que se concluya la inviabilidad del proyecto.

Hasta ahora la legislación contenía algunas previsiones a nivel reglamentario (art. 183.1 Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos del Sector Público) referidos a la necesidad de redactar “proyectos de explotación” del servicio público, los cuales incluirían un estudio económico –administrativo del servicio, de su régimen de utilización y de las particularidades técnicas que resulten precisas para su definición. Ahora la exigencia de tales estudios o informes previos se eleva de rango normativo y más importante aún se le otorga carácter vinculante para el caso de que su contenido desaconseje la realización del proyecto. Tal y como señala Ximena Lazo Vitoria hay una clara apuesta por la cultura de la prevención que pretende evitar la aprobación y puesta en marcha de fórmulas de gestión que a la postre no resulten sostenibles.

A nivel local debemos tener en cuenta además que la Disposición Adicional Tercera de la LCSP 2017 establece en su punto 5 que

“En los contratos de concesión de obras y de servicios, el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida que exige el artículo 86.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, con el contenido reglamentariamente determinado, se tramitará conjuntamente con el estudio de viabilidad regulado en esta Ley.”

Debe recordarse que el artículo 86 de la LBRL establece:

1. Las Entidades Locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial.

Corresponde al pleno de la respectiva Corporación local la aprobación del expediente, que determinará la forma concreta de gestión del servicio.

2. Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.

La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además del acuerdo de aprobación del pleno de la correspondiente Corporación local, la aprobación por el órgano competente de la Comunidad Autónoma.

Por lo tanto antes de proceder a la licitación de un contrato de concesión de servicio será imprescindible en el ámbito local:

-La tramitación de un expediente que acredite la conveniencia y oportunidad de la prestación de tal servicio. En el deberá incluirse el correspondiente estudio de viabilidad económica – financiera en donde deberá además quedar acreditado que se da cumplimiento al objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera en los términos establecidos en el artículo 285.2 LCSP 2017 y 86.1 LBRL.

-Declarar por la Administración que asume la prestación de esa actividad como propia siempre que se trate de la prestación de un servicio público (art.284 LCSP 2017). Se entiende que esta declaración no es necesaria cuando se trate de alguno de los servicios establecidos en el artículo 86.2 de la LBRL ya que dicha declaración es ya realizada por la Ley.

-Aprobar la forma de gestión del servicio (en este caso a través de un contrato de concesión de servicio) Art. 86.

-Aprobar el correspondiente Reglamento u Ordenanza que determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativos relativos a la prestación del servicio.

-Si además se pretende la prestación del servicio en régimen de monopolio será necesario solicitar la aprobación de la Comunidad Autónoma.

Todo esto deberá ser aprobado por el Pleno de la Corporación Artículo 86.1 y 22.2.d) LBRL, que deberá aprobarlo por mayoría simple (art. 47) si bien será necesaria la mayoría absoluta cuando lo que se apruebe sea la prestación de un servicio en régimen de monopolio y la forma de prestación de dicho servicio (artículo 47.2.k LBRL).

Finalmente; el hecho de que el artículo 63.3 de la LCSP establece como información cuya publicación será necesario realizar en el Perfil del Contratante entre otras, la memoria

justificativa del contrato y que por su parte el artículo 247.7 establezca en los contratos de concesión de obras que el estudio de viabilidad o el estudio de viabilidad económico –financiera tendrá que publicarse en el perfil del contratante, nos lleva a pensar que en los contratos de concesión de servicios también resulta obligatoria la publicación de este estudio de viabilidad económica, más si tenemos en cuenta que el artículo 297 establece para los contratos de concesión de servicios la aplicación supletoria de las previsiones establecidas en dicha Ley para el contrato de concesión de obras.

c.-Necesidad de redacción y aprobación de un anteproyecto y de un proyecto cuando la prestación del servicio implique la necesidad de realización de obras.

De nuevo el artículo 285.2 de la LCSP 2017 establece que:

“En los casos en que los contratos de concesión de servicios comprendan la ejecución de obras, la tramitación de aquel irá precedida, además, cuando proceda de conformidad con lo dispuesto en el artículo 248.1, de la elaboración y aprobación administrativa del Anteproyecto de construcción y explotación de las obras que resulten precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización; y, además, de la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto de las obras.

En los supuestos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma, el estudio de viabilidad se pronunciará sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y la compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.”

3.2.- Pliegos y ejecución del contrato.

No presentan grandes novedades en relación a la regulación contenida en el TRLCPS para el contrato de concesión de servicios.

En cuanto a los pliegos el artículo 285.1 establece que deberán contener los siguientes aspectos:

a) Definirán el objeto del contrato, debiendo prever la realización independiente de cada una de sus partes mediante su división en lotes, sin merma de la eficacia de la prestación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 99.3, con la finalidad de promover la libre concurrencia.

b) Fijarán las condiciones de prestación del servicio y, en su caso, fijarán las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión, y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración. En cuanto a la revisión de tarifas, los pliegos de cláusulas administrativas deberán ajustarse a lo previsto en el Capítulo II, del Título III, del Libro Primero.

c) Regularán también la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, si bien en todo caso el riesgo operacional le corresponderá al contratista.

d) Definirán los requisitos de capacidad y solvencia financiera, económica y técnica que sean exigibles a los licitadores, pudiendo fijarse distintos requisitos de solvencia en función de las diferentes fases del contrato de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.3, a los efectos de una posible cesión en los términos establecidos en el artículo 214.2.c).

e) Preverán también la posibilidad de que se produzca la cesión del contrato de conformidad con lo previsto en el artículo 214, así como de las participaciones en la sociedad concesionaria cuando se constituyera una sociedad de propósito específico por los licitadores para la ejecución del contrato. Asimismo, establecerán criterios para la determinación de cuándo la cesión de las participaciones deberá considerarse por suponer un efectivo cambio de control y, en el caso de que estuviera justificado por las características del contrato, se establecerán también mecanismos de control para cesiones de participaciones en la sociedad concesionaria que no puedan equipararse a una cesión del contrato. En todo caso se considerará que se produce un efectivo cambio de control cuando se ceda el 51 por ciento de las participaciones.

En los casos en que la concesión de servicios se refiera a servicios públicos, lo establecido en el presente apartado se realizará de acuerdo con las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio a que se refiere el artículo 284.2.

Por lo que respecta a la ejecución del contrato tampoco presenta especiales novedades respecto a la anterior regulación.

El artículo 287 establece que:

1. El concesionario está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

2. En el caso de que la concesión recaiga sobre un servicio público, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate.

3. Las concesiones de servicios únicamente podrán ser objeto de hipoteca en los casos en que conlleven la realización de obras o instalaciones fijas necesarias para la prestación del servicio, y exclusivamente en garantía de deudas que guarden relación con la concesión.

Además se imponen como obligaciones del concesionario las siguientes (art. 288):

a) Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas. En caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato.

En este sentido nos referiremos a la duración del contrato de concesión de servicio y a las posibles prórrogas más adelante sin embargo, no deja de resultar chocante que se afirme sin más concreción que en caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice un nuevo contrato, ya que habrá supuestos en donde efectivamente existirá un interés e incluso necesidad cuando se trate de servicios públicos básicos (abastecimiento de agua, alcantarillado, servicios sanitarios etc...) en que parece claro que la prestación del servicio debe mantenerse, frente a otros supuestos en donde la misma no sería tan necesaria, por lo que entendemos que quizá este artículo debería haber establecido una mayor matización y no afirmar con carácter general el mantenimiento del servicio hasta la formalización del nuevo contrato.

b) Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.

Si bien los poderes de policía que son inherentes al ejercicio de autoridad que está reservado a las Administraciones deben ser ejercidos por estas, el concesionario podrá dictar instrucciones para la buena marcha del servicio.

c) Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Sin perjuicio de que en muchas ocasiones será la Administración quien directamente responda del daño causado repercutiendo posteriormente sobre el contratista, ya que en muchas ocasiones la jurisprudencia ha puesto coto a los intentos de la Administración de eludir la responsabilidad patrimonial y trasladarla al contratista.

d) Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de concesión de servicios.

e) Cualesquiera otras previstas en la legislación, en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en el resto de la documentación contractual.

Por último el artículo 289 regula las prestaciones económicas a las que tiene derecho el concesionario:

1. El concesionario tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración.

2. Las contraprestaciones económicas pactadas, que se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario, serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato, que se ajustará, en todo caso, a lo previsto en el Capítulo II del Título III del Libro Primero de la presente Ley, relativo a la revisión de precios en los contratos de las entidades del sector público.

En la contabilidad diferenciada que el concesionario debe llevar respecto de todos los ingresos y gastos de la concesión, y que deberá estar a disposición de la entidad contratante, quedarán debidamente reflejados todos los ingresos derivados de las contraprestaciones pactadas en la forma prevista en el apartado 6 del artículo 267.

3. Si así lo hubiera establecido el pliego de cláusulas administrativas particulares, el concesionario abonará a la Administración concedente un canon o participación, que se determinará y abonará en la forma y condiciones previstas en el citado pliego y en la restante documentación contractual.

A este respecto debemos indicar que la LCSP 2017 intenta de una vez por todas fijar la naturaleza de las cantidades abonadas por los usuarios de un servicio o por aquellos que utilicen

una obra en el caso de la concesión de obra pública, cuestión ampliamente debatida como consecuencia en parte de una cambiante jurisprudencia sobre la materia.

Así el preámbulo de la propia norma establece que “se aclara la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios, tanto en los casos de gestión directa de estos, a través de la propia Administración, como en los supuestos de gestión directa, a través de concesionarios, como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario.” Por lo que queda claro que la contraprestación que abona el usuario del servicio es una tarifa y no una tasa.

Además y en concordancia con esto la LCSP 2017 procede a la modificación de diversas normas (Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria, Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales y Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y los precios públicos), con la finalidad de aclarar de una vez por todas que dichas contraprestaciones son una tarifa y no una tasa.

Dentro de la ejecución del contrato tendríamos que referirnos también a la novedosa figura del responsable del contrato (art. 62 LCSP 2017). Sin entrar ahora a realizar un estudio pormenorizado de esta figura, por no ser objeto de la presente ponencia, si conviene recordar que su nombramiento será obligatorio, que podrá ser una persona física o jurídica vinculada o no a la entidad contratante y que de forma específica en los contratos de concesión de obra pública y de concesión de servicios, la Administración designará a una persona que actúe en defensa del interés general, para obtener y verificar el cumplimiento de las obligaciones del concesionario, especialmente en lo que se refiere a la calidad en la prestación del servicio o de la obra (art. 63.3)

3.3.-Modificación del contrato de concesión. Mantenimiento del equilibrio económico. (Art. 290)

Tampoco presenta excesivas novedades la regulación realizada por la LCSP 2017 de esta materia, y sin embargo podemos aventurar que seguirá siendo una materia de alta conflictividad en la ejecución de los contratos de concesión de servicios especialmente en orden a la cuestión del restablecimiento del equilibrio económico, como hasta la fecha lo ha sido en los contratos de gestión de servicios públicos.

Con carácter general se parte de la idea de que la Administración sólo podrá modificar las características del servicio contratado y las tarifas que deben ser abonadas por los usuarios cuando concurran motivos de interés público y cuando se den el resto de circunstancias previstas en la regulación general que hace la propia LCSP 2017 de la modificación de los contratos (arts. 203 a 207).

Pero cuando estas modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, deberá compensarse a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato. Obsérvese que esta compensación no solo ha de funcionar a favor del contratista, sino que también deberá compensarse a la Administración en su caso si el desequilibrio se ha producido en contra de esta.

Por el contrario cuando las modificaciones no tengan trascendencia económica el concesionario no tendrá derecho a indemnización por tales modificaciones.

El apartado 4 del artículo 290 concreta los supuestos en los que deberá restablecerse el equilibrio económico señalando que:

4. Se deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

a) Cuando la Administración realice una modificación de las señaladas en el apartado 1 del presente artículo concurriendo las circunstancias allí establecidas.

b) Cuando actuaciones de la Administración Pública concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Fuera de los casos previstos en las letras anteriores, únicamente procederá el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 239 de la presente Ley.

En todo caso, no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario.

Por lo tanto recapitulando, será necesario restablecer el equilibrio económico a favor de cualquiera de las partes en los siguientes supuestos:

- a) Cuando la Administración realice modificaciones que supongan variar las características del servicio y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.
- b) Cuando actuaciones de la Administración concedente tienen carácter obligatorio para el concesionario y determinan la ruptura sustancial de la economía del contrato.
- c) Cuando causas de fuerza mayor determinan la ruptura de la economía del contrato. Se consideran como causas de fuerza mayor:
 - Los incendios causados por la electricidad atmosférica.
 - Los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes.
 - Los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público.

Fuera de estos supuestos no procederá el restablecimiento del equilibrio económico. Y en todo caso la LCSP 2017 establece expresamente que en ningún caso se entiende que existe derecho al restablecimiento del equilibrio económico como consecuencia de las previsiones de demanda recogidas en los estudios realizados con carácter previo a la licitación del contrato de concesión de servicios.

Está claro que de la misma manera que si el número de usuarios del servicio es mayor del previsto suponiendo de esa manera unos ingresos superiores para el concesionario, no supondrá la modificación del contrato o del equilibrio económico a favor de la Administración, de la misma manera el concesionario tampoco podrá solicitar la modificación del contrato en el supuesto de que el número de usuarios del servicio sea inferior al previsto, ya que este caso

estaría haciendo desaparecer la esencia misma del contrato de concesión del servicio, cual es la transferencia del riesgo operacional al contratista.

En este sentido la LCSP 2017 intenta realizar un esfuerzo de concreción de los supuestos en los que cabe apreciar este desequilibrio económico, lo cual no obsta que siga siendo una cuestión que sólo pueda concretarse atendiendo a cada caso.

En canto a la forma de llevarse a cabo el restablecimiento del equilibrio económico, se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan y que podrán consistir en cualquiera de las establecidas en el artículo 290.5.:

- Modificación de las tarifas a abonar por los usuarios.
- Modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente.
- La reducción del plazo de concesión.
- La modificación de las cláusulas de contenido económico.
- Solo en los supuestos establecidos en la LCSP 2017 será posible la ampliación del periodo de concesión que no podrá exceder de un 15 % del plazo inicial sin superar en ningún caso los plazos máximos legalmente establecidos para la duración de los contratos de concesión de servicios.

Finalmente la LCSP también contempla la posibilidad del contratista pueda desistir del contrato cuando este resulte extraordinariamente oneroso para el como consecuencia exclusivamente de alguna de las siguientes dos condiciones:

a) La aprobación de una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.

b) Cuando el concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato.

Se entenderá que el cumplimiento del contrato deviene extraordinariamente oneroso para el concesionario cuando la incidencia de las disposiciones de las Administraciones o el importe de las mejoras técnicas que deban incorporarse supongan un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 por ciento del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Para el cálculo del incremento se deducirán, en su caso, los posibles ingresos adicionales que la medida pudiera generar.

Cuando el contratista desistiera del contrato como consecuencia de lo establecido en este apartado la resolución no dará derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes.

Este derecho al desistimiento del contrato puede plantear hasta que punto sería en estos supuestos aplicable la obligación de continuar prestando el servicio por el concesionario hasta la formalización por la Administración de un nuevo contrato. Debemos recordar que el art. 288.a) prevé esta posibilidad sólo para aquellos contratos en los que se haya finalizado por cumplimiento, que no sería este el caso. Sin embargo, entendemos que en el caso de servicios básicos o esenciales, sería posible que la Administración obligase al concesionario al mantenimiento del mismo hasta la adjudicación de un nuevo contrato.

Pese a que como se ha señalado anteriormente la modificación del contrato de concesión de servicios y el restablecimiento del equilibrio económico no supone excesiva modificación

respecto del régimen anterior, se trata de un punto de alta conflictividad entre la Administración y el concesionario que en múltiples ocasiones ha sido dirimida por los Tribunales de Justicia.

Uno de los problemas estriba en determinar cuándo se entiende que se produce una “ruptura sustancial” de la economía, puesto que si no llega a ser sustancial, el principio de restablecimiento del equilibrio económico no debería entrar en juego por lo que se considerará que deberá asumirlo el contratista como riesgo y ventura.

Es entendible que la ley no haya sido totalmente clara a este respecto pues como señala Juan José Lavilla Rubira, “la necesidad de atender a la diversidad de las circunstancias concurrentes en cada supuesto aconseja no introducir mayor especificación por vía normativa”

Pero lo que sí es cierto es que el hecho de no determinar de forma un poco más detallada qué criterios utilizar, provoca inseguridad jurídica sobre todo para los licitadores, puesto que cuantos más extremos queden indeterminados en un contrato mayor será la posibilidad de tener problemas en la fase de ejecución, y esto puede ir en detrimento del interés público al crear una sensación de excesivo respeto en posibles licitadores incluso desalentándoles a participar en los concursos públicos.

Si acudimos a la Jurisprudencia podemos encontrar que el Tribunal Supremo delimitó de una forma más específica cuándo se considera que existe una ruptura sustancial de la economía del contrato en las STS de 6 de mayo de 2008 (Recurso de Casación núm. 5111/2006) y de 4 de junio de 2008 (Recurso de Casación núm. 5093/2006).

En ellas delimitan y aprecian un desequilibrio económico “suficientemente importante o significativo” *alrededor* del porcentaje del 2,5 por 100 del precio del contrato, basándose en determinados Dictámenes del Consejo de Estado y a la vista de lo que se disponía en el párrafo 2 del art. 4 del Decreto-Ley de 6 de febrero de 1964.

No obstante la fórmula utilizada por el TS, “alrededor del porcentaje del 2,5 por 100”, aunque acotó considerablemente, también es indeterminada y en el caso de la sentencia de 25 de abril de 2008, desestima el recurso interpuesto por la actora al considerar que un porcentaje del 2,57 % y del 3,14 % no produce un desequilibrio económico suficiente para que pueda considerarse que se sobrepasa la responsabilidad establecida por la regla general de riesgo y ventura del concesionario.

Con posterioridad, el Tribunal Supremo en su sentencia del 27 de octubre de 2009 aclaró que los índices de referencia utilizados en sentencias anteriores deben utilizarse solo en “defecto de mejor criterio” y siendo analizado conjuntamente con el contexto total de la contratación.

Más recientemente en la Audiencia Nacional también se desestimó un recurso declarando en la Sentencia de 20 de junio de 2014 incluso que un 3,30 % se encontraba también dentro de los márgenes razonables del incremento de precios.

En cualquier caso no hay un criterio jurisprudencial uniforme ni tampoco normativo sobre el porcentaje que debe aplicarse para determinar si se ha producido esa “ruptura sustancial” del equilibrio económico ni tampoco la base a la que habría que aplicar ese porcentaje.

El problema sobre el equilibrio económico no sólo lo encontramos al determinar cuándo debe aplicarse (es decir, si efectivamente se ha producido esa ruptura sustancial) sino que va más allá, pues la ley y la jurisprudencia tampoco determinan con claridad la manera en que ese equilibrio deba restablecerse; y el problema no estriba tanto en las vías que deben utilizarse para

restablecer ese equilibrio, como podrían consistir en modificación de tarifas, reducción del plazo concesional y aquellas otras modificaciones que puedan realizarse sobre las cláusulas económicas del contrato (artículo 290 LCSP 2017), sino que el problema recae más bien en la intensidad de ese restablecimiento pues no todas las rupturas sustanciales son iguales.

Es lógico pensar que si la ley ha establecido como requisito para aplicación del restablecimiento del equilibrio económico una *ruptura sustancial*, es porque existen otro tipo de rupturas que no son sustanciales y que por lo tanto el riesgo recae sobre el contratista. Ahora bien, si se determina que se ha producido una *ruptura sustancial*, ese restablecimiento podrá alcanzar distintos niveles:

- Restablecimiento del equilibrio en su punto inicial.
- Restablecimiento del equilibrio hasta un punto justo antes de la ruptura sustancial pero que no sea el punto inicial.

Es cuestión harto importante determinar qué criterio utilizar, puesto que la cuantía del restablecimiento puede suponer una gran diferencia en uno y otro supuesto.

Estas diferentes posibilidades pueden ser ilustradas con un sencillo ejemplo.

Supongamos que:

1. El precio de un contrato público es de 10 millones de euros.
2. Se ha producido un incremento del coste del contrato de un 12 %. Es decir, 1.200.000 €
3. Se ha determinado que se ha producido una ruptura sustancial del equilibrio económico-financiero, en este caso, por sobrepasar el 3 % del precio del contrato.

¿Hasta qué punto las medidas a tomar por el art. 290 deberían restablecer el equilibrio económico?

Si entendemos que debe restablecerse hasta el punto inicial debería restablecerse el equilibrio en un 12 %, es decir, en 1.200.0000 €

Si entendemos que debe restablecerse hasta un punto justo antes de la ruptura sustancial establecida, cabrían múltiples posibilidades. Desde restablecer el equilibrio para dejarlo en un 3 % (justo antes de la ruptura sustancial) es decir restablecer un 9 % ($12\% - 3\% = 9\%$) o lo que es lo mismo 900.000 € O restablecer un equilibrio distinto del punto inicial pero distinto también del 3 % (desde el 0,1 % hasta el 2,9 %,... etc.).

Como vemos en el ejemplo, aunque muy simplificado, las diferencias en cuanto a la cuantía pueden ser abrumadoras, y esto puede suponer, o un gran detrimento para el empresario o por el contrario un enriquecimiento injusto y desproporcionado.

En conclusión se trata de una cuestión fuertemente debatida que da lugar a numerosos litigios y que en todo caso habrá que analizar caso por caso siendo difícil establecer una solución general o criterios de aplicación que sean válidos para todos los supuestos.

A continuación se señalan una serie de ejemplos de entre los muchos existentes:

Supuesto nº 1.

Planteamiento

1.- En el año 2001 la Mancomunidad de Ayuntamientos de Sierra de Barbanza adjudica el contrato para la construcción de una planta de tratamiento de residuos y la gestión en régimen de concesión del servicio público de gestión de residuos sólidos urbanos y asimilados, a la empresa Fomento de Construcciones y Contratas (FCC).

Al poco de ser adjudicado el contrato FCC solicita la modificación del contrato alegando que la entrada en vigor de la Ley 16/2002, de 1 de julio, de prevención y control integrados de la contaminación, le ha supuesto una serie de mayores gastos derivados de la necesidad de adaptarse a la misma y solicitar nuevas autorizaciones, en concreto de contar con la autorización ambiental integrada. Aporta para la justificación una relación de gastos que para FCC supone dicho contrato.

Por parte de la Mancomunidad se alega que según los pliegos de cláusulas administrativas era competencia de la contratista la solicitud de todos y cada una de las autorizaciones que resultasen necesarias para la puesta en marcha del servicio.

Sentencia 891/2013 de 26 de noviembre de 2013, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia contencioso – administrativo sección 2,

(...) que el núcleo controvertido radica precisamente en torno a la valoración de la prueba documental de autos y, en particular, acerca tanto de si cabe apreciar o no alteración sustancial de las condiciones de explotación concesional o algún pormenor susceptible de generar la rotura del *equilibrio* financiero de aquel *contrato* mixto de autos -es decir, de obra y concesión de aquel *servicio* público de recogida y *gestión* de residuos sólidos urbanos y asimilables-, suscrito en fecha 21 de Agosto del 2001 (...)

(...) *4.- Corresponde pues la prueba de la existencia de las obligaciones al que reclame su cumplimiento y la de su extinción al que se oponga, siendo en suma patente -por lo que ahora importa y como desde luego se sentó ya en instancia-, que en el marco de la contratación pública no sólo rige el principio de riesgo y ventura del contratista sino el de la libertad de pactos y su corolario consistente en la vinculación de las Contrapartes al tenor del clausulado convencionalmente pactado y a las naturales consecuencias inherentes al mismo, de modo que resulta palmario que corresponde aportar a dicha Razón empresarial promovente prueba fehaciente o, al menos, de suficiente entidad que auspicie de algún modo su solicitud y sin que, sin embargo, lo haya hecho, sin que aporte siquiera patrones comparativos entre el previsible estudio de viabilidad inicial de aquel negocio constructivo-concesional que en su caso hubiese aportado a aquel proceso concursal-competitivo del que resultó adjudicataria y la realidad ulterior y actual del mismo.*

5.- En cualquier caso, la clave decisorio-jurisdiccional de la presente controversia apelatoria - como sin duda lo fue en aquella previa e inicial sede jurisdiccional de instancia-, reside en que "ex-parte" ni siquiera se ha aportado pericial económico-contable alguna que acredite o, al menos, indiciariamente referencie con un principio de prueba aquel déficit de explotación e inversiones de contrario alegado y además que dicho pormenor no sólo resultase imprevisible sino ajeno a los deberes de normal previsibilidad empresarial al suscribir aquel contrato concesional de aquel servicio público de autos.

8.- Además -reitera inclusive dicho mismo tenor jurisprudencial-, " debe atenderse a las circunstancias de cada contrato en discusión para concluir si se ha alterado o no de modo irrazonable ese equilibrio contractual a que más arriba hemos hecho mención. La incidencia del incremento ha de examinarse sobre la globalidad del contrato pues un determinado

incremento puede tener mayor o menor relevancia en función de la mayor o menor importancia económica del contrato y de los distintos aspectos contemplados en el mismo.(...)

9.- *La inexistencia pues de prueba "ex-parte" que acredite de forma palmaria -y no mediante una mera y sesgada alegación documental exclusivamente referida a los gastos, pero sin alusión alguna a los ingresos y al examen comparativo-sucesivo de la evolución aún decreciente de beneficios-, aquella ruptura del equilibrio financiero determina que se haya de desestimar la apelación suscitada y se deba de confirmar aquel fallo de instancia que desestimó aquella impugnación contenciosa "ex-parte" suscitada por dicha Razón empresarial contra la denegación por dicho Organo institucional-local de su solicitud indemnizatoria al respecto, sin perjuicio de que se deba abundar ahora asimismo "ad quem" en la inexistencia de riesgo imprevisible sobrevenido como consecuencia de "factum principis" alguno.*

11.- *Sin embargo, resulta también obvio que semejantes medidas -que pueden tener inclusive cobertura normativa explícita-, deben ser sorprendidas por inesperadas e imprevisibles y, por ende, ser posteriores a la suscripción de aquel contrato de que se trate y sin que -por lo que al presente caso atañe-, tampoco se produzca aquí semejante pormenor en cuanto si bien aquella Ley núm. 16/02, de 1 de Julio (LA LEY 1041/2002), de prevención y control integrados de la contaminación, estuvo vigente con posterioridad a la suscripción de aquel contrato de mixto carácter suscrito por aquellas sendas Contrapartes pública y privada, el contenido normativo allí establecido en modo alguno podía ser desconocido para aquella mencionada Razón empresarial, en la medida en que era una trasposición del contenido de aquella Directiva 96/61/CE del Consejo, de 24 de Septiembre de 1996 (LA LEY 5940/1996) (DOCE núm. L 257, de 10 de Octubre de 1996), promulgada y publicitada con notoria anterioridad.*

12.- *Por consiguiente, aunque aquella mencionada Entidad empresarial promovente y apelante estuviese compelida -lo que tampoco está comprobado a la vista de que existían otros modelos de explotación posibles distintos de aquél "ex-parte" unilateralmente adoptado-, a obtener aquella mencionada autorización ambiental integrada, no puede alegarse por la Representación legal de dicha Razón empresarial denominada "FOMENTO DE CONSTRUCCIONES Y CONTRATAS, S.A." que semejante pormenor normativo añeja, comunitaria y previamente establecido era ni novedoso ni imprevisible en cuanto ya se había inclusive publicado aquí dicha Directiva comunitaria que, a la postre, fue objeto en España de retrasada pero obligada trasposición.*

Supuesto nº 2.

Planteamiento:

El Ayuntamiento de Vitoria procede a licitar el contrato de gestión de residuos estableciendo en el punto 3.2 del pliego de cláusulas técnicas las retribuciones del actual personal a efectos de su subrogación por el nuevo contratista.

Adjudicado el nuevo contrato se presenta recurso por la empresa adjudicataria considerando que ha existido una ruptura del equilibrio económico de la concesión derivada de que en los pliegos no se hacía referencia a los complementos o mejoras del salario base de los empleados en cuyo contrato debía subrogarse la nueva adjudicataria, y tampoco a contingencias derivadas de reclamaciones judiciales promovidas por esos empleados.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, sala de lo contencioso – administrativo, Sección 1ª, Sentencia 331/2017, de 27 de julio. Rec. 565/2017.

QUINTO. - *No estamos en el caso de modificaciones sobrevenidas a la contratación (supuestos de ejercicio del ius variandi, factum principis, fuerza mayor o riesgos imprevisibles) en que el contratista tiene derecho al restablecimiento económico de su posición (Art. 282. 4 del RDL 3/2011 ; ídem, cláusula 35 ª del PCAP) sino de un supuesto vicio en la prestación del consentimiento que el apelante imputa a la actuación del Ayuntamiento de Vitoria por no haber incorporado a los Pliegos de la contratación la información sobre las retribuciones (completas) de los trabajadores de la anterior contratista, exigida por el artículo 120 del RDL 3/2011 . Y en ese supuesto lo que procede no es el restablecimiento económico demandado por la apelante sino la nulidad del contrato y reparación de los perjuicios causados a la adjudicataria (artículo 19.2 del TRLCSP (LA LEY 21158/2011) en relación al artículo 1300 y siguientes del Código Civil (LA LEY 1/1889)).*

Según decimos, no es que la circunstancia alegada por la recurrente (las retribuciones reales de los trabajadores de la anterior contratista) como causante de la alteración del equilibrio económico del contrato se produjera con posterioridad a la adjudicación del contrato, sino que dicha parte no tuvo conocimiento de ella sino a partir de ese momento.

SEXTO. - *Aun de entender sobrevenida la circunstancia (o su conocimiento) que según la recurrente ha alterado los costes laborales que había previsto en el momento de la presentación de su oferta , esa variación no da derecho a la contratista a cobrar la compensación reclamada y al ajuste del precio contractual, porque dentro de su riesgo y ventura hay que entender comprendido el riesgo de que se produzca una variación en las retribuciones de los trabajadores sea por virtud de ley, convenio colectivo o resolución judicial (sentencia de 20 de julio de 2016 del Tribunal Supremo; Rec. de casación 339/2015 que cita anteriores de la misma Sala) .*

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación presentado por CONTENEDORES ESCOR VITORIA, S.L. contra la sentencia dictada el 28-03-2017 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Vitoria en el procedimiento ordinario 188/2016 que desestimó el recurso interpuesto por Contenedores Escor Vitoria S.L. contra la Resolución de 6-05-2016 de la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Vitoria que inadmitió el recurso de reposición dirigido contra el Acuerdo de 12-02-2016 que había desestimado la solicitud de abono de cantidades por la gestión del servicio de depósitos alternativos de residuos (Garbigunes) , confirmando la sentencia apelada; sin imposición de las costas de esta instancia.

Supuesto nº 3.

Planteamiento.

La mercantil Compañía Canaria de Cementerios S.A es concesionaria del contrato de “concesión de servicios de cementerios del municipio de Las Palmas de Gran Canaria en régimen de concesión, y la realización de obras complementarias y anejas” En el año 2012 el Ayuntamiento de las Palmas acuerda la supresión unilateral de la tasa de mantenimiento de las unidades de enterramiento y con ello parte de las retribuciones derivadas de la concesión. Dicha tasa había sido aprobada por el Ayuntamiento en el año 2006. El Ayuntamiento alega que de forma concreta esa tasa por el mantenimiento de las unidades de enterramiento no se establece expresamente como forma de retribución del concesionario en los pliegos y de ahí que pueda ser eliminada sin derecho a la indemnización.

Sentencia 254/2017 de 5 de mayo (Rec. 240/2016) del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de las Palmas de Gran Canaria, sala de lo contencioso – administrativo, sección 1ª.

Se ha de convenir en que la supresión de la tasa de mantenimiento por parte del Ayuntamiento ha supuesto la ruptura del equilibrio económico de la concesión. Avala, igualmente, dicha conclusión el informe pericial aportado por la actora que obra al folio 62 del expediente administrativo, cuyas conclusiones han de prevalecer sobre las recogidas en el informe elaborado a instancia de la Corporación Municipal. Y es que, tal y como refirió el perito Sr. Adriano , auto del informe pericial de la recurrente, para que pueda hablarse de desequilibrio económico-financiero es preciso que exista una disminución de ingresos no acompañada de una reducción de gastos, siendo así que el informe aportado por el Ayuntamiento, en el que se concluye que no existe el desequilibrio al que alude la actora, únicamente tiene en cuenta uno de los miembros de la ecuación que son los ingresos pero no los gastos. Ello fue corroborado en el trámite de ratificación por el autor del informe del Ayuntamiento, D. Aureliano , quien reconoció que los costes de explotación habían quedado fuera de su informe.

(...) La propia entidad concesionaria había incluido en su oferta la necesidad de implantación de una tarifa por mantenimiento de las unidades de enterramiento y se contempló en el Proyecto económico unido a su proposición, por lo que no puede decirse que no se contemplase entre las previstas en el contrato como uno de los posibles servicios de naturaleza básica, con previsión expresa de su implantación en las prescripciones jurídicas y técnico-jurídicas por las que se rigen la relaciones de las partes en el curso del iter contractual.

Sin perjuicio de ello, es ir contra los propios actos rechazar en el proceso la cobertura de la tarifa en las prescripciones por las que se regula el contrato cuando la tasa que instrumentaba su pago fue aprobada por acuerdo plenario municipal de 27 de abril de 2.006 con especial referencia en el procedimiento de elaboración de la Ordenanza Fiscal a esa necesidad de retribuir la prestación de la entidad concesionaria por el servicio de mantenimiento de las unidades de enterramiento en cuanto previsión del propio contrato de concesión.

A este respecto, en Sentencia de 7 de febrero de 2.012 , saliendo al paso a la alegación de que la tarifa no figuraba en el Pliego de Condiciones Técnicas ni en el contrato concesional, dijimos:

" No deja de ser chocante que sea el propio Ayuntamiento que aprueba dicha tasa como instrumento jurídico para el cobro de las tarifas para la prestación del servicio sea la que ahora rechaza lo que fue su propia decisión, siendo obvio que cualquier modificación de lo que es el contenido contractual de la relación deberá efectuarse a través de los correspondientes procedimientos de revisión contractual previstos por el ordenamiento jurídico administrativo siendo de todo punto improcedente rechazar el pago de las retribuciones que corresponden a la entidad concesionaria por la prestación del servicio so pretexto de la ilegalidad de la Ordenanza Fiscal aprobada por el propio Ayuntamiento (..)".

SEXTO. La consecuencia de la supresión de la tarifa no es otra que la ruptura del equilibrio económico de la relación contractual, consecuencia que también aparece contemplada en las prescripciones contenidas en el PCAP y PCTP reguladoras de la relación.

Fallo: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria

Supuesto nº 4.

Planteamiento.

El Ayuntamiento de Santa Fe (Granada) procede a licitar y adjudicar el contrato denominado: "redacción de proyecto, ejecución de obras, conservación, mantenimiento y explotación en

régimen de concesión de obra pública, del complejo municipal deportivo de Santa Fe, compuesto por piscina cubierta climatizada, gimnasio, zona de tratamiento corporal y SPA, cafetería restaurante, áreas administrativas y de servicio, seis pistas de pádel y aparcamientos.”

Una vez puesto en marcha se presenta recurso por la mercantil adjudicataria alegando que de manera reiterada el Ayuntamiento viene incumpliendo la Disposición Adicional Segunda del Contrato cuyo tenor literal establece que: “antes de que el Excelentísimo Ayuntamiento de Santa Fe programe el desarrollo de actividades de carácter deportivo, se dará audiencia con carácter anual al concesionario del servicio para la información, coordinación y programación en su caso”. El Ayto. está realizando, a juicio del demandante, una competencia desleal, prestando servicios iguales a los del contrato pero a precios irrisorios introduciendo un modo de actuar que no fue tenido en cuenta en el momento en el que la empresa realizó su oferta, la competencia desleal viene dada porque siendo servicios idénticos se prestan a precios que no pueden cubrir el coste real del servicio, a lo que se añade que no repercuten IVA y que se prestan los servicios mediante voluntarios.

Otra de las causas alegadas por la demandante es que la Administración viene poniendo todas las trabas posibles para que la empresa pueda obtener la adecuada financiación por medio de un crédito hipotecario, que para obtener el mismo es necesario que los terrenos en los que se encuentra edificado el Centro queden debidamente registrados en el Registro de la Propiedad y pese a que lleva más de tres años en funcionamiento, la inscripción no se ha producido.

Finalmente se alega por la demandante que han aparecido factores externos e imprevisibles que han agravado el desequilibrio como el hecho de que ha subido el IVA y una prolongación más allá de lo previsto del desempleo que vive el país, lo que ha repercutido negativamente en alcanzar el número de socios previstos en los cálculos de la oferta.

Así mismo se alega por la empresa que el Ayuntamiento está llevando a cabo una campaña de desprestigio contra la empresa que también redunda negativamente en la captación de socios.

Por su parte el Ayuntamiento alega que a la hora de ejecutar el proyecto por parte de la empresa se han introducido modificaciones en la realización de la obra sin contar con la previa autorización o licencia municipal.

Sentencia del Juzgado Contencioso – Administrativo nº 1 de Granada, sentencia 128/16 dictada en procedimiento ordinario 51/15.

Respecto a la defensa del Ayuntamiento de Santa Fe señala el Tribunal considera que:

“No corresponde a este procedimiento enjuiciar acerca de si ha habido incumplimientos contractuales en la fase de ejecución, o si por el contrario el Ayuntamiento es el que incumple, ahora bien, de lo que no cabe duda es que el contrato se encuentra en explotación, y que las cuestiones relativas a la ejecución de obra, respecto de las cuales ya el técnico del Ayuntamiento ha informado, y así consta en el expediente, sin que el Ayuntamiento haya adoptado alguna de las soluciones posibles (folio 704 del expediente administrativo, informe de 19 de Junio de 2012) no pueden ser opuestas en este caso frente a la concreta pretensión ejercitada. Dicho esto, no pueden confundirse, la ejecución de obras, con el desarrollo de la explotación toda vez que consta autorización para la explotación de las mismas en virtud de Decreto y conforme a ello, han de cumplirse por ambas partes lo pactado en el contrato.”

Después de señalar la citada sentencia que si bien la figura del restablecimiento del equilibrio económico no puede ser confundida con el riesgo y ventura y que esta debe ser interpretada de

forma restrictiva, procederá en aquellos supuestos en los que queden acreditadas circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que afecten sustancialmente a tal equilibrio, analiza si en el caso expuesto se dan o no tales circunstancias señalando que:

En el informe del perito aportado por la demandante se hace constar que la subida del IVA es causante de una reducción de la facturación en un 31, 64% y de un aumento en la reducción y captación de socios. Señalando el Juzgado que: *“ciertamente ha de considerarse y compartirse con el Perito, que el incremento de un 8 a un 21% de IVA no era previsible, por lo que es extraordinario, afectando directamente a la estructura de costes, aceptando los argumentos y explicaciones que sobre esta cuestión se recogen en el informe pericial y se ratifican a la vista dados sus especiales conocimientos en la materia.”*

Igualmente se señala que: “En el informe del año 2012 se recogen las ofertas deportivas del Ayuntamiento, señalando como fuente el servicio municipal de Deportes de Santa Fe, y su comparativa con las del 2012 de donde resulta que estando en funcionamiento Lonfit, el servicio municipal del Ayuntamiento incrementa su actividad deportiva (comparativas de 2009 en adelante). Esta actividad deportiva que el Ayuntamiento oferta se presta con menores costes, según se indica en la demanda y se ratifica por los testigos y en consecuencia a menor precio.”

“A la luz de lo expuesto, de la prueba practicada queda acreditado que se ha producido un desequilibrio financiero por dos razones, básicas, en primer lugar por un hecho imprevisible y en segundo lugar por un actuación de la Administración. Así mismo se acredita en virtud de la libertad de pactos se fijó un canos positivo a favor de la concesionaria que no consta que se haya abonado, por lo que constando la situación de desequilibrio y que no se ha alcanzado el número de clientes, procede el abono del mismo.

Estos motivos analizados determinan un desequilibrio económico, siendo el resto de los que se invocan dudosos a los efectos de considerarlos como causas que alteran el equilibrio económico financiero, como el hecho de no haber inscrito los terrenos a efectos de poder solicitar un crédito para el desarrollo de la actividad, o no acreditados como el hecho de haber llevado a cabo una campaña de descrédito, sin embargo es claro que los dos motivos analizados, unidos al hecho de lo expresamente pactado en el contrato dan lugar a la estimación de la pretensión ejercitada.

3.4.-Cumplimento, efectos y resolución del contrato.

No plantea grandes novedades respecto a la regulación anterior. De tal forma que se sigue regulando la reversión de las obras e instalaciones que esté obligado a entregar una vez finalizado el contrato debiendo en los pliegos establecer un plazo prudencial anterior a la reversión para que la Administración adopte las medidas para que la entrega de tales bienes se verifique en la forma convenida.

Igualmente los bienes afectos a la concesión que hayan de revertir no podrán ser objeto de embargo (art. 291).

En el caso de que la Administración se comprometiese a aportar medios auxiliar o contraprestaciones a favor del contratista y no lo hiciese en el plazo estipulado el contratista tendrá derecho a los intereses de demora correspondiente cuando no correspondiese la resolución del contrato (art. 292).

Cuando el contrato recaiga sobre un servicio público, si por causas ajenas al concesionario o bien del incumplimiento por parte de este se derivase perturbación grave y no reparable por

otros medios en el servicio, la Administración podrá acordar el secuestro o intervención del mismo en los términos establecidos en el artículo 263. En todo caso, el concesionario deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado. E igualmente en caso de incumplimiento podrán imponerse las correspondientes penalidades (art. 293).

Por su parte junto a las causas generales de resolución de los contratos el artículo 294 establece otras específicas.

Por último el artículo 295 regula los efectos de resolución de los contratos de concesión de servicios, regulando la restitución de obras e instalaciones así como el régimen de indemnizaciones tanto si la resolución del contrato es imputable a la Administración como si esta es imputable al contratista.

4.-Plazos de duración de los contratos de concesión de servicios.

Aunque resulte algo obvio debemos comenzar señalando que los contratos de concesión de servicios tienen que tener una duración limitada, así lo declara expresamente la Directiva 2014/23/UE, declaración que ha de ser entendida como una intención de evitar plazos concesionales excesivamente amplios. Así el considerando 52 de la citada directiva establece que “la duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento.”

Antes de analizar de forma concreta el régimen de duración y prórrogas de los contratos de concesión de servicios conviene señalar que el artículo 29 de la LCSP con carácter general para todos los contratos establece que la duración de los contratos del sector público deberá establecerse teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas, sin perjuicio de las normas especiales aplicables a determinados contratos.

Por lo que respecta ya de forma más específica a las concesiones de servicios la duración de las mismas vendrá regulada en el artículo 29.6 de la LCSP estableciendo en primer lugar que “los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios tendrán un plazo limitado” en sintonía con lo establecido en la Directiva 2014/23 para a continuación señalar que dicho plazo “se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas.” Y continúa señalando:

*Si la concesión de obras o de servicios sobrepasara **el plazo de cinco años**, la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos.*

Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

Por lo tanto de esta manera se está fijando la obligación de que el plazo de la concesión se fije atendiendo a cada supuesto concreto y en función del tiempo que se estime razonable para que le concesionario recupere las inversiones junto con un rendimiento del capital invertido. De esta forma se están estableciendo ahora una serie de conceptos jurídicos indeterminados, que

obligarán de forma previa a la licitación del contrato de concesión de servicios a realizar un importante estudio previo a los efectos de calcular cual será el plazo razonable para recuperar la inversión y obtener un rendimiento del capital invertido.

El plazo concesional solo podrá fijarse por lo tanto atendiendo a los elementos de este artículo 29.6 es decir:

- Las inversiones realizadas tanto en el momento inicial como previstas a lo largo de la vida de la concesión.
- Los costes de explotación.
- Un beneficio razonable.

Será por lo tanto necesario ahora justificar suficientemente el plazo concesional establecido. Ello implica que no basta con señalar una determinada duración sino que debe acreditarse mediante elementos de juicio suficientes (por ejemplo por el volumen de inversión, tasa interna de retorno) el cálculo que se haya efectuado.

En todo caso este cálculo ha de realizarse en condiciones normales de explotación, lo que justificaría la posibilidad en determinados supuestos de ampliar o reducir el plazo para restablecer el equilibrio económico que anteriormente hemos señalado.

Pero además de estas reglas para el cálculo de la duración de los contratos de concesión, que prácticamente son una transposición literal de la Directiva 2014/23, el legislador español ha optado por mantener a mayores unos plazos máximos tradicionalmente establecidos ya en el contrato de gestión de servicios públicos y así establece que en todo caso

- a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio.*
- b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.*
- c) Diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a).*

Sin embargo la fijación de estos plazos máximos no quiere decir que dentro de los mismos el órgano de contratación tenga libertad para fijar los plazos, sino que deben aplicarse la reglas de cálculo anteriormente citadas (recuperación de la inversión, costes de explotación y beneficio) para calcular la duración y esta en ningún caso podrá superar los plazos máximos.

Por último el artículo 29 también añade:

*Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en **un 15 por ciento de su duración inicial** para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290.*

No se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del plazo de duración de la concesión y del establecido para la ejecución de las obras aquellos períodos en los que estas deban suspenderse por una causa imputable a la Administración concedente o debida a fuerza mayor. Si el concesionario fuera responsable del retraso en la ejecución de las obras se estará a lo dispuesto en el régimen de penalidades contenido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y en esta Ley, sin que haya lugar a la ampliación del plazo de la concesión.

¿Cómo se calculará el plazo para la recuperación de las inversiones?

Como hemos señalado uno de los elementos esenciales para la fijación del plazo será la recuperación de las inversiones, el artículo 29.9 de la LCSP 2017 establece que el período de recuperación de las inversiones deberá calcularse según las reglas establecidas en las normas de desarrollo de la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la economía española. Dicha remisión debe ser entendida al Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, cuyo art. 10 señala:

Artículo 10 Período de recuperación de la inversión de los contratos

1. Se entiende por período de recuperación de la inversión del contrato aquél en el que previsiblemente puedan recuperarse las inversiones realizadas para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato, incluidas las exigencias de calidad y precio para los usuarios, en su caso, y se permita al contratista la obtención de un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación.

La determinación del período de recuperación de la inversión del contrato deberá basarse en parámetros objetivos, en función de la naturaleza concreta del objeto del contrato. Las estimaciones deberán realizarse sobre la base de predicciones razonables y, siempre que resulte posible, basadas en fuentes estadísticas oficiales.

2. Se define el período de recuperación de la inversión del contrato como el mínimo valor de n para el que se cumple la siguiente desigualdad, habiéndose realizado todas las inversiones para la correcta ejecución de las obligaciones previstas en el contrato:

$$\sum_{t=0}^n \frac{FC_t}{(1+b)^t} \geq 0$$

Donde:

t son los años medidos en números enteros.

FC_t es el flujo de caja esperado del año t , definido como la suma de lo siguiente:

a) El flujo de caja procedente de las actividades de explotación, que es la diferencia entre los cobros y los pagos ocasionados por las actividades que constituyen la principal fuente de ingresos del contrato, teniendo en cuenta tanto las contraprestaciones abonadas por los usuarios como por la Administración, así como por otras actividades que no puedan ser calificadas como de inversión y financiación.

El flujo de caja procedente de las actividades de explotación comprenderá, entre otros, cobros y pagos derivados de cánones y tributos, excluyendo aquellos que graven el beneficio del contratista.

b) El flujo de caja procedente de las actividades de inversión, que es la diferencia entre los cobros y los pagos que tienen su origen en la adquisición de activos no corrientes y otros activos equivalentes, tales como inmovilizados intangibles (entre ellos, derechos de uso de propiedad industrial o intelectual, concesiones administrativas o aplicaciones informáticas), materiales o inversiones inmobiliarias, así como los cobros procedentes de su enajenación.

Aunque no se prevea su efectiva enajenación en el momento de realizar las proyecciones, se incluirá como cobro procedente de las actividades de inversión el valor residual de los activos, entendido como el importe que se podría recuperar al término del contrato o bien de la vida útil del elemento patrimonial, en caso de que ésta finalice con anterioridad, ya sea por su venta en el mercado o por otros medios.

Para la determinación del valor residual se analizarán las características de los elementos patrimoniales, tales como su vida útil, usos alternativos, movilidad y divisibilidad.

FC_i no incluirá cobros y pagos derivados de actividades de financiación.

La estimación de los flujos de caja se realizará sin considerar ninguna actualización de los valores monetarios que componen FC_i .

b es la tasa de descuento, cuyo valor será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos. Se tomará como referencia para el cálculo de dicho rendimiento medio los últimos datos disponibles publicados por el Banco de España en el Boletín del Mercado de Deuda Pública.

El instrumento de deuda y el diferencial que sirven de base al cálculo de la tasa de descuento podrán ser modificados por Orden del Ministro de Hacienda y Función Pública, previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, para adaptarlo a los plazos y condiciones de riesgo y rentabilidad observadas en los contratos del sector público.

4.1.-Las prórrogas.

Con carácter general cabrá la posibilidad de establecer prórrogas en los contratos que tendrían las siguientes características:

- a) En el contrato se pueden prever una o varias prórrogas.
- b) Las acuerda el órgano de contratación.
- c) Son obligatorias para el empresario salvo cuando haya demorado la Administración en el abono del precio más de 6 meses.
- d) Excepto en los contratos de duración inferior a seis meses exige preaviso con antelación de 2 meses, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor.
- e) En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes.
- f) Los contratos menores no podrán tener una duración superior a un año ni ser objeto de prórroga.

Las que acabamos de señalar serían las condiciones generales para la prórroga de los contratos y si bien en los contratos de concesión de servicios no se prohíbe expresamente la fijación de prórrogas de los mismos, esta se verá limitada por dos aspectos.

En primer lugar no podrán superar con las prórrogas el plazo máximo legalmente fijado (40, 25 o 10 años según el tipo de concesión de que se trate).

En segundo lugar como ya se ha señalado antes la duración del contrato no puede ser fijada libremente por el órgano de contratación, y por el contrario dependerá del cálculo de la recuperación de la inversión, gasto de mantenimiento y beneficio, por lo que una posible prórroga podría hacer inválidos estos cálculos.

Es por ello por lo que el artículo 29.6.c) como ya se ha señalado anteriormente señala que

“Los plazos fijados en los pliegos de condiciones solo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290”.

Y aunque podría considerarse que esta previsión se refiere sólo a los supuestos de restablecimiento del equilibrio económico y que en otros supuestos cabe que los pliegos contemplen prórrogas de los contratos de concesión, por los motivos anteriormente expuestos, entendemos, que debe considerarse que salvo supuestos muy justificados, no cabría la posibilidad del establecimiento de prórrogas en los contratos de concesión de servicios.

4.2.-La prórroga obligatoria del contrato de concesión de servicios.

¿Qué ocurre en aquellos casos en los que a través de un contrato de concesión de servicios se esté prestando un servicio público esencial y finaliza el contrato sin haber adjudicado un nuevo contrato?

En el caso de que se dejase de prestar el citado servicio podría dar lugar a situaciones de gran necesidad e incluso de riesgo para la población. Pensemos en contratos como el de recogida de basuras, abastecimiento de agua, tratamiento de aguas residuales, etc...

Esta situación queda cubierta con el ya comentado artículo 288.a) de la LCSP que establece “en caso de extinción del contrato por cumplimiento del mismo, el contratista deberá seguir prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato”.

Dicho artículo merece una profunda crítica por los términos inconcretos e imprecisos en los que está redactado ya que no establece ningún requisito, ningún plazo para la formalización del contrato y lo que es más grave, si cabe, ni tan siquiera esta prórroga indefinida la vincula a que se trate de un servicio de primera necesidad, ni tan siquiera a un servicio público.

Puede ser que ese contrato de concesión de servicio ampare un servicio que supone una necesidad básica de la población y que por lo tanto no puede interrumpirse en su prestación, pero igualmente puede amparar un servicio que perfectamente puede ser interrumpido hasta la adjudicación del nuevo contrato. Igualmente puede ser que esa demora se deba a causas justificadas (recursos en la nueva adjudicación, que esta haya quedado desierta...) o se deba a la mera indolencia del político a la hora de volver a sacar a licitación esa contratación o lo que es peor, a oscuras y delictivas intenciones que se escondan en esa reticencia del político a impulsar la licitación de un nuevo contrato permitiendo de esta forma que el actual contratista se perpetúe en la prestación de este servicio sine die.

Además esta ligereza del artículo 288 a) choca con la regulación que se establece en el artículo 29.4 con respecto a los contratos de servicio, que como ya hemos señalado igualmente pueden amparar la prestación de servicios públicos o servicios esenciales con la única diferencia de que no existe transferencia del riesgo operacional al contratista.

Y así el artículo 29.4 establece en relación a estos contratos de servicios que:

No obstante lo establecido en los apartados anteriores, cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado el nuevo contrato que garantice la continuidad de la prestación a realizar por el contratista como consecuencia de incidencias resultantes de acontecimientos imprevisibles para el órgano de contratación producidas en el procedimiento de adjudicación y existan razones de interés público para no interrumpir la prestación, se podrá prorrogar el contrato originario hasta que comience la ejecución del nuevo contrato y en todo caso por un periodo máximo de nueve meses, sin modificar las restantes condiciones del contrato, siempre que el anuncio de licitación del nuevo contrato se haya publicado con una antelación mínima de tres meses respecto de la fecha de finalización del contrato originario.

Vemos que a diferencia del artículo 288 a) vincula esta prórroga a una serie de requisitos como pueden ser que la formalización del contrato no se haya producido por acontecimientos imprevisibles, que existan razones de interés público para continuar con la prestación de ese servicio, que esta prórroga no supere los 9 meses y siempre que el anuncio del nuevo contrato se haya ya publicado con una antelación mínima de 3 meses respecto a la fecha de finalización del contrato originario.

Por lo que sujeta esta prórroga obligatoria a una serie de requisitos (quizá demasiados) que por el contrario no aparecen (ni siquiera uno) cuando el legislador se refiere al contrato de concesión de servicios.

Por lo demás la jurisprudencia ha venido manteniendo (pese a la no existencia incluso de un precepto legal que lo amparase expresamente) la posibilidad de en supuestos excepcionales y de servicios esenciales, la Administración pudiese obligar al contratista a continuar con la prestación del servicio hasta la adjudicación del nuevo contrato. Entre ellas podemos citar las siguientes sentencias:

Sentencia del Tribunal Supremo de 18 noviembre 1986:

«(...) una situación excepcional en que denunciado el contrato en la forma legalmente establecida y pactada, la Administración por razones de interés público unidas a la necesidad de continuidad del servicio -y mientras no se seleccione al nuevo contratista- impone coactivamente la permanencia del anterior con unas consecuencias equiparables a las producidas cuando la Administración hace uso de las facultades que forman el contenido del «ius variandi», con la ineludible contrapartida de la compensación económica a favor del contratista o concesionario de un servicio público, como es el caso al tratarse de un contrato de limpieza del Hospital Insular».

Y la **sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias de 1 de marzo de 1999** expone, que:

«Al regular el art. 127.1 RS las potestades exorbitantes de que gozará la Administración en los contratos de servicios públicos señala que la Corporación concedente ostentará sin perjuicio de las que procedan, las potestades siguientes: 1º Ordenar discrecionalmente, como podría disponer si gestionare directamente el servicio, las modificaciones en el concedido que aconseje el interés público y, entre otras: a) la variación en la calidad, cantidad tiempo o lugar de las prestaciones en que el servicio consista, y b) la alteración de las tarifas a cargo del público y en la forma de retribución del servicio. Si observamos atentamente los preceptos transcritos siempre hacen referencia a la posibilidad de introducir modificaciones en el servicio. Por modificar hay que entender «cambiar una cosa mudando alguno de sus accidentes». Según la doctrina civilista se consideran, por regla general, condiciones accidentales del contrato las que se refieren a la cantidad, modo, tiempo o lugar de las

obligaciones. **La prórroga de la duración del contrato podría tener cabida dentro de la potestad de modificar el servicio (...)**».

Recientemente el **Informe 4/2016 de la Junta Consultiva de Contratación administrativa de Canarias** se ha pronunciado sobre la cuestión fundamentando la prórroga en el articulado citado y extrayendo la siguiente interesante conclusión:

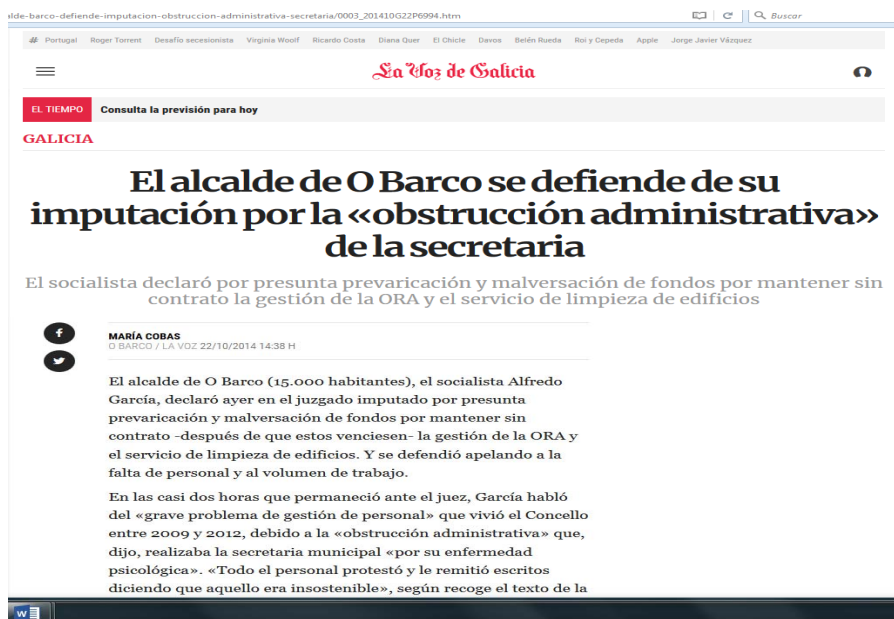
«Consecuentemente, puede concluirse que la legislación de contratación pública no contiene ninguna regulación que sea directamente aplicable a este caso. De ahí que resulte justificado acudir a otras fórmulas derivadas del derecho civil, o de la legislación de régimen local para alcanzar una solución al problema.

Podría acudir a distintas figuras legales que son analizadas a lo largo del presente informe como la incidencia en la ejecución, la celebración de un contrato de menor- que plantea el problema de la limitación de la cuantía y la imposibilidad legal de concatenación de diversos contratos de esta tipología; de una tramitación de urgencia, la determinación de la existencia de una prórroga forzosa por tácita reconducción- que cuenta asimismo con la objeción jurisprudencial de la prohibición de la existencia de “prórrogas tácitas” o, finalmente, la adopción de un acuerdo de continuación del servicio, el cual, elude la apariencia de fraude que ofrecen otras soluciones y exigiría un acuerdo que debe adoptarse de forma motivada antes de que el contrato se extinga; además, de que la duración de su vigencia ha de ser proporcionada a la necesidad»

Dicho lo cual en modo alguno debe confundirse esta posibilidad de en supuestos excepcionales y para servicios esenciales que la Administración pueda prolongar la prestación del servicio con el contrato vencido hasta que no se adjudique el nuevo contrato, con la prolongación del mismo sine die basada en la indolencia, cuando no en la oscura intencionalidad del responsable político de que el contratista continúe con la prestación de ese servicio una vez finalizado el plazo del contrato. Esta última situación debería dar lugar a la exigencia de responsabilidades para el funcionario o autoridad que propiciase tal situación, responsabilidades que incluso podrían llegar al ámbito penal.

Sirvan algunos ejemplos:





5.-Los contratos de servicios en la LCSP 2017.

De principio debemos señalar que las novedades que presenta la LCSP 2017 en relación a los contratos de servicios no resultan tan trascendentes como las analizadas respecto de los contratos de concesión de servicios.

Podemos, considerar que este tipo de contrato no sufren excesivas modificaciones respecto a la legislación anterior, por lo que a fin de no realizar una exposición excesivamente larga haremos referencia sólo a aquellos aspectos que han experimentado modificaciones trascendentes.

5.1.-El objeto del contrato de servicios.

No procede aquí hacer una análisis pormenorizado del objeto del contrato de servicios ya que de alguna forma se ha analizado a la hora de tratar el objeto del contrato de concesión de servicios y el elemento de la transmisión del riesgo operacional al contratista.

En todo caso procede señalar que este contrato de servicios aparece ahora definido en el artículo 17 de la LCSP 2017 en los siguientes términos: *“son contratos de servicios aquellos cuyo objeto de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o suministro, incluyendo aquellos en que el adjudicatario se obligue a ejecutar el servicios de forma sucesiva y por precio unitario.*

No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”

Por lo tanto de esta manera en el contrato de servicios van a quedar englobados todos aquellos contratos que impliquen la prestación de un servicio (ya tenga o no la consideración de servicio público) y que no implique trasladar de forma esencial el riesgo operacional al contratista.

Además el artículo 17 prohíbe la posibilidad de que este tipo de contrato pueda ser utilizado para la contratación de servicios que impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos. Sin embargo, dicha prohibición que ya se contemplada en la anterior normativa

contractual no siempre es respetada por las Administraciones Públicas, y sigue siendo habitual que por parte de Ayuntamientos, Diputaciones, Comunidades Autónomas y Organismo Estatales se acuda a contratos de servicios para la contratación de empresas de seguridad privada que ejercen en muchas ocasiones funciones de autoridad propia de los poderes públicos.

Esta regulación del artículo 17 podríamos completarla con la referencia al artículo 308 que regula el contenido y límites de este contrato de servicios. De entre los aspectos más destacados de este artículo podemos citar:

1- Salvo que se disponga otra cosa en los pliegos de cláusulas administrativas o en el documento contractual, los contratos de servicios que tengan por objeto el desarrollo y la puesta a disposición de productos protegidos por un derecho de propiedad intelectual o industrial llevarán aparejada la cesión de este a la Administración contratante. En todo caso, y aun cuando se excluya la cesión de los derechos de propiedad intelectual, el órgano de contratación podrá siempre autorizar el uso del correspondiente producto a los entes, organismos y entidades pertenecientes al sector público.

Precepto que deja clara la titularidad pública de todos aquellos servicios que se contraten y que impliquen un servicio protegido por la legislación de propiedad intelectual o industrial.

2. En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.

A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista.

Como no puede ser de otra manera este precepto prohíbe que se pueda instrumentar a través de un contrato de servicios la realización de funciones reservadas a funcionarios públicos en lógica concordancia con la exclusión que estas relaciones tienen del ámbito de la LCSP 2017 en el artículo 11.1.

De lo que se trata es de intentar evitar la consolidación en la entidad contratante (organismo público) de las personas trabajadoras por cuenta de la empresa contratista, incorporando una nueva referencia que obliga a los empleados públicos de la Administración contratante a abstenerse de realizar actos que impliquen facultades que corresponden a la empresa contratista.

Este intento por evitar que la prestación de un servicio contratado por la Administración acabe desembocando en una transferencia de trabajadores de la empresa contratada hacia la Administración contratante, vulnerando todos los principios de publicidad, igualdad, mérito y capacidad que deben regir en la selección de cualquier empleado público, no es nueva de la LCSP 2017.

Y así podemos citar la Disposición Adicional Primera del Real Decreto 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad que señala:

“Disposición adicional primera Medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración

Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral.

En el supuesto de que en virtud de sentencia judicial los trabajadores de las empresas se convirtieran en personal laboral de la Administración, el salario a percibir será el que corresponda a su clasificación profesional de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al personal laboral de la Administración, siendo necesario informe favorable de los órganos competentes para hacer cumplir las exigencias de las leyes presupuestarias.”

Y de igual modo, podemos citar la “Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores en las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales.” BOE nº 15 de 18 de enero de 2011.

En todo caso y pese a estas previsiones legales sigue siendo muy recomendable el establecimiento en los pliegos de cláusulas administrativas de los contratos de servicios, condiciones y medidas tendentes a disminuir el riesgo de transferencia ilegal de trabajadores.

En este sentido pueden resultar de utilidad las “INSTRUCCIONES SOBRE BUENAS PRÁCTICAS PARA LA GESTIÓN DE LAS CONTRATACIONES DE SERVICIOS Y ENCOMIENDAS DE GESTIÓN A FIN DE EVITAR INCURRIR EN SUPUESTOS DE CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES”, dictadas por el entonces Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas con fecha de 28 de diciembre de 2012 que contiene incluso contiene un modelo de cláusula para incluir en los pliegos referente a esta cuestión. (se adjunta con la ponencia).

Un supuesto peculiar siguen siendo los contratos que tengan por objeto la prestación de actividades docentes en centros del sector público desarrolladas en forma de cursos de formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración o cuando se trate de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias, colaboraciones o cualquier otro tipo similar de actividad, siempre que dichas actividades sean realizadas por **PERSONAS FÍSICAS**, las disposiciones de esta ley **no** serán de aplicación a la **PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN** del contrato.

Para acreditar la existencia de estos contratos, **BASTARÁ la DESIGNACIÓN o NOMBRAMIENTO** por autoridad competente,

En esta clase de contratos podrá establecerse el **PAGO PARCIAL ANTICIPADO**, previa constitución de **GARANTÍA** por parte del **CONTRATISTA**, **sin** que pueda **autorizarse su CESION**.

5.2.-El plazo de los contratos de servicios.

Por lo que respecta al plazo de estos contratos, debemos señalar que frente a los 4 años que fijaba el TRLCSP salvo para los contratos complementarios de obras y suministros (art. 303 del TRLCSP) la LCSP 2017 pasa a **5 años incluidas las posibles prórrogas** (art. 29 LCSP 2017) como regla general.

Ahora bien dicha regla general presenta importantes excepciones contempladas a lo largo de la Ley como los supuestos de prórroga forzosa por plazo de 9 meses en los casos de finalización del contrato sin haber formalizado el nuevo contrato, los contratos complementarios de obras o suministros, los que impliquen inversiones, los que impliquen mantenimiento, los de servicios a las personas, los contratos marco de servicios, etc...(se adjunta esquema que recoge las diferentes posibilidades).

5.3.-Procedimientos de contratación.

De forma similar a lo señalado en el contrato de concesión de servicios se puede esquematizar los tipos de procedimientos de la siguiente forma:

Procedimiento	Permitido en contrato servicios	Artículo LCSP 2017
Contrato menor	SI	Art. 118 (hasta 15.000 euros)
Procedimiento con negociación	SI	Sólo podrá utilizarse en los supuestos del artículo 167. Nunca por cuantía
Procedimiento abierto	SI	Art. 131.2
Procedimiento restringido	SI	Art. 131.2.
Procedimiento abierto simplificado	SI	Art.159.1. Valor estimado igual o menor a 100.000 €
Procedimiento abierto super – simplificado o simplificadoísimo	SI	Art. 159.6. Valor estimado inferior a 35.000 €(*)
Diálogo competitivo	SI	Art. 131, 167 y 172
Contratos SARA	SI	Art.22.1 (valor estimado igual o superior a 221.000 €(**) y (***))
Recurso especial en materia de contratación	SI	Art. 44.1 a) (valor estimado superior a 100.000 euros)

(*) Excepto los que tengan por objeto las prestaciones de carácter intelectual a los que no se les aplica.

(**) Cifra para licitaciones llevadas a cabo por Entidades Locales.

(***) 750.000 euros, cuando se trate de contratos que tengan por objeto los servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV.

5.4.-Ejecución, responsabilidad del contratista y cumplimiento.

El artículo 311 de la LCSP 2017, sin perjuicio de la facultad general de interpretación por la Administración prevista en el artículo 190, atribuye la figura del responsable del contrato la facultad de dictar instrucciones para la interpretación de los contratos, en concordancia con lo establecido en el artículo 62 para todos los contratos. Y así establece que:

El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función le corresponderá a los servicios dependientes del órgano de contratación.

Resulta un tanto sorprendente la redacción de este precepto ya que en principio y según lo establecido en el artículo 62 el nombramiento del responsable del contrato es obligatorio en todos los contratos y sin embargo el artículo 311 se refiere al responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado, por lo que parecería que al menos en el contrato de servicio el nombramiento de dicho responsable no sería obligatorio, cosa que entendemos que no es así.

Por otro lado tampoco parece muy coherente que dicha facultad para dictar instrucciones para la interpretación del contrato se atribuya al responsable del contrato sólo en los contratos de servicio y no en los de concesión de servicios teniendo en cuenta que la única distinción estará no en el servicio en sí, ni en la forma de prestación del mismo, sino en la transferencia o no del riesgo operacional.

Por lo demás el apartado 6 del artículo 311 en relación a los contratos de mera actividad o de medios, por contraposición a los que se dirigen a la obtención de un resultado, estableciéndose respecto a los primeros la prerrogativa de depurar la responsabilidad del contratista por incumplimientos detectados con posterioridad a su extinción. Aunque lógicamente dicha prerrogativa no puede ser indefinida en cuanto al tiempo debiendo fijarse un plazo en los pliegos en el que la responsabilidad del contratista desaparecería tras el tiempo transcurrido.

5.5.-Las prestaciones directas a favor de los ciudadanos o contratos de servicios a la ciudadanía

El artículo 312 regula las especialidades de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos. Como ya se ha señalado reiteradamente el anterior contrato de gestión de servicios públicos desaparece y es asumido por un lado por los contratos de concesión de servicios y por otro por los contratos de servicios, el criterio delimitador entre ambos estará en quien asume el riesgo operacional, cuando este es asumido por la Administración estaremos ante un contrato de servicios y cuando es asumido por el contratista estaremos ante un contrato de concesión de servicios. Por ello, los contratos que hemos venido calificando como de gestión de servicio público, en los que el contratista no asumía el riesgo operacional, pasan a ser ahora meros contratos de servicios. Por ello que la LCSP 2017 incorpore este artículo 312, precisamente para identificar a estos antiguos contratos de gestión de servicios públicos, ahora transformados en contratos de servicios, y caracterizados por la relación prestacional que une al contratista y al usuario.

Dentro de estas especialidades se establecen:

a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

b) El adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo estará sujeto a las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables

a la Administración; y de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

c) Los bienes afectos a los servicios regulados en el presente artículo no podrán ser objeto de embargo.

d) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

e) La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía de que se trate.

f) Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.

g) Además de las causas de resolución del contrato establecidas en el artículo 313, serán causas de resolución de los contratos de servicios tratados en el presente artículo, las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 294.

En definitiva se trata de una serie de peculiaridades que se establece para aquellos contratos de servicios en los que existe una prestación directa hacia los ciudadanos y que hasta ahora eran considerados como contratos de gestión de servicios públicos como por ejemplo un contrato de abastecimiento de agua potable, características que no serán aplicables a los restantes contratos de servicios con un objeto más “tradicional” por ejemplo contrato de redacción de proyectos.

5.6.-Resolución de los contratos de servicios.

El nuevo artículo 313 LCSP 2017 rebaja de seis meses a cuatro meses el plazo previsto en el artículo 308 del TRLCSP para la suspensión del inicio de contrato, y se establece como una nueva causa de resolución del contrato el desistimiento anterior a la iniciación del contrato. Igualmente se modifican los importes del tanto por ciento de indemnización en los supuestos de resolución del contrato y se aclara que en todo caso dicho porcentaje será aplicado sobre el precio de adjudicación IVA excluido.

5.7.-El contrato de elaboración de proyectos de obra.

La LCSP 2017 dedica dos artículos a regular las peculiaridades de este contrato de servicios como ya hacía el TRLCSP, con la novedad de que mientras que la legislación anterior establecía (art. 311 TRLCSP) una indemnización potestativa para los casos en los que el presupuesto de ejecución de obra previsto en el proyecto se desviase en más de un 20 por ciento, tanto por exceso como por defecto, como consecuencia de errores y omisiones imputables al redactor del proyecto (contratista) ahora la LCSP 2017 establece que dicha responsabilidad se le exigirá de forma obligatoria, se mantienen las mismas cantidades que en el TRLCSP pero se aclara que la referencia al precio del contrato es sin IVA.

5.8.-La categoría especial de “servicios a las personas”.

Resta por último hacer una breve referencia a los servicios a las personas que se trata de un concepto acuñado en el preámbulo de la LCSP 2017 cuando afirma que:

“Por otra parte, debe señalarse que los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos u organizar los mismos 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..”

Tal afirmación tiene su reflejo normativo en la previsión del artículo 11.6 que señala que: *“Queda excluida de la presente Ley la prestación de servicios sociales por entidades privadas, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, 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 transparencia y no discriminación”*.

Por lo tanto este artículo 11.6 se estará refiriendo a aquellos contratos referidos a servicios sociales que no están sujetos a regulación armonizada y en este sentido serán los contratos de servicios sociales y otros específicos enumerados en el Anexo IV de la LCSP 2017 para los que el artículo 22 fija un umbral de 750.000 euros cuando se trate de contratos de servicios y el artículo 20.1 fija un umbral de 5.548.000 cuando se tratase de contratos de concesión de servicios. Para estos sería posible articular su prestación a través de la simple financiación o la concesión de licencias o autorizaciones, aunque para ello se precisará la previa existencia de una norma autonómica por ser la gestión de estos servicios una competencia autonómica, tal y como prevé la DA cuadragésima novena de la LCSP 2017 al decir que: “lo establecido en esta Ley no obsta para que las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de las competencias que tengan atribuidas, legislen articulando instrumentos no contractuales para la prestación de servicios públicos destinados a satisfacer las necesidades de carácter social”.

Por lo tanto estos servicios sociales sería posible por ejemplo su prestación en régimen de concierto, ahora bien siempre que esta figura estuviese prevista y regulada para este tipo de servicios en la normativa autonómica.

Y para los que superan el umbral de los contratos sujetos a regulación armonizada si bien no quedarían excluidos, también se establecen una serie de peculiaridades que podemos resumir de este modo:

-Servicios sociales, para los que se prevé la exención de la garantía definitiva, la imposibilidad de que el precio sea el único criterio de adjudicación, si fomentan la integración de personas desfavorecidas, entre otros supuestos, o la aplicación del procedimiento de licitación con negociación cuando son personalísimos.

-Concesiones de servicios del Anexo IV y contratos de carácter social, sanitario o educativo de mismo anexo, para los que se establecen criterios de adjudicación, tales como la experiencia del personal adscrito al contrato, la reinversión de beneficios o de mecanismos de participación de los usuarios, en los términos recogidos en el artículo 145 de la LCSP 2017.

-Servicios sociales, culturales y de salud, que puede reservarse a determinadas organizaciones que cumplan las condiciones de la D.A cuadragésimo octava.

Por lo tanto en conclusión para determinadas prestaciones sociales, de carácter sanitario o educativo que se sitúan por debajo del umbral (recogidas en el anexo IV de la LCSP 2017), y siempre que no se tramiten como un contrato, podrán ser objeto de fórmulas organizativas, tales como el concierto social o la acción concertada, establecidas ya por alguna Comunidad Autónoma, que ya se han adelantado a esta legislación estatal. Por encima de dicho umbral también tendrá su contratación ciertas peculiaridades recogidas a lo largo del articulado de la LCSP 2017.

5.9.-Normas específicas de contratación pública de los servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo.

La Disposición adicional cuadragésima primera de la LCSP declara que estos servicios de arquitectura, ingeniería, consultoría y urbanismo, tienen naturaleza de prestaciones de carácter intelectual a los efectos de esta ley.

Esto tiene importancia por las previsiones contenidas en los siguientes artículos:

- el artículo 145.3 g) prohíbe que para estos contratos el precio sea el único factor determinante de la adjudicación.
- el art. 145.4 obliga a que en este tipo de contratos los criterios relacionados con la calidad deberán representar, al menos, el 51 por ciento de la puntuación asignable en la valoración de las ofertas, sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2.a) del artículo 146, es decir, que pudiera ello implicar la valoración por un comité de expertos.
- el artículo 159.6 impide para estos contratos la utilización de lo que denominamos procedimiento abierto supersimplificado.

Bibliografía

Artículo “Los contratos de concesión”. Autora: Ximena Lazo Vitoria, profesora de Derecho Administrativo de la Universidad de Alcalá. Revista El Consultor de los Ayuntamientos nº 23 de 15 de diciembre. Especial Ley de Contratos de Sector Público 2017.(pág. 2982 a 2994).

Artículo “De los contratos de servicios a las concesiones de servicios. Técnicas contractuales intercambiables: diferencias prácticas y régimen jurídico”. Autor: Jaime Pintos Santiago. Cuerpo Superior de la Administración de Castilla – La Mancha. Revista Gabilex nº 4. Diciembre 2015.

Artículo “las zonas oscuras de la ley de contratos: una losa para los gestores de la contratación pública. Autora: María Pilar Batet Jiménez. Blog de las Administraciones Públicas. Entrada de 7/12/2017.

Artículo “Sísifo ante la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público” Autor José R. Chaves. Blog de laJusticia.com. El rincón jurídico de José R. Chaves.

Artículo “Nueva Ley de Contratos: Bajo el signo del consenso (aspectos de la nueva ley destacados por sus ponentes)”. Autor: Juan Carlos Romar Villar. Extraído de la web: www.contratodeobras.com.

Artículo: “problemas para determinar el equilibrio económico – financiero en los contratos públicos”. Autor: Daniel de la Fuente Garrido, extraído de la web: www.noticias.juridicas.com (contratación pública) 06/03/2015.

Artículo: “la prórroga obligatoria en los contratos de gestión de servicios públicos” autor: Alberto Pensado Seijas. Blog espúblico. 08/01/2018.

Artículo: “Plazo de duración de los contratos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”. Autor: Juan Carlos Meilán. Blog Meilán abogados. Las nuevas playas de la contratación pública.

Artículo: “novedades en los contratos de obras, servicios y suministros. Los contratos de servicios a las personas”. Autor: Bernabé Palacín Sáez. Directos General de contratación, responsabilidad social y servicios comunitarios del Ayto. de Logroño. Revista El Consultor de los Ayuntamientos nº 23 de 15 de diciembre. Especial Ley de Contratos de Sector Público 2017 (pag. 2968 a 2981).