

## ANTECEDENTES

- La Dir 2014/23 es la primera regulación global UE de las concesiones (antes excluido de legislación sobre ctos públicos)
- no obstante regulación menos intensa, menos detallada que en contratos públicos; pero primera global (normas comunes a ambos tipos de concesiones), incluye concesiones de servicios, que pueden ser servicios sociales
- PERO hay antecedentes:
  - o Dir 2004/18 regula concesiones de obras
  - o Conces servicios:
    - Dirs 2004/17 y 18: la definían para excluirla  

(art. 1) La "concesión de servicios" es un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio. (Son "contratos públicos de servicios" los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II.); Art. 17 la excluía
    - Comunicaciones de la comisión: esp, Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre concesiones en el Dº comunitario (DOCE C 121 29.4.2000); Comunicación Interpretativa de la Comisión sobre el Derecho Comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DOCE C 179 1.8.2006)
    - Jurisp TJUE sobre distinción conces servs –cto servs para ver si sujeto a Dirs o no: va acuñando los criterios de remuneración (dº explotar servicio –ergo ingresos de terceros- o eso + pago; asunción del riesgo operacional)

## APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 2014/23

- Definición en Dir. (art. 5):

«concesión de servicios»: un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más **poderes o entidades adjudicadores** confían la prestación y la gestión de **servicios distintos de la ejecución de las obras** contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el **derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago** [esta forma de remuneración es común a ambos tipos de concesiones].

La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un **riesgo operacional en la explotación** de dichas obras o servicios abarcando el **riesgo de demanda o el de suministro**, o ambos. 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 a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las **incertidumbres del mercado** que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable;

- Transposición en ley: lo mismo, pero sustituye al cto de gestión de servicios públicos y sus modalidades, así lo dice en el preámbulo (*desaparece la figura del contrato de gestión de servicio público y, con ello, la regulación de los diferentes modos de gestión indirecta de los servicios públicos que se hacía en el artículo 277 del anterior texto refundido. Surge en su lugar...*) y más claro en la DA 36 cuando dicen que menciones a cto gestión servs púb se entenderán al de concesión de servs púb.

De ahí referencias como la del art 282 (“gestionar indirectamente”) –pero claro cierto problema porque no es exactamente lo mismo, como dice el propio preámbulo hay ctos que antes eran de gestión y ahora son de servicios, lo de ctos servs con prestaciones a favor del público, el 310, normas para cuando la concesión es de un serv púb; modificación de la tipología de contratos

#### *Artículo 15. Contrato de concesión de servicios.*

*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.*

*14.4: [...] 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.*

- Elementos (OJO conceptos comunitarios)
  - o Remuneración: explotación, o eso + pago...pero en todo caso eso no puede impedir la transferencia del riesgo operacional (estos dos elementos están relacionados)
    - ➔ Precios unitarios: cto servs licitado a precios unitarios puede parecer que se está explotando, aunque parece claro que no. Pero depende tb de los costes fijos...
    - ➔ Porcentaje de ingresos: lo admiten Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal núm. 59/2011 de 1 marzo 2012 (JUR

2012\220046), y más claramente aún en el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa Estatal núm. 52/2009 de 26 febrero 2010 (JUR 2010\104026), citado por el anterior. Ídem...

- o Riesgo operacional y su diferencia con el riesgo y ventura en ctos concesión servs

STJUE de 10 de marzo de 2011 (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, C-274/09)

Servicio de socorro licitados por una mancomunidad de municipios de Passau encargada de los servicios de socorro y prevención de incendios; precios se acordaban anualmente entre concesionario y una entidad de SS, se cobraban a los usuarios pero a través de una oficina liquidadora central.

e) El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado , que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. **En cambio**, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (apartados 37 y 38).

c) Cuando la remuneración del prestador procede exclusivamente de terceros, la transferencia de un **riesgo de explotación «muy limitado»** por parte de la entidad adjudicadora es suficiente para que pueda considerarse que existe una concesión de servicios.

En efecto, es corriente que ciertos sectores de actividad, en particular **los sectores relativos a actividades de utilidad pública**, como ocurre en el asunto principal, sean objeto de una reglamentación que puede tener como resultado limitar los riesgos económicos que se corren. Debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público en cuestión, incluso si el riesgo de explotación es muy limitado. En tales sectores, **las entidades adjudicadoras no tienen influencia alguna en la configuración jurídico-pública del servicio** ni, por tanto, en el nivel de riesgo que ha de transferirse, y no sería razonable, además, pedir a una autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable a éste (apartados 33 a 35).

→ TJUE dice que la mancomunidad le transfirió al concesionario todo el riesgo que ella corría aunque fuese muy pequeño; al final lo considera concesión de servicios

La STJUE de 10 de noviembre de 2011 (C-348/10, Norma-A SIA): (transporte) Si bien el modo de **remuneración** es uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, **pero además** la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el **riesgo de explotación** de los servicios de que se trate. La inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios. Por tanto, es preciso comprobar si el prestador asume el riesgo de explotación del servicio en cuestión. Si bien este riesgo **puede ser ciertamente muy limitado** desde el primer momento, la calificación de concesión de servicios exige que **la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre** (apartados 44 y 45).

- o No solo administraciones, “poderes adjudicadores” --> tb PANAP. Pensar p.ej. en ámbito local, mancomunidades, áreas metropolitanas, etc.

(Cierta antinomia entre 15 (“poderes adjudicadores”) y 282 ss (“la Administración”), pero resuelta a favor del primero por criterio histórico y sobre todo por interpretación conforme al D<sup>a</sup> UE, donde es claro que son “poderes o entidades adjudicadores”)

Artículo 85 LBRL.

1. Son *servicios públicos* locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus *competencias*. → arts. 25 a 28
2. B: prevé la gestión indirecta según las modalidades del TRLCSP (antes definición del cto gestión servs púb, ahora 282 que dice “gestión indirecta”)

Artículo 44.1 Se reconoce a los municipios el derecho a asociarse con otros en mancomunidades para la ejecución en común de obras y *servicios determinados de su competencia*.

- Mancomunidad sería PANAP art. 3.3.d (y 3.2 para excluirlo de AAPP) Proy LCSP. Xq a través de mancomunidad y no cada municipio? Para contratar para varios municipios a la vez (claro que tb podrían varios municipios a la vez contratar directamente, según art. 15 y procedimientos de colaboración entre poderes adjudicadores que prevé la ley)

...PERO: sería contrato privado! (26.1.b, ctos celebrados por PANAP) → regulación:

26.3. *Los contratos privados que celebren los poderes adjudicadores que no pertenezcan a la categoría de Administraciones Públicas mencionados en la letra b) del apartado primero del presente artículo, cuyo objeto esté comprendido en el ámbito de la presente Ley, se registrarán por lo dispuesto en el Título I del Libro Tercero de la misma, en cuanto a **la preparación y adjudicación** de aquellos.*

→ 315 a 318: SARA prep & adj según AAPP (y algo en efectos, modificación); no SARA, instrucciones de contratación; mención expresa a la concesión de servicios (tb de obras), excluyéndolos del régimen de contratos menores por lo que o instrucciones de contratación o adjudicación de ctos por AAPP. (dice que instrucciones de ctación y luego que podrán adjudicar sin sujeción a ellas en dos casos, ctos menores de obras /servs /suministros, o no menores y concesión s/ adj AAPP)

*En cuanto a sus **efectos y extinción** les serán aplicables las normas de derecho privado, **salvo** lo establecido en materia medioambiental, social o laboral, de condiciones especiales de ejecución, de modificación del contrato, de cesión y subcontratación, de racionalización técnica de la contratación; y la causa de resolución del contrato referida a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a los artículos 202 y 203, a las que se refiere el artículo 316.*

- o No solo servicios públicos, tb servicios no públicos:

(EM) *Por último a este respecto, la Ley, siguiendo la Directiva 2014/23/UE, no limita la concesión de servicios a los servicios que se puedan calificar como servicios públicos. **En consecuencia, se establece la aplicación específica y diferenciada de determinadas normas a la concesión de servicios cuando esta se refiera a servicios públicos.** Así, por ejemplo, la aplicación de las normas específicas de estos servicios a las que se hacía referencia anteriormente, esto es, el establecimiento de su régimen jurídico y, entre otras cuestiones, los aspectos jurídicos, económicos y administrativos relativos a la prestación del servicio (lo que se viene a denominar su «publicatio»); la imposibilidad de embargo de los bienes afectos; el secuestro o la intervención del servicio público; el rescate del mismo; o el ejercicio de poderes de policía en relación con la buena marcha del servicio público de que se trate.*

*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.***

En Dª UE no hay un concepto de servicio público (precisamente para evitar asumir...), sino SIEG: referencias en Tºs pero no definen, Comunicación de la Comisión de 20 de diciembre de 2011 «Un marco de calidad para los Servicios de Interés General en Europa», que los define como

«actividades económicas que producen resultados en aras del bien público general y que el mercado no realizaría (o lo haría en condiciones distintas por lo que respecta a la calidad, seguridad, asequibilidad, igualdad de trato y acceso universal) sin una

intervención pública». Siendo así que tal «intervención pública» se concreta en la imposición de Obligaciones de Servicio Público «al prestador mediante una atribución y sobre la base de un criterio de interés general que garantice que el servicio se presta en condiciones que le permitan desempeñar su misión».

Los EEMM deciden qué es SIEG salvo cuando lo hace el propio Dº derivado sectorial, p.ej. telecom o sector postal, y cómo lo prestan: directamente o encargarlo –s/ régimen contratación pública y ayudas de Estado (de hº, uno de los objetivos de la propuesta de Dir contratación pública era mejorar provisión SIEG s/ comunicación citada). OJO, pueden hacerlo vía concesión de servs o vía cto de servicios –esto último lo dice la STJUE 2011 antes citada (s/ riesgo operacional o no)...**ahí entra el cto servicios con prestaciones a favor del público**

- **Servicios “complementarios” (p.ej. cafetería y comedor): hasta ahora ctos admin especiales, ahora concesiones de servicios no públicos?** RTACRC 239/2015. Contrato de explotación de servicio de cafetería y comedor, contrato administrativo especial vs contrato de servicio. Contrato administrativo especial dado que: a) no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante, si bien sí se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, b) la retribución se abona a la empresa directamente por los usuarios, fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones.

Informe JCCAЕ 25/12, de 20 de noviembre de 2012. “Explotación de inmuebles de servicio público, propiedad del Ayto. mediante la instalación de bares-cafeterías: calificación del contrato, forma de adjudicación y valor estimado del contrato.”

- Doctrina JCCAЕ que esos son ctos admntivos especiales.
- los servicios de cafetería y comedor no pueden calificarse como servicios públicos de competencia municipal, por lo que no les resulta de aplicación las reglas del contrato de gestión de servicios públicos; segundo, que los citados contratos deben ser calificados como contratos administrativos especiales, por estar vinculados al giro o tráfico de la Administración contratante.
- Nada obsta a esa calificación el hecho que la contraprestación consista en el derecho a la explotación del servicio por el contratista, retribuyéndose éste con los precios abonados por los usuarios. De hecho, esta forma de contraprestación está prevista para algunos contratos típicos previstos en el TRLCSP, como el contrato de concesión de obras públicas o el contrato de gestión de servicios públicos. **Esta modalidad contractual encajaría en lo que el Derecho de la UE califica como concesiones de servicios** en sentido amplio, previstos en las Directivas de contratación pública, pero excluidos de su ámbito de aplicación. El elemento diferenciador respecto de los

contratos de servicios es precisamente este peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo en la prestación del servicio. **En ese caso además el ayto pagaba agua y luz.**

Resolución del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales de 29 abril. JUR 2016\246425 (comedores escolares):

- mismo sentido, recogiendo doctrina JCCA E y la suya propia que la asume
- "no se trata de un servicio que deba necesariamente ser realizado por la entidad contratante (no forma parte de las funciones de una Administración, por ejemplo, proporcionar servicio de desayunos o comidas a sus empleados), si bien sí se considera que se trata de un servicio vinculado al giro o tráfico de dicha Administración, complementario o auxiliar para la consecución de sus fines, abonándose la retribución de la empresa contratista directamente por los usuarios del servicio de cafetería y comedor, y **fijándose, en ocasiones, la necesidad de abonar por la empresa a la Administración contratante una cantidad determinada por la ocupación y utilización de sus instalaciones**" (Resolución 29/2014, de 17 de enero).

**Con la conversión en cto concesión servicios ese canon podría desaparecer?**

- Distinción antes y ahora

- Tradicionalmente, Juntas y Tribunales Contractuales manejaban el del destinatario del servicio, además de la declaración como servicio público; pero luego (desde LCSP 2007) entraron los criterios de organización y riesgo en el contratista, luego "riesgo de explotación" (similar al riesgo operacional). (*La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno*, BIB 2012\741, pps. 3 - 4)
- Ahora se cae el del destinatario y el de la declaración como servicio público
- Aunque es su más directo heredero, no cabe equiparar el cto de concesión de servicios con el de gestión de servicio público

(EM) *Este criterio delimitador [riesgo operacional] del contrato de concesión de servicios respecto del contrato de servicios ha sido asumido por la presente Ley. Por ello, determinados contratos que con arreglo al régimen jurídico hasta ahora vigente se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios. [p.ej. de prestación del servicio de socorrismo en una playa contratado por un municipio]*

*Ahora bien, este cambio de calificación no supone una variación en la estructura de las relaciones jurídicas que resultan de este contrato: mediante el mismo el empresario pasa a gestionar un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio.*

*Por esta razón, en la medida que la diferencia entre el contrato al que se refiere el párrafo anterior y el contrato de concesión de servicios es la asunción o no del riesgo operacional por el empresario, **es preciso que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar.** Por ello, se ha introducido un artículo, **el 310, donde se recogen las normas específicas del antiguo contrato de gestión de servicios públicos** relativas al régimen sustantivo del servicio público que se contrata y que en la nueva regulación son comunes tanto al contrato de concesión de servicios cuando estos son servicios públicos, lo que será el caso más general, como al contrato de servicios, cuando se refiera a un servicio público que presta directamente el empresario al usuario del servicio.*

*Para identificar a estos contratos que con arreglo a la legislación anterior eran contrato de gestión de servicios públicos y en esta Ley pasan a ser contratos de servicios, se ha acudido a una de las características de los mismos: que la relación se establece directamente entre el empresario y el usuario del servicio, por ello se denominan **contrato de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.***