

CARACTERIZACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS Y SU DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS AFINES

María Elena López de Ayala Casado (Letrada de la Comunidad de Madrid)¹

El artículo 15 de 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 (LCSP en lo sucesivo) define el contrato de concesión de servicios del siguiente modo:

“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”.

La ley no identifica el término servicios con el de servicio público, en línea con la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, que emplea un significado amplio del servicio. Si bien el apartado 1 del artículo 2 se refiere a los servicios públicos, al establecer que las autoridades nacionales *“tienen libertad para decidir la mejor forma de gestionar la ejecución de obras o la prestación de servicios, en particular garantizando un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios en los servicios públicos”*, el artículo 36.1 de la directiva, al definir los requisitos técnicos o funcionales

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrada Jefe del Servicio Jurídico en la Consejería de Medio Ambiente, Vivienda y Agricultura de la Comunidad de Madrid.

de los trabajos o servicios que son objeto de la concesión, no exige que se trate de servicios públicos.

Sin duda, pueden incluirse servicios públicos en el contrato que nos ocupa. De hecho, el artículo 284 de la LCSP, en su segundo apartado precisa que *“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”*.

En este sentido, puede mencionarse la resolución del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid 246/2022, de 30 de junio (recurso 229/2022), que recalca, no obstante lo expuesto que, la *“LCSP regula el contrato de concesión de servicios como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos y que este contrato se caracteriza por la transferencia al concesionario no de la titularidad del servicio, sino del riesgo operacional. La propia definición que hace el artículo 15 de la LCSP de esta tipología contractual parte de la encomienda, a título oneroso, de la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia a cambio del derecho a explotar los servicios objeto del contrato, o de dicho derecho acompañado de la percepción de un precio. De modo que la LCSP define exclusivamente la concesión de servicios por referencia a la transferencia del riesgo operacional al contratista, pudiendo contratarse a través de esta tipología contractual, prestaciones que constituyen servicios públicos”*.

En cuanto a esta posibilidad de gestión indirecta de servicios públicos, procede mencionar la sentencia de la Sección 3ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo 844/2022, de 29 de junio (recurso 4474/2020), que confirma que la gestión del abastecimiento de agua de un municipio puede ser cedida o delegada por convenio a un consorcio provincial, el cual puede adjudicar el servicio mediante licitación a una empresa ajena, estando sujeta a la legislación de contratación administrativa, o bien puede asumir la prestación del servicio con sus propios medios.

Asimismo, ha de tenerse en cuenta que los contratos de concesión de servicios, aunque estén previstos en normas especiales, no han de restringir la libre competencia. De hecho, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 19 de enero de 2023 (asunto C-292/2021), declara contraria al Derecho de la Unión una normativa nacional con arreglo a la cual la adjudicación de los cursos de sensibilización y reeducación vial para la recuperación de puntos del permiso de conducción deba efectuarse mediante una concesión de servicio público, en la medida en que dicha normativa vaya más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo de interés general perseguido, a saber, la mejora de la seguridad vial.

Por su parte, el considerando 15 de la directiva mencionada concreta que *“tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la presente Directiva determinados acuerdos cuyo objeto es el derecho de un operador económico a explotar determinados parajes o recursos de carácter público, con arreglo al Derecho privado o público, como es el caso de terrenos o cualquier propiedad pública, especialmente en el sector de los puertos marítimos e interiores o aeroportuario, en los que el Estado, poder adjudicador o entidad adjudicadora establece únicamente sus condiciones generales de utilización, sin contratar obras o servicios específicos. Tal es el caso, normalmente, de los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, que en general contienen condiciones sobre la toma de posesión del arrendatario, el uso al que debe destinarse el bien, las obligaciones del propietario y del arrendatario por cuanto se refiere al mantenimiento del bien, la duración del contrato de arrendamiento y la devolución de la posesión al propietario, la cuantía del alquiler y los gastos accesorios que debe abonar el arrendatario”*.

Consecuencia de lo anterior es la obligación de discernir entre los contratos de concesión de servicios de las meras concesiones demaniales o de otros negocios jurídicos.

Así, la sentencia de la Sección 4ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo 317/2021, de 8 de marzo (recurso 3210/2019), califica el alquiler de locales para la actividad de restauración en un aeropuerto como contrato de concesión de servicios y no como arrendamiento de local, con base en el artículo 5.b) de la directiva citada, al expandirse los contornos del *“contrato de concesión de servicios”*, de modo

que lo relevante es que concurra un riesgo operacional, toda vez que se abona una renta mínima garantizada anual, desvinculada de los resultados de la actividad desarrollada.

El expediente 29/2021, de 5 de abril de 2022, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, sobre ocupación de bienes de dominio público mediante la colocación de sillas y tribunas en desfiles y fiestas de interés cívico en el ámbito local, determina criterios para diferenciar si se trata de un negocio contractual o de una concesión demanial:

“A efectos de determinar la calificación jurídica de un negocio como contractual o como concesión o autorización demanial habrá de atenderse a la prevalencia del interés público o privado como causa del mismo.

Se aplicará la figura jurídica del contrato público si el interés público es prevalente en la necesidad a satisfacer, aun cuando el destinatario final del servicio y pagador sea el usuario. Por el contrario, será una autorización o una concesión demanial sujeta a su normativa reguladora específica cuando prevalezca el interés privado del adjudicatario, requiriéndose para la instalación del negocio o prestación del servicio la previa ocupación de un bien de dominio público”.

En relación con este tipo de contratos, cabe citar el reciente informe 7/2022, de 17 de noviembre, de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña (Comisión Permanente), sobre la posibilidad de modificar un -entonces denominado- contrato de gestión de servicios públicos suscrito bajo la vigencia del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, incorporando la amortización de las inversiones pendientes de un contrato en el contrato subsiguiente, que dé continuidad a la prestación. Confirma que no considera viable la modificación propuesta, puesto que se incluirían aspectos que no fueron tenidos en cuenta ni por el adjudicatario ni por los licitadores. En cuanto a la amortización de las inversiones en este tipo de contratos, considera que su configuración debe prever tal aspecto durante *“el periodo de vigencia del contrato, de manera que no procede prever de entrada el traslado de dicha recuperación en un contrato posterior, así como tampoco la compensación económica por el establecimiento de una duración*

que no permitiera la recuperación eliminando el riesgo operacional que caracteriza estos contratos. En cambio, en caso de que la imposibilidad de recuperación de las inversiones sea debida a la extinción anticipada de la concesión, se puede prever en los pliegos de la subsiguiente licitación que las obras, instalaciones o bienes provenientes del anterior y no amortizadas se pongan a disposición de la concesión como activo necesario para la explotación del servicio, y se integren en el contrato a cambio de su valor, que tenga que aportar el nuevo concesionario, bien en forma de canon o bien de aportación inicial a favor del ente público contratante”.

Por ello, hemos de destacar la relevancia del estudio de viabilidad que ha de elaborarse en este tipo de contratos, el cual es exigido por el artículo 285 de la LCSP. Al respecto pueden mencionarse diversas resoluciones de órganos administrativos. Entre otros, el informe 8/2022, de 28 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Gobierno de Canarias, sobre la estructura de costes relativo al expediente de concesión de servicios de abastecimiento y saneamiento del término municipal de Puerto de la Cruz o el informe 8/2022, de 11 de noviembre, de la Junta Regional de Contratación Administrativa de la Región de Murcia, relativo al expediente de contratación de la concesión administrativa de la piscina cubierta municipal del Ayuntamiento de Torre Pacheco.

Febrero de 2023.