

Mirta García Rosa

Secretaria de Administración Local

Técnico de Auditoría de la Sindicatura de Cuentas del Principado de Asturias

El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización

RESUMEN/ABSTRACT:

Entre las diversas consecuencias relevantes derivadas de la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público se cuenta la de una nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos. Con la supresión del contrato de gestión de servicios públicos, se impone la utilización de los tipos de concesión o de contrato de servicios en función de la transferencia del riesgo operacional al contratista. Este concepto pasa a ser el elemento medular definitorio del tipo contractual en detrimento del carácter prestacional de la actividad. Con el objeto de servir de guía en la labor fiscalizadora, intentaremos clarificar el régimen transitorio y derogatorio de esta norma en lo que a la gestión indirecta se refiere, así como la naturaleza jurídica de las retribuciones del contratista. Por último, se pretende resumir las imprecisiones y contradicciones que se han advertido en estos primeros meses desde la publicación de la norma, alertando al auditor público de los posibles riesgos que se podrá encontrar en la tarea fiscalizadora.

Among the various relevant consequences derived from the approval of Law 9/2017, of November 8, public sector contracts include a new configuration of indirect management of public services. With the termination of the public services management contract, the use of the concession or service contract types is imposed depending on the transfer of operational risk to the contractor. This concept given that it becomes the defining core element of the contractual type to the detriment of the prestational nature of the activity. In order to serve as a guide in the audit, we will try to clarify the transitory and derogatory regime of this rule as regards indirect management as well as the legal nature of the contractor's remuneration. Finally, it is intended to summarize the inaccuracies and contradictions that have been noticed in these first months since the publication of the rule alerting the public auditor of the possible risks that may be found in the audit task.

CONTRATACIÓN PÚBLICA, CONCESIÓN DE SERVICIOS, SERVICIOS PÚBLICOS, GESTIÓN INDIRECTA, RIESGO OPERACIONAL
PUBLIC PROCUREMENT, CONCESSION OF SERVICES, PUBLIC SERVICES, INDIRECT MANAGEMENT, OPERATIONAL RISK

1. INTRODUCCIÓN. DEL CONTRATO DE GESTIÓN AL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

El fundamento de la contratación pública ha pasado, en los últimos años, de una visión burocrática de la compra pública, a entenderse como una “herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas Públicas”¹. Este carácter instrumental de la contratación pública², coincide con la concepción de la contratación pública de las Directivas Europeas en la materia, que se enmarcan dentro de la Estrategia Europa 2020, que concibe la contratación pública como uno de los instrumentos basados en el mercado destinado a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, como señala el considerando tercero de la Directiva 2014/23/UE, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al impulso de la competencia en el mercado interior y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación.

La nueva ley 9/2017, de 8 de noviembre, por la que se trasponen al ordenamiento español las Directivas del PE y del Consejo 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (en adelante LCSP de 2017), prevé en su Disposición Adicional 34ª que las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicio público se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la Ley (9 de marzo de 2018) al contrato de concesión de servicios públicos en la medida en que se adecúen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley.

Esta disposición, en apariencia de sencilla ejecución, supone un importante reto para el aplicador del Derecho y en especial en el caso de la legislación local, puesto que la redacción actual del artículo 85 Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local (en adelante LRRL) sigue remitiendo en cuanto a las formas de gestión indirecta de los servicios públicos de competencia local, a las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 277 del 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 (TRLCSPP). Mientras, como hemos visto, el legislador actual considera el contrato de concesión de

servicios como única forma de gestión indirecta de los servicios públicos, lo que dará lugar a una problemática que abordaremos más adelante.

El contrato de concesión de servicios se define en el artículo 15 de la LCSP de 2017, como “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. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuatro del artículo anterior”.

La Junta Consultiva de contratación administrativa en sus informes 34/2011 y 12/2010 resume los requisitos para calificar un contrato como de concesión de servicios a partir de la Jurisprudencia del TJUE, que se recogen de manera dispersa en los artículos 15 y 284 y siguientes de la LCSP:

- a) “La atribución de la explotación del servicio al concesionario implica la asunción por éste del riesgo derivado de la misma.” Es decir, debe producirse lo que se ha denominado “transferencia del riesgo operacional” al concesionario.
- b) Aunque los destinatarios de la prestación objeto de la concesión de servicio público lo son de una forma natural los particulares como usuarios del mismo, sin embargo, no es requisito imprescindible para que la relación jurídica se califique como tal que el pago por su uso sea realizado efectivamente por éstos. Por el contrario no se desnaturaliza la concesión por el hecho de que el pago por la utilización del servicio corra a cargo de la entidad concedente (pago en la sombra), siempre que subsista la asunción de riesgo por el concesionario.
- c) La atribución al concesionario de la potestad organizativa del servicio es una exigencia lógica de la propia asunción del riesgo de explotación.

2.- RÉGIMEN TRANSITORIO Y DEROGACIÓN NORMATIVA

La Disposición Transitoria 1ª de la LCSP de 2017 utiliza la fórmula clásica para establecer la aplicación de la nueva normativa contractual a los expedientes iniciados y a los contratos adjudicados con posterioridad a la entrada en vigor de esta ley (9 de marzo de 2018).

¹ Informe 6/2014, de 1 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre Incorporación en los Pliegos de los contratos de una entidad local de determinadas cláusulas sociales, y consecuencias de su eventual incumplimiento

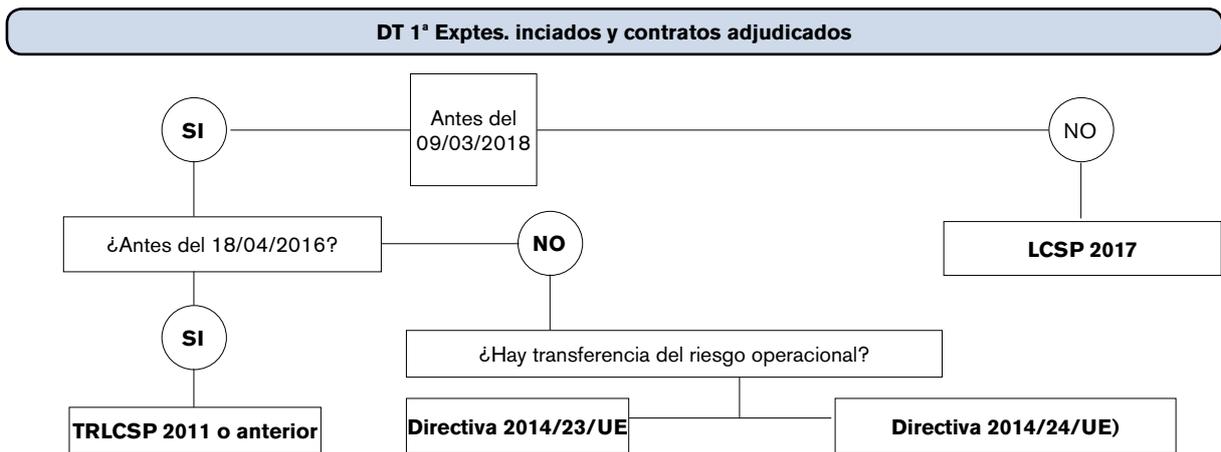
² Expresamente reconocido en el Informe 1/2014 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias, sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos.

Sin embargo, esta disposición en apariencia de sencilla ejecución, se complica al producirse desde el 18 de abril de 2016 el efecto directo de la Directiva 2014/23/UE sobre las determinaciones acerca de si en una concesión concurre la transferencia de riesgo operacional. Para ello, debemos remitirnos a la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre el efecto directo de las mencionadas Directivas³. Así, en los procedimientos anteriores al 9 de marzo de 2017 pero posteriores al 18 de abril de 2016, habremos de preguntarnos en primer lugar si se produce la transferencia del riesgo operacional al contratista y, por tanto, la prestación del servicio es objeto de concesión.

En caso positivo, el régimen jurídico de referencia para regular el contrato se corresponderá con el previsto para el contrato de gestión de servicio público en el TRLCSP y la legislación complementaria aplicable (especialmente relevante en el ámbito local), completado con las determinaciones de la Directiva 2014/23/UE. En caso negativo, se estará a las determinaciones consignadas para el contrato de servicios en la Directiva 2014/24/UE, en el supuesto de que la prestación del servicio se desarrolle mediante gestión interesada, concierto o sociedad de economía mixta.

Resumimos a continuación de manera esquemática:

Figura 1: Régimen transitorio

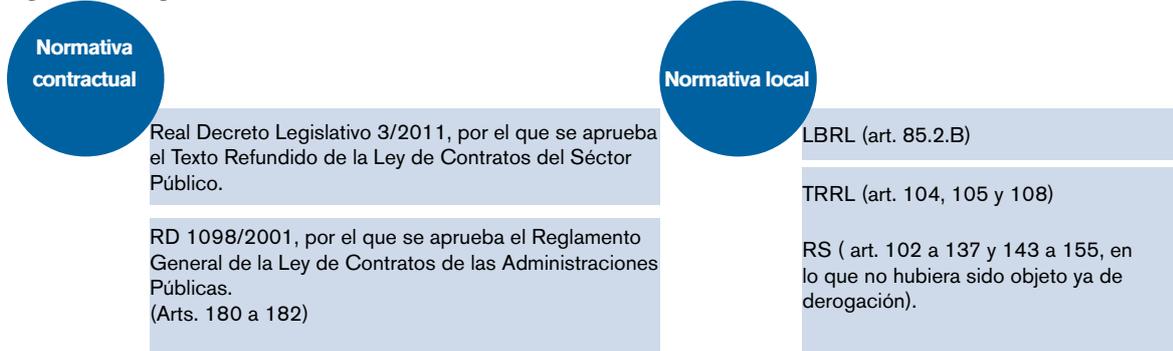


Fuente: Elaboración propia.

Por lo que respecta a la derogación normativa, la LCSP apela, en su Disposición Derogatoria, a la estereotipada fórmula que obliga al operador jurídico a deducir qué disposiciones del ordenamiento “de igual o inferior rango se opongan a lo dispuesto en la presente Ley”.

Sin ánimo exhaustivo, y centrado en el ámbito local, que es el más afectado, Martínez- Alonso Camps (2018), realiza este trabajo, que a continuación nos limitamos a reproducir de forma esquemática por su utilidad para nuestra tarea:

Figura 2: Derogación normativa



Fuente: Martínez-Alonso Camps (2018).

³ Aprobada por Resolución de la Dirección General de Patrimonio del Estado del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas con fecha 16 de marzo de 2016 (BOE 17 de marzo de 2016).

3.- NUEVA TIPOLOGÍA CONTRACTUAL

Con la anterior regulación, el elemento diferenciador del contrato de gestión de servicios y el contrato de servicios era su carácter prestacional, siendo su objeto siempre la gestión de un servicio público. Sin embargo, la nueva LCSP no define el contrato de concesión de servicios por su naturaleza prestacional, sino por su contenido económico, dado que se exige que la explotación de los servicios implique la transferencia al concesionario del riesgo operacional.

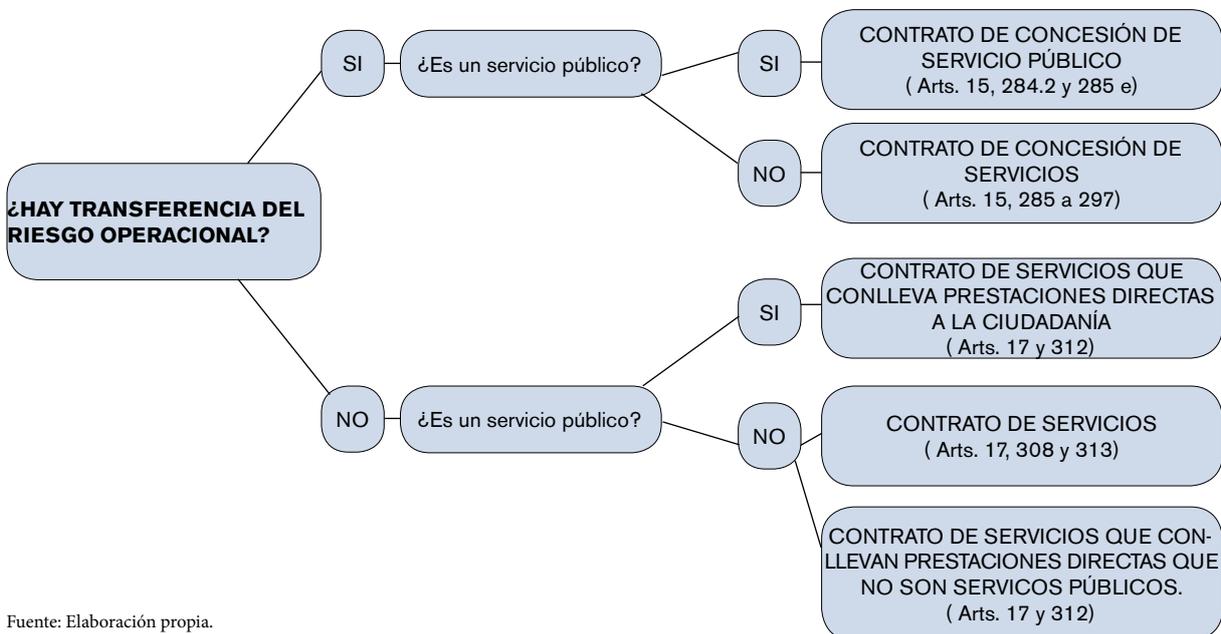
De esta manera, ahora es posible que el objeto de un contrato de servicios sea la gestión de un servicio público, siempre que no conlleve esa transferencia del riesgo operacional y que el objeto de un contrato de concesión no sea un servicio público. Así, del antiguo contrato de gestión de servicios surge una nueva modalidad prevista en el artículo 312: los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos.

Son contratos cuyo objeto es la gestión de un servicio público a cambio de un precio que paga la Administración, sin que el contratista asuma ningún riesgo por la explotación.

En estos términos se expone en el Preámbulo de la LCSP “ (...) 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. 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”.

A continuación, resumimos de forma esquemática la nueva tipología contractual:

Figura 3: Tipología contractual



Fuente: Elaboración propia.

En definitiva, como herederos del desaparecido contrato de gestión de servicios públicos nacen dos tipos de contratos:

- Contrato de concesión de servicios (artículos 15, 284 y 285 e.), implica la gestión de un servicio siempre que el concesionario asuma el riesgo económico de la operación (transferencia del riesgo operacional).

- Contrato de prestación de servicios públicos que conlleven prestaciones directas a favor de los ciudadanos (artículos 17 y 312), que consiste en la prestación de

un servicio público a través de un privado que lo hace a cambio de un precio, no asumiendo riesgo por la explotación (no hay transferencia del riesgo operacional).

Además de estos, se mantienen los contratos de servicios en los que no se transfiere el riesgo operacional (artículos 17 y 308 a 313 excepto el 312).

Las previsiones del artículo 285 y 287.2 se refieren a un contrato de concesión de servicios que llamaremos “cualificado” y que está limitado a aquellos casos en los que la concesión recaiga sobre un servicio público.

En estos casos, serán de aplicación las previsiones de los artículos 285 (“las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio a que se refiere el artículo 284.2”) y 287.2 (“la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate”).

4. EL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS

Si bien con la entrada en vigor de la LCSP la presencia de un servicio público deja de ser el elemento modular para la determinación del tipo contractual, para pasar a serlo la transferencia del riesgo operacional, “el legislador no ha podido desconocer la fuerza de la categoría jurídica del servicio público, ni la realidad de que cuando mediante un contrato público se traslada a un tercero la prestación de un servicio público, los fines del mismo, asequibilidad, continuidad, calidad, cláusula de progreso, inciden de modo directo en la configuración del contrato en su fase de ejecución” (Tornos Más (2016)).

Por ello, a la hora de fiscalizar, es importante determinar a qué se refiere la LCSP cuando utiliza el concepto de servicio público y cómo podemos identificarlo. Con este objeto debemos remitirnos al derecho europeo pues nuestra nueva Ley de contratos y en especial, el contrato de servicios, son transposiciones de las ya mencionadas Directivas de contratación.

Nuestro concepto subjetivo (estricto) de servicio público, como actividad de titularidad pública excluida del mercado no existe en el derecho de la Unión Europea, donde se han ido consolidando conceptos como “servicios de interés general”, “servicios de interés general no económicos” y “servicios de interés general económicos”, que no tienen una equivalencia en nuestro ordenamiento.

Como señala Tornos Más (2016) la realidad es que los Estados miembros pueden seguir manteniendo la existencia de servicios públicos subjetivos (definidos porque han sido objeto de publicatio) si las normas europeas no han impuesto expresamente su liberalización. Por otra parte, en el derecho local, menos influido por el derecho europeo, subsisten auténticos servicios públicos subjetivos (artículo 26 y 86 LRBRL) de manera que puede afirmarse que el concepto de servicio público económico de carácter subjetivo subsiste en el ordenamiento nacional. Ballesteros Fernández (2005) resume las notas características del servicio público:

- a) Creación del servicio: “publicatio”
- b) Titularidad de la Administración
- c) Control de la Administración.

- d) Carácter empresarial técnico.
- e) Carácter de prestación positiva del servicio público.
- f) Continuidad en la prestación.
- g) Intereses de los particulares.
- h) Igualdad de acceso y uso del servicio

Aunque como ya vimos, aunque tanto el contrato de concesión como el contrato de servicios pueden tener por objeto la prestación de un servicio público sólo el artículo 312, que refiere a este último, apunta sus notas características. No existe esta previsión para el del contrato de concesión, cuya regulación sólo se refiere a los servicios públicos de forma expresa de forma puntual en los arts. 284.2, 285.1 y 287.2, lo que, como veremos a continuación, solo se justifica por una defectuosa previsión legislativa cuya aplicación se augura problemática.

5.- EL OBJETO DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

El desaparecido contrato de gestión de servicios públicos y cada uno de sus subtipos (concesión, gestión interesada, sociedad de economía mixta y concierto) estaban íntimamente unidos al concepto de servicio público.

Como afirma Lazo Vitoria (2017), una consecuencia directa de la sustitución del contrato de gestión de servicios públicos por el contrato de concesión de servicios es la notable ampliación de su objeto pues esta figura, como ya hemos avanzado, no solo abarca la gestión de servicios públicos sino también la de otros servicios que no tengan dicho carácter. Esto implica necesariamente que el contrato de servicios también ha ampliado su objeto pues tendrán tal calificación aquellos contratos cuyo objeto sea la gestión de un servicio público pero no se dé la condición de la transferencia del riesgo operacional.

La LCSP establece un régimen jurídico general para el supuesto de concesión de servicios no públicos y va especificando para el caso de que la concesión recaiga sobre servicios públicos la aplicación de unas concretas prescripciones. El uso de esta técnica normativa parece implicar, como indica Martínez-Alonso Camps (2018), que, en aquellos casos en los que no se mencionen expresamente los servicios públicos, la disposición no es aplicable. Sin embargo, el resultado de la interpretación anterior es que en los casos en los que la concesión recaiga en un servicio público no le serían de aplicación instituciones tales como el mantenimiento del equilibrio económico (art. 290), el rescate y la supresión del servicio por razones de interés del servicio (art. 294), la no embargabilidad de los bienes afectos a la concesión (art.291) y, quizá lo más gravoso, la figura de la suspen-

sión del contrato, instada por el contratista ante el impago por plazo superior a 4 meses (arts. 198.5 y 208.1), y prevista con carácter general para todas las concesiones de servicios en el art. 286 de la ley, sin que dicho precepto la concrete al supuesto de que el contrato tenga por objeto servicios públicos. Siendo éstas instituciones propias de los servicios públicos, no pueden interpretarse concluyendo que no son de aplicación a los servicios públicos y sí a los que no tienen tal condición. Por tanto, cabe sólo poner de manifiesto la deficiente técnica normativa y deducir que estas previsiones deber ser aplicadas también a los casos en los que el objeto de la concesión es un servicio público entendiendo que cuando el legislador hace mención específica al servicio público es para reforzar su aplicación, pero no para excluirlos del resto de las prescripciones.

Ante estas graves omisiones que obligan al gestor a un peligroso ejercicio de *creatividad interpretativa*, nos parece muy acertada la sugerencia de Martínez-Alonso Camps (2018) de consignarlas de manera expresa en el pliego de cláusulas administrativas particulares (PCAP),

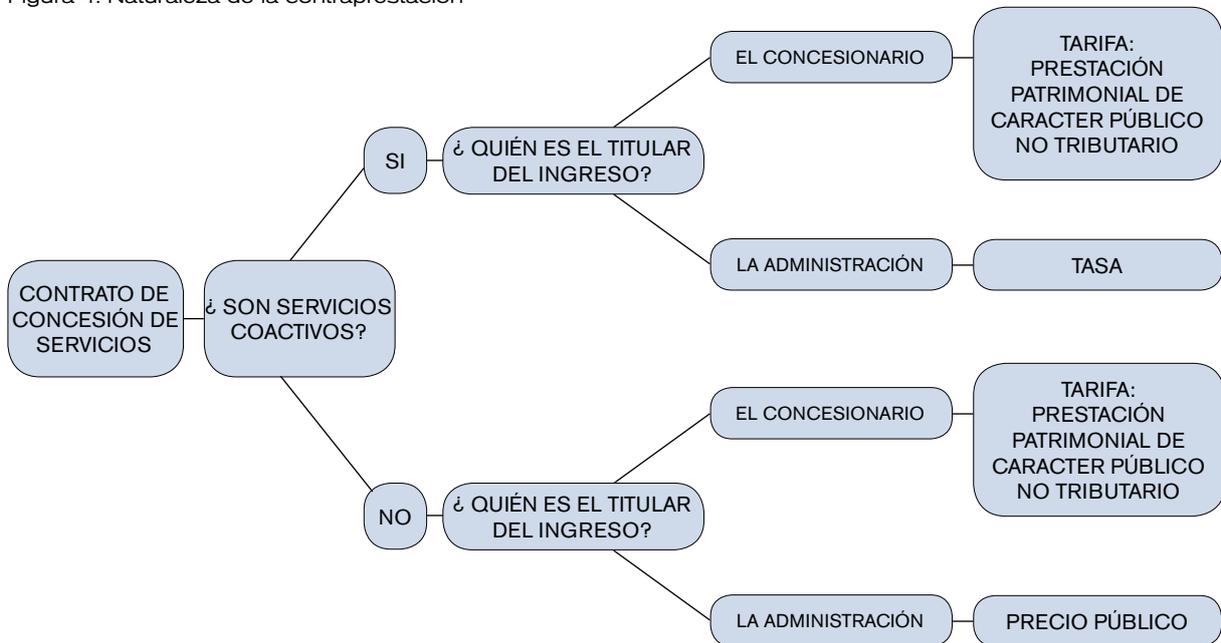
limitando la eventual oposición del contratista al haber consentido en su inclusión y no haberlo impugnado.

6.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA RETRIBUCIÓN DEL CONCESIONARIO

La Exposición de motivos de la LCSP, en su apartado VI, aclara la naturaleza jurídica de las tarifas que abonan los usuarios por la utilización de las obras o la recepción de los servicios, lo que supone una modificación de la Ley 58/2013, de 17 de diciembre, General Tributaria, del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de las Haciendas Locales y de la Ley 8/1989, de 13 de abril, del régimen jurídico de las tasas y precios públicos.

A partir de la anterior clasificación Tornos Más (2017) formula una tipología de diversas formas de contraprestación atendiendo al carácter coactivo o no y a la entidad que recibe el pago y que, en lo que se refiere al contrato de concesión de servicios, se resume en el siguiente gráfico:

Figura 4: Naturaleza de la contraprestación



Fuente: Tornos Más (2016).

Las consecuencias de la correcta calificación son sobradamente conocidas. A modo de resumen:

- Si es una tarifa, como prestación patrimonial de carácter público, será precisa la ordenanza municipal no tributaria para su regulación, con el informe preceptivo de la administración pública a la que el ordenamiento le atribuya alguna facultad de intervención sobre la determinación de este precio coactivo.

- Si es una tasa, será una prestación patrimonial de naturaleza tributaria, con todo lo que ello implica.
- Si la tarifa tiene la consideración precio privado por no tener carácter coactivo, siendo el titular del ingreso una empresa privada, su regulación no estará sujeta a reserva de ley, no precisará ordenanza. No obstante, si es la Administración la que recauda, lo hará mediante el establecimiento de un precio

público, aunque sería un caso muy raro un concesionario que asuma el riesgo operacional de un servicio no obligatorio siendo la Administración la titular de los ingresos.

7. TRANSFERENCIA DEL RIESGO OPERACIONAL

7.1. Acercamiento al concepto de riesgo operacional

Como hemos visto, la distribución de los riesgos es el elemento medular para la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos de servicios o de concesión de servicios. Así lo han abordado de forma específica autores como Lazo Vitoria (2014) o Huergo Lora (2017).

El artículo 14.4 de la LCSP reproduce la definición de transferencia del riesgo operacional recogida en la Directiva 2014/23/UE (párrafo último del artículo 5, apartado 1):

“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”.

Una vez aclarado el concepto de riesgo operacional, toca precisar qué riesgos, cómo y en qué medida deben ser transferidos al concesionario encargado de la explotación de los servicios para calificar un contrato como de concesión de servicios. Dicha distribución se realiza necesariamente ad casum. Es decir que, dadas las características de los contratos de concesión (larga duración, complejidad, etc...) no es posible establecer a priori fórmulas de validez general o listado estandarizado de riesgos, sin que su determinación debe responder a las peculiaridades que presenta la explotación de cada obra o servicio en particular (Lazo Vitoria (2014)).

No obstante, vamos a intentar acercarnos a estos conceptos. El Informe 9/9/2016 de la JCCA de Cataluña - a partir de la clasificación que realiza Eurostat (2004) sobre el tratamiento de las Asociaciones Público-Privadas⁴ que trata FernÁndez Llera (2009)- distingue cuatro tipos de riesgos: el “riesgo tecnológico”, “riesgo de disponibilidad”, “riesgo de construcción y por último, el “riesgo de demanda”, que es el que cubre la variación de la demanda independientemente del comportamiento del contratista. A sensu contrario “la Administración

asume el riesgo de la demanda cuando se obliga a asegurar un determinado nivel de retribuciones al socio independientemente del nivel efectivo de la demanda expresado por el usuario final, resultando irrelevantes las fluctuaciones en el grado de la demanda sobre la capacidad de generar beneficios del socio”.

A la hora de enfrentarnos a uno de estos contratos es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre.

7.2. Riesgo operacional, riesgo y ventura y equilibrio económico de la concesión

El “riesgo y ventura” es un principio de la contratación recogido en el artículo 197 de la LCSP y que el Consejo de Estado definió en su Dictamen 662/2004, de 15 de abril, de manera que el contratista “se beneficia de las ventajas y rendimiento de la actividad que desarrolla y se perjudica con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada, permaneciendo la Administración ajena a su suerte o desventura”. Esta contingencia debemos diferenciarla del ya mencionado “riesgo operacional”, puesto que puede haber contratos en los que no haya traslado del riesgo operacional porque el contratista es retribuido con una cantidad fija, pero sufra pérdidas derivadas de la gestión porque no ha hecho una afinada planificación a la hora de realizar su oferta como licitador. Así lo aclara el TJUE en Sentencia de 10 de noviembre de 2011, Norma-A y Dekom, asunto C-348/10, al distinguir el riesgo de explotación, entendido como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, de los riesgos que son inherentes a cualquier contrato público, vinculados a la mala gestión o errores en la apreciación del operador económico a la hora de presentar su oferta.

Los principios de riesgo y ventura y de equilibrio económico del contrato son las dos caras de una misma moneda, derivados del clásico *pacta sunt servanda*, predicable de todo negocio jurídico. La jurisprudencia del TJUE insiste en que para que exista transferencia del riesgo operacional “será necesario que no existan mecanismos de compensación que anulen el riesgo inherente a este sistema de retribución”, pero nada impide que la

⁴ *New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships* (18/2004, de 11 de febrero de 2004).

Administración mantenga el equilibrio económico del contrato cuando se den los requisitos exigidos para ello, esto es, “cuando la Administración provoca – por acción u omisión pero de forma directa – que el contrato quede alterado en su economía, con claro perjuicio del contratista o concesionario”. En estos casos se rompe el equilibrio económico y la Administración debe indemnizar por los citados perjuicios. El TCU en su Informe 1085 de 2015 considera que no cabe garantizar al adjudicatario, dentro del concepto de equilibrio definido en el Pliego de cláusulas administrativas particulares, aquellos gastos que no se ajustan a los términos del artículo 282.4 TRLCSP y resultan contrarios al principio de riesgo y ventura en la gestión del servicio.

El artículo 290 de la LCSP, concordante con el mencionado 282 del TRLCSP, regula de forma más pormenorizada la modificación del contrato de concesión de servicios y el restablecimiento del equilibrio económico e incluye como novedad un párrafo que limita el derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario. Es decir, que se consideran incluidas en el riesgo de explotación las eventuales pérdidas producidas como consecuencia de la inobservancia de los cálculos, incluso en el caso de que hayan sido realizadas por la entidad adjudicadora.

7.3. Retribución del contratista y riesgo operacional

Por otra parte, cabe tener presente la posibilidad de determinar el precio del contrato en términos de porcentaje del rendimiento que la Administración

contratante obtenga como resultado de la ejecución del contrato, sin que esto implique necesariamente la transferencia del riesgo operacional. De esta manera el Consejo de Estado, en su Dictamen de 4 de marzo de 1993 señala que, si bien los contratos administrativos han de tener un precio cierto, “precio cierto no es precio fijo, pues con referencia a aquél lo que ha dispuesto la legislación (administrativa o civil) es la certeza de la concurrencia del precio, no de sus contingencias”. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 59/11 de 1 de marzo de 2012, en el que la cuestión planteada es la posibilidad de fijar el precio de un contrato para la implantación de un Proyecto de mejora de la eficiencia energética mediante un porcentaje sobre los ahorros que se generen, aplica la doctrina contenida en su Informe 52/09, y admite un sistema de determinación del precio que se fija en un porcentaje sobre el ahorro obtenido por diferencia entre el consumo de energía antes y después de la implantación del proyecto, al considerarlo variable, pero determinable y, por tanto, cierto. Además, generaliza la posibilidad de aplicación del sistema de precios variable a cualquier contrato de servicios. De esta forma, en aquellos supuestos en que la retribución al operador económico está vinculada al uso del servicio, pero existen mecanismos de compensación por los que el poder público garantiza un nivel de beneficios o la ausencia de pérdidas, no podemos decir que se trate de una concesión. En este sentido, la STJUE de 10 de noviembre de 2011, Asunto Norma-A, Dekan, respecto de la adjudicación de la prestación del servicio de transporte público por autobús urbano (en España actividad reservada y calificada como servicio público),



en la que se concluye que aunque la remuneración al contratista consiste en el derecho a ser retribuido por los usuarios con arreglo a unas tarifas establecidas, el hecho de que la entidad adjudicataria deba compensar al prestador del servicio las pérdidas derivadas de la explotación y los gastos conexos, una vez deducidos los ingresos derivados de la explotación, incluida una cantidad en concepto de beneficio, llevan a concluir que se trata de un contrato de servicios.

Una de las características señaladas de la concesión de servicios es el cobro de una parte significativa de su remuneración directamente al usuario mediante la percepción de tarifas vinculando la remuneración a la frecuencia del uso. 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). Ahora bien, se trata de un elemento significativo pero no esencial. El propio TJUE en Sentencia de 10 de septiembre de 2009, Asunto Eurwasser admite que haya concesiones en las que la retribución del concesionario la abone íntegramente la Administración (sistema de shadow tax), en tanto el riesgo depende de la explotación de la empresa y no de si se abona o no directamente la tarifa por la Administración.

BIBLIOGRAFÍA:

Ballesteros Fernández, Ángel y Ballesteros Fernández Manuel, "Manual de gestión de los servicios públicos locales. Doctrina, jurisprudencia y formularios". *El Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados 2005*.

Fernández Llera, Roberto, "Colaboración público-privada como elusión de la estabilidad presupuestaria". *Revista de Estudios Regionales Ext. VIII, (2009), Págs. 337-350*

Gimeno Feliú, Jose María "La transposición de las directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades". *Documentación Administrativa: Nueva Época - N° 4, Enero-Diciembre 2017 - Págs. 7-30*

Huergo Lora, Alejandro. "El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos". *Documentación Administrativa: Nueva Época - N° 4, Enero-Diciembre 2017 - Págs. 31-51*.

Lazo Vitoria, Ximena. "La clave de bóveda del sistema concesional: la transferencia de los riesgos". *Observatorio de Contratación Pública. 27 de enero de 2014*.

Lazo Vitoria, Ximena. "Los contratos de concesión". *El Consultor de los Ayuntamientos. N° 23/2017. Págs. 2982-2994*, Ed. Wolters Kluwer.

Martínez-Alonso Camps, José Luis. "La nueva configuración de la gestión indirecta de los servicios públicos de resultas de la Ley de contratos del sector público de 2017; algunas consideraciones con especial incidencia en el subsistema local". *La Administración al día, Enero 2018*.

8. CONCLUSIÓN

La gestión indirecta de los servicios públicos sufre una profunda transformación con la entrada en vigor de la LCSP, lo que es especialmente visible en la normativa local, donde seguía vigente la normativa en esta materia desde 1955. Por un lado, desaparece el tipo contractual de gestión de servicios públicos y se eliminan formalmente las figuras de concierto y gestión interesada y por otro, el carácter prestacional deja de ser el elemento esencial en la calificación de la concesión de servicios, para pasar a serlo la transferencia del riesgo operacional.

El análisis efectuado de las figuras contractuales surgidas de esta reforma muestra que la regulación de la LCSP adolece de omisiones y equívocos. Esto obligará al operador jurídico a armar el pliego para definir los derechos y las obligaciones de las partes, así como las potestades y las prerrogativas de la Administración, que se correspondan con el objeto de que se trate. Estas imprecisiones legislativas complican la tarea del auditor público que, en el ejercicio de su función fiscalizadora, tendrá que enfrentarse a la posible creatividad del operador jurídico, no exenta de riesgos y que tiene sus límites, en tanto que forzosamente ha de sujetarse a los dictados de la ley.

Tornos Más, Joaquín. “La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del sector público”. *La Administración al día, INAP, 19 de diciembre de 2017.*

Tornos Más, Joaquín. “El concepto de servicio público a la luz del Derecho Comunitario”. *Revista de Administración Pública, num. 200, Madrid, mayo-agosto (2016), págs. 193-211.*