

Novedades en los ámbitos de aplicación subjetivo y objetivo de la LCSP 2017. Tipos contractuales. El nuevo contrato de concesión de servicios y diferenciación de figuras afines.

Iñigo del Guayo Castiella
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Almería

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (I)

- Últimos treinta años: ampliación del ámbito subjetivo
- El objeto de la LCSP es la contratación del sector público. Enumera qué entidades lo componen (arts. 1, 1 y 3, 1)
- Algunas entidades del sector público son AAPP (art. 3, 2)
- Poderes adjudicadores a los efectos de la LCSP (art. 3, 3)

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (II)

- Todas las Administraciones Públicas son Poderes Adjudicadores
- Algunas entidades del sector público que no son Administraciones Públicas, son Poderes adjudicadores en todo caso (por ejemplo, las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social)
- Algunas entidades del sector público que no son Administraciones Públicas puede llegar a considerarse, en algunas circunstancias, poderes adjudicadores (PANAPs)

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (III)

- Los entes del sector público que tengan la condición de poderes adjudicadores se sujetan en su integridad a la LCSP
- Los entes del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores se sujetan a los principios de la LCSP

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (IV)

- Contratos sujetos a una regulación armonizada: aquellos que superan un determinado umbral (obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro, servicios), siempre que la entidad contratante tenga la naturaleza de poder adjudicador

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (V)

- Libro III: contratos de los PANAPs y de aquellas entidades del sector público que no tienen la consideración de poderes adjudicadores
- Se suprimen para los contratos no sujetos a regulación armonizada las instrucciones en el caso de los PANAPs:
 - Adjudican estos contratos por los mismos procedimientos establecidos para las AAPP
 - Se les permite utilizar de forma indistinta cualesquiera de ellos (a excepción del negociado sin publicidad, que solo se podrá hacer uso de él, en los mismos supuestos que las AAPP).

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (VI)

¿Qué condiciones debe reunir un ente del sector público para ser un poder adjudicador?

(fuera de los supuestos de las Administraciones Públicas y de otros entes que tienen reconocida expresamente la condición de poder adjudicador)

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (VII)

a) Personalidad jurídica propia

b) creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,

c) Siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poderes adjudicadores, a) financien mayoritariamente su actividad, o b) controlen su gestión o c) nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (VIII)

La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local (incluye las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación: *una mejora*, pues antes estaban consideradas como Administraciones Públicas, pero sin estar enumeradas dentro del sector público)

Son Administraciones Públicas y poderes adjudicadores

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (IX)

Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social

Son Administraciones Públicas y poderes adjudicadores

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (X)

Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes (no están las Agencias Estatales: en proceso de adaptación)

Son Administraciones Públicas y poderes adjudicadores (adviértase, por ejemplo, que las Universidades Públicas no tienen esa naturaleza en la Ley 40/2015)

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (XI)

Las Entidades Públicas Empresariales (Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: «se financian mayoritariamente con ingresos de mercado»)

No son Administraciones Públicas, ni poderes adjudicadores (algunas entidades públicas empresariales deben dejar de serlo)

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (XII)

Entidades con personalidad jurídica propia, creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público....a) financien mayoritariamente su actividad, b) controlen su gestión, o c) nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia

Puede deducirse que son Administraciones Públicas y, por tanto, poderes adjudicadores

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (XIII)

Cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o que sea dependiente del mismo

Forman parte del sector público

(ya no se dice: incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad: porque están incluidas expresamente las autoridades administrativas independientes)

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (XIV)

Entidades de derecho público...son Administraciones Públicas....

- a) cuando hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) siempre que uno o varios poderes adjudicadores financien mayoritariamente su actividad o controlen su gestión o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia
- c) que estén vinculados a una o varias Administraciones Públicas o sean de ellas dependientes y no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado (tal cosa ocurre con el «productor de mercado» de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas: Reglamento Europeo 549/2013)

Cuando haya de reputarse que son Administraciones Públicas, entonces son poderes adjudicadores. Si no lo son, pueden ser poderes adjudicadores, o no

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (XV)

Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera

Son Administraciones Públicas y poderes adjudicadores

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (XVI)

Las fundaciones públicas. A efectos de la LCSP, son aquellas que reúnen alguno de los siguientes requisitos:

1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.

2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.

3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.

No son Administraciones Públicas, pero sí poderes adjudicadores

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (XVII)

Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social

(Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social)

No son Administraciones Públicas, pero sí poderes adjudicadores

Los fondos sin personalidad jurídica

No son Administraciones Públicas, pero pueden ser poderes adjudicadores

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores (XVIII)

Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de determinadas entidades del sector público* sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del TRLMV (Grupo de Sociedades)

No son Administraciones Públicas, pero pueden ser poderes adjudicadores y una mayoría lo son (por ejemplo, la Agencia EFE de la SEPI)

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores(XIX)

Las asociaciones constituidas por las entidades integrantes del sector público

No son Administraciones Públicas, pero sí poderes adjudicadores

Sector Público, Administraciones Públicas y Poderes Adjudicadores(XX)

Partidos políticos (Ley Orgánica 8/2007)

Organizaciones sindicales (Ley Orgánica 11/1985)

Organizaciones empresariales y asociaciones profesionales (Ley 19/1977)

Fundaciones y asociaciones vinculadas

- *Cuando cumplan las condiciones para ser poder adjudicador y

- *Respecto de contratos sujetos a regulación armonizada

- *Principios e instrucciones

Corporaciones de Derecho Público (cuando cumplan las condiciones para ser considerados poder adjudicador)

ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

- Contratos del sector público
- Contratos subvencionados por entes que sean poderes adjudicadores que celebren otras personas físicas o jurídicas (antes: “por entes, organismos y entidades del sector público”), cuando esos contratos estén sujetos a una regulación armonizada (obras y servicios)

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (2011)

- Contratos de obras
- Contratos de concesión de obras públicas
- **Contratos de gestión de servicios públicos**
- Contratos de suministro
- Contratos de servicios
- Contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado

CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO (2017)

- Contratos de obras
- Contratos de concesión de obras
- Contratos de concesión de servicios
- Contratos de suministro
- Contratos de servicios

GESTIÓN INDIRECTA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES (LRBRL)

- Hasta el año 2003:
 - a) concesión
 - b) gestión interesada
 - c) concierto,
 - d) arrendamiento y
 - e) sociedad mercantil y cooperativas legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la Entidad local
- A partir de 2003 (y en la actualidad): remite a la legislación de contratos del sector público

CONTRATOS DE GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS (2011)

- a) **Concesión**, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura
- b) **Gestión interesada**, en cuya virtud la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato
- c) **Concierto** con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate
- d) **Sociedad de economía mixta** en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas.

¿UNO O DOS NUEVOS CONTRATOS?

CONTRATO DE CONCESIÓN
DE SERVICIOS **y** CONTRATO
DE SERVICIOS

Referencias anteriores

- DA 34ª: las referencias a contratos de gestión de servicios públicos se han de entender hechas al contrato de concesión de servicios (en la medida en que se adecúen a la normativa)

¿Desaparecen las anteriores modalidades?

- Conciertos sanitarios: son contratos de concesión de servicios (DA 19ª)
- Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta, con mayoría de capital público y siempre que el socio privado haya sido licitado (DA 22ª)
- Contratos de concesión de servicios especiales (anexo IV): servicios de carácter social, sanitario e educativo (DDAA 47ª, 48ª y 49ª):
 - Especialidades (accesibilidad, asequibilidad, disponibilidad...)
 - Se pueden reservar a algunas organizaciones
 - Organización de los servicios sin necesidad de contratación (financiación o autorización)
 - Legislación autonómica de instrumentos no contractuales para prestaciones sociales

CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

- Administración concedente



- Concesionario



- Usuario

CONTRATO DE SERVICIOS

- Administración concedente



Usuario

(LA ADMINISTRACIÓN SE RELACIONABA CON EL USUARIO Y PRESTABA EL SERVICIO, Y SI NO TENÍA MEDIOS SUFICIENTES, CELEBRABA UN CONTRATO DE SERVICIOS)

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS V. CONTRATO DE SERVICIOS

RIESGO OPERACIONAL

Operating Risk

Betriebsrisikos

Rischio operativo

Risque d'exploitation

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS V. CONTRATO DE SERVICIOS

- Contratos que eran de gestión de servicios públicos donde el concesionario no asumía el riesgo operacional, pasan a ser contratos de servicios y, entonces, nace una relación directa entre el contratista-empresario y el usuario
- Todo lo relativo a la prestación del servicio es similar entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (normas específicas propias del antiguo contrato de gestión de servicios públicos, ahora comunes a uno y otro contrato)

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

- 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**
- Contrapartida: el derecho a explotar los servicios objeto del contrato, sólo o acompañado del derecho a percibir un precio.
- El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del **riesgo operacional**

CONTRATO DE SERVICIOS

- Su objeto son prestaciones 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 servicio 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 (también rige para el contrato de concesión de servicios)

CONTRATO DE SERVICIOS

- A) El contrato de servicios (“tradicional”)
- B) Contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a los ciudadanos (relación directa entre el empresario-concesionario y el usuario)

CASO ESPECIAL

- El contrato de concesión de servicios puede implicar la construcción de obras (art. 285, 2)

RIESGO OPERACIONAL (I)

- Distinto del riesgo y ventura
- **Artículo 197.** *Principio de riesgo y ventura.* La ejecución del contrato se realizará a riesgo y ventura del contratista, sin perjuicio de lo establecido para el contrato de obras en el artículo 239 (derecho a indemnización por causas de fuerza mayor)

RIESGO OPERACIONAL (II)

- El art. 197 se olvida del art. 290, 4 (concesión de servicios)....
- Obligación de restablecer el equilibrio:
 - A) Por modificaciones basadas en el interés público
 - B) Por actuaciones de la Administración concedente (ruptura sustancial de la economía del contrato)
 - C) Causas de fuerza mayor (las del art. 239)

RIESGO OPERACIONAL (III)

- Principios un tanto “desmentidos” por el desarrollo práctico del ordenamiento:
 - Riesgo y ventura
 - Las concesiones no se entenderán otorgadas con carácter de monopolio

RIESGO OPERACIONAL (IV)

- Abarca el riesgo de demanda o el riesgo de suministro, o ambos
 - Riesgo de demanda: el que se debe a la demanda real 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)
 - Riesgo de suministro: el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato

RIESGO OPERACIONAL (V)

- 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 en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión** (Considerando 18 de la Directiva 2014/23/UE)
- 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.**

RIESGO OPERACIONAL (VI)

- El art. 285, 1, letra c, dice que los pliegos regularán la distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario en función de las características particulares del servicio, pero el riesgo operacional corresponde al contratista

RIEGO OPERACIONAL (VII)

- Subsiste la obligación de mantener el equilibrio económico-financiero del contrato
- Novedad: «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» (art. 290, 4)
- Novedad: Derecho a desistir cuando el contrato deviene extremadamente oneroso (art. 290, 6)

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS (arts. 285-297)

- A) Debe tratarse de actividades susceptible de explotación económica por los particulares
- B) El régimen jurídico del servicio debe estar definido
- C) Expresión del ámbito funcional y territorial
- D) Los pliegos deben, en su caso, fijar las tarifas
- E) Requisitos de capacidad y solvencia
- F) Posibilidad de cesión (sociedad concesionaria)
- G) PLAN DE VIABILIDAD (vinculante si es inviable)

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS (arts. 285-297)

- A) Obligación de prestar el servicio con continuidad y regularidad
- B) Poderes de policía (si servicio público)
- C) Cuidar del buen orden del servicio
- D) Indemnizar los daños
- E) Respetar el principio de no discriminación

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS (arts. 285-297)

- Derecho a las contraprestaciones previstas:
 - Retribución fija (para hacer efectivo su derecho a la explotación), directamente de los usuarios o de la Administración
 - Contraprestaciones económicas pactadas: tarifas (prestación patrimonial de carácter publico no tributario)
- Si pactado, obligación de pagar un canon

CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS (arts. 285-297)

- Modificación y mantenimiento del equilibrio económico-financiero(remisión)
- Medidas para restablecer el equilibrio: a) modificación de las tarifas; b) modificación de la retribución de la Administración; c) reducción del plazo de la concesión; e) cualquier otra modificación de las cláusulas de contenido económico

OTRAS ESPECIALIDADES PARA LAS ENTIDADES LOCALES (DA 4ª)

- Tramitación conjunta del expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la LRBRL con el plan de viabilidad de la LCSP
- Gestión de dos o más servicios:
 - Población inferior a 20.000 habitantes
 - Contratos no sujetos a regulación armonizada
 - Anualidad superior a 200.000 Euros
 - Justificación
 - Precisión del ámbito funcional y territorial

OTRAS PREVISIONES

- A) Contratos de concesión de servicios especiales
 - Anexo IV
 - Peculiaridades sobre la convocatoria
- B) Las contraprestaciones económicas por la explotación de obras públicas o la prestación de servicios públicos en régimen de Derecho privado, son **prestaciones patrimoniales de carácter público no tributario**