

# EL CONTRATO DE SERVICIOS CON PRESTACIONES DIRECTAS A LA CIUDADANÍA COMO MODALIDAD DE GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS<sup>1</sup>

EVA M.º MENÉNDEZ SEBASTIÁN  
Universidad de Oviedo

## *Cómo citar/Citation*

Menéndez Sebastián, E. M.º (2020).

El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos.

*Revista de Administración Pública*, 212, 375-400.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.212.14>

## **Resumen**

La Ley de Contratos del Sector Público 9/2017, de 8 de noviembre (LCSP), ha llevado a cabo una extensión significativa del alcance del contrato de servicios, tanto por la supresión del anexo que enumeraba categorías específicas como por incluir servicios al público y gestión de servicios públicos siempre que el riesgo operacional no sea transferido al contratista. En fin, ha perdido su nota principal, el carácter instrumental y, además, se ha convertido en una de las vías de gestión indirecta de los servicios públicos. Sin embargo, y a pesar de incluir ciertas reglas especiales a este respecto en el art. 312, el legislador no ofrece un régimen de servicio público similar al previsto para las concesiones, lo que implica consecuencias prácticas.

---

1 Este trabajo, que ha sido desarrollado bajo el proyecto «Gestión indirecta de servicios socio-sanitarios a la luz de la nueva regulación de contratos del sector público: el paradigma de la buena administración» (ref. RTI2018-097840-B-I00), dirigido por los profesores Leopoldo Tolivar Alas y Miriam Cueto Pérez, es fruto de la participación en el *I Seminario de Derecho Administrativo UHA: los servicios públicos a debate*, dirigido por el profesor Miguel Sánchez Morón y celebrado en la Universidad de Alcalá de Henares el 6 de marzo de 2020.

**Palabras clave**

Contrato de servicios; concesiones y servicio público.

**Abstract**

Public Sector Contract Law 9/2017 of November 8 (LCSP) has meant an important extension of the service contract, due to the suppression of the Annex that lists specific categories, and to the inclusion of services to citizens and management of public services provided that the operational risk is not transferred to the contractor. In short, this contract has lost its main key, the instrumental nature and also become one type of indirect management of public services. However, and despite including certain special rules in art. 312, the legislator does not offer a public service regime similar to that provided for concessions, which implies practical consequences.

**Keywords**

Services; concessions and public service contract.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CAMINO RECORRIDO POR EL CONTRATO DE SERVICIOS DESDE SUS ORÍGENES HASTA LA ACTUAL LCSP. III. ¿QUÉ SON LOS CONTRATOS DE SERVICIOS QUE CONLLEVEN PRESTACIONES DIRECTAS A LA CIUDADANÍA? IV. LA ELECCIÓN DE UNA MODALIDAD U OTRA Y SUS CONSECUENCIAS. V. CONCLUSIÓN.

---

### I. INTRODUCCIÓN

El contrato de servicios ha adolecido desde su surgimiento, en mi opinión, de una adecuada definición, a pesar de tratarse desde hace tiempo de uno de los contratos nominados. Contrato que, como bien expone en su Dictamen de 10 de marzo de 2016, al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, el Consejo de Estado, pasa a ampliarse considerablemente, dado que —en teoría<sup>2</sup>— sería la categoría a la que acudir cuando la prestación sea diferente a una obra o suministro, salvo que se transfiera el riesgo operacional<sup>3</sup>.

En esta ocasión, por tanto, su propia identidad se ve desdibujada en cierta medida al haber pasado a poder formar parte del mismo las prestaciones propias

---

<sup>2</sup> Digo que en teoría, dado que no todo servicio se reconduce a estas modalidades, pues es preciso recordar la gestión directa, así como las particularidades de la acción concertada, a la que aquí no me referiré, remitiéndome por ello a otros autores, como los trabajos de M. Cueto Pérez (2018), «La continuidad del concierto sanitario tras la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público», en F. J. Jiménez de Cisneros (dir.), *Homenaje al Profesor Ángel Menéndez Rexach*, vol. I (págs. 885-921), Pamplona: Thomson Reuters; o M. Domínguez Martín (2019), «Los contratos de prestación de servicios a las personas. Repensando las formas de gestión de los servicios sanitarios públicos tras las Directivas de contratos de 2014 y la Ley 9/2017 de contratos del sector público», *RGDA*, 50, págs. 1-36. Y, con carácter más general, L. Tolivar Alas y M. Cueto Pérez (dirs.) (2020), *La prestación de servicios socio-sanitarios. Nuevo marco de la contratación pública*, Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>3</sup> Véanse a este respecto las reflexiones del Consejo de Estado en las páginas 72 y siguientes respecto a las diferencias entre la concesión de servicio y el contrato de servicio.

de la concesión de servicios, con la salvedad de la característica del riesgo operacional, aunque ello no se haya reflejado adecuadamente en la definición de estos contratos, sino que se deduzca de la regulación que de los mismos se hace en el cuerpo de la norma, así como del propio preámbulo de la ley.

Sin duda, a mi juicio, ésta es la principal novedad de la regulación del contrato de servicios contenida en la LCSP, junto a la nada desdeñable ampliación derivada de otra fuente, como es el hecho de haberse suprimido el Anexo de la Ley en que se enumeraban los servicios sometidos a la misma. Y es que en la actualidad, todos los servicios no prestados de forma directa, salvo los expresamente excluidos o aquellos que se canalicen a través de la acción concertada, se incluirán en una u otra categoría, dependiendo, como se verá, de dos aspectos: la explotación y el riesgo operacional, que —aunque fuertemente imbricados— la primera no siempre implica que el segundo se traslade al contratista.

Bien es cierto que el legislador español se ha visto en gran medida compelido a hacer esa modificación del ámbito mismo de este contrato, aunque también podía haber mantenido la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y, por ende, no incluir parte de los mismos dentro del contrato de servicios, con lo que todo ello implica y, particularmente, la distorsión de su concepto mismo. Por otro lado, la opción adoptada responde a una evolución progresiva proveniente de la jurisprudencia del TJUE<sup>4</sup>; la cual, como es bien sabido, ya había sido seguida —incluso con anterioridad a la propia LCSP— por algunos órganos determinantes en materia de contratación, como los tribunales de recursos contractuales o las juntas consultivas de contratación<sup>5</sup>. No obstante, aceptando esa premisa, sí cabe subrayar alguna cuestión que podría, quizá, haber sido mejor tratada por

---

<sup>4</sup> Valga mencionar ahora simplemente algunas de las sentencias más conocidas al respecto, como la de 13 de octubre de 2005, asunto C-458/03, *Parking Brixen GmbH*; la de 27 de octubre de 2005, asunto C-234/03, *Contse SA*; la de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05, *Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana*; la de 13 de noviembre de 2008, asunto C-324/07, *Coditel Brabant*; la de 9 de junio de 2009, asunto C-480/06; la de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, *Privater Rettungsdienst*, o, más recientemente, las sentencias de 21 de marzo de 2018, asuntos acumulados C-350/17 y C-351/17, *Mobit Soc. arl*; de la misma fecha, asuntos acumulados C-266/17 y C-267/17, *RSK contra Verkehrsbetrieb Hüttebräucker GmbH*; o de 21 de marzo de 2019, asuntos acumulados C-266/17 y C-267/17, *Rhein-Sieg-Kreis*, etc.

<sup>5</sup> A modo ejemplificativo, véanse la recomendación de la JCCA de Aragón 1/2011, de 6 de abril; el informe de la JCCA del Estado 22/09, de 25 de septiembre de 2009; 12/2010, de 23 de julio; 52/13, de 26 de febrero de 2015; el informe de la JCCA de Baleares 2/2012, de 30 de mayo, el informe de la JCCA de Canarias 5/2017, de 8 de julio; o las resoluciones del TACRC 80/2013, de 20 de febrero; 76/2014, de 5 de febrero; 346/2013, de 4 de septiembre; 515/2015, de 5 de junio; 1056/2017, de 10 de noviembre de 2017; o más recientemente sobre el tema 109/2018, de 2 de febrero de 2018; 231/2018, de 12 de marzo; 298/2018, de 23 de marzo de 2018; o 47/2019, de 24 de enero, entre muchas otras.

el autor de la norma. Pues, ley tras ley, estos contratos quedan sin ajustarse con precisión a su propio ámbito, el cual incluso ha mutado de forma considerable en esta ocasión, que a buen seguro no será la última.

## II. EL CAMINO RECORRIDO POR EL CONTRATO DE SERVICIOS DESDE SUS ORÍGENES HASTA LA ACTUAL LCSP

Para poder comprender la importante evolución y giro que en los últimos tiempos ha venido dando el contrato de servicios y centrarse acto seguido en la nueva «subespecie» de entre estos que conlleven prestaciones directas a la ciudadanía, es preciso conocer los orígenes de esta figura contractual, su razón de ser, el porqué de su creación y cómo a lo largo de su trayectoria ha ido abandonando sus raíces —aunque a todo ello me refiera muy brevemente<sup>6</sup>—.

En relación con dicha evolución, cabe afirmar que la Administración, desde sus comienzos, pero cada vez en mayor medida, vino observando cómo le resulta imposible hacer frente a todas sus obligaciones por medio del personal del que dispone, es entonces cuando recurre a la vía externa que le brinda la contratación, creando en el caso español y francés los contratos administrativos como institución propia de esta rama del derecho.

Estos primeros esfuerzos se centraron en los contratos de obras y servicios públicos, donde el interés general perseguido se hacía fácilmente perceptible. Sin embargo, no todas las necesidades se referían a la realización directa de una actuación de la Administración, muy al contrario, esta pronto comprobó que algunas de esas carencias se debían a la falta de los medios personales adecuados para las fases previas a su actuación, en ocasiones por la complejidad técnica y especializada de la actividad a desarrollar. Aunque en principio no dio respuesta a las mismas mediante la creación de una figura contractual específica de derecho administrativo, como en los casos anteriores, sino por otras vías, especialmente la contratación privada y, particularmente, los contratos de arrendamientos de servicios y obras del derecho civil.

Por ello, inexplicablemente, a pesar de que el reconocimiento de los contratos administrativos ya había comenzado con la Ley de la Jurisdicción de 2 de abril de 1845 —aunque solo desde el punto de vista de su control jurisdiccional—, no es hasta más de un siglo después cuando se inicia el primer paso en el modesto reconocimiento del primigenio antecedente administrativo de los contratos de servi-

<sup>6</sup> Para un mayor desarrollo véase lo dicho en E. M<sup>a</sup>. Menéndez Sebastián (2009), *Los contratos de servicios del sector público. Prestaciones intelectuales, asistencias y consultorías*, Cizur Menor: Thomson-Civitas; y más recientemente, (2018), «El contrato de servicios», en J. M<sup>a</sup> Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (págs. 1537-1565), Cizur Menor: Thomson Reuters.

cios, a través de autorizaciones a los Ministerios de Obras Públicas y Agricultura<sup>7</sup> para concertar directamente por razones de urgencia los servicios de técnicos para el estudio de proyectos de la competencia de dichos departamentos<sup>8</sup>, hasta llegar a la regulación de los mismos como contratos de estudios y servicios que celebre la Administración con empresas consultoras, por medio del Decreto 916/1968, de 4 de abril<sup>9</sup>.

Este comienzo legal, tardío y discreto, ha marcado el posterior desarrollo normativo de los contratos aquí estudiados, de tal forma que la tónica general ha sido una dedicación escasa a los mismos, tanto en el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, que pasó a denominarlos como contratos de asistencia que celebren la Administración y sus organismos autónomos con empresas consultoras y de servicios, como en sus sucesivas reformas hasta el reconocimiento como contrato nominado en la Ley de contratos de 1995. Recuérdesse también que en la Ley de Contratos del Estado de 1965 no se hacía mención alguna a estos contratos, lo que llevaba además a la duda sobre su carácter administrativo o privado, ya que resultaba difícil encajarlos en los contratos especiales del art. 4. 2 de dicho texto legal.

Esta circunstancia se constata también en la reforma sufrida en esta materia en 1999 y que dio lugar al texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 2000, ya que en ella se asume implícitamente la deficiencia existente en su delimitación, principalmente por el hecho de haber incluido los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración dentro de los de consultoría y asistencia, dado que —como la propia exposición de motivos reconoce— ambas figuras daban respuesta a unas mismas necesidades.

Además, ya se reprochó en su momento<sup>10</sup> que la Ley de 2007 y el texto refundido de 2011 no hubieran hecho referencia a su carácter instrumental, que era algo común a las dos categorías que se unieron entonces bajo los contratos de servicios, o que se explicara que eran aquellos a los que recurría la Administración para hacer frente a ciertas carencias internas de medios personales.

<sup>7</sup> El año 1963 por el Decreto 1329/1962, de 14 de junio.

<sup>8</sup> Con la limitación temporal del 31 de diciembre de 1963, que se prorrogó por el Decreto 494/1964, de 27 de febrero, hasta el 31 de diciembre de 1964, y por el Decreto 4130/1964, de 24 de diciembre, hasta el 31 de diciembre de 1965.

<sup>9</sup> Así a través de este decreto se regulan estos contratos y sin llevarse a cabo con meras autorizaciones, como ha destacado P. García Ortega (1980), *Manual de contratos del Estado*, Madrid: Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo (pág. 291).

<sup>10</sup> Véase E. M.<sup>a</sup> Menéndez Sebastián (2014), «El contrato de servicios», en M. Yzquierdo Tosada, J. M. Almudí Cid y M. A. Martínez Lago (coords.), *Contratos civiles, mercantiles, públicos, laborales e internacionales, con sus implicaciones tributarias. Tomo XIV. Los contratos públicos* (págs. 571-614), Madrid: Thomson Reuters.

De hecho, este carácter instrumental llevó al contrato de servicios —y con anterioridad al de consultoría y asistencia— a importantes problemas de delimitación con el propio personal de la Administración contratante, incluso a la creación por parte de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de la figura del «contrato indefinido no fijo de plantilla», problema que en los últimos años se ha extendido al personal contratado por las empresas contratistas de la Administración —hoy a través de lo que serían las concesiones o los contratos de servicios<sup>11</sup>—. Lo que justifica o, más bien, explica algunas de las previsiones que se contienen en este tipo de contratos, como los arts. 308.2 y 312, f), en las que ahora no me puedo detener<sup>12</sup>.

No obstante, en paralelo lo cierto es que desde la Unión Europea se vino desvaneciendo ese carácter instrumental, puesto que esa característica de que los contratos de servicios respondían a carestías de los propios poderes públicos, mientras que otras categorías servían para dar respuesta a las necesidades de los ciudadanos, que la propia Unión Europea había barajado tiempo atrás<sup>13</sup>, fue quedando relegada —aunque no eliminada por completo<sup>14</sup>—, en su afán de discernir qué servicios debían someterse a las directivas y en qué medida.

De este modo, con la finalidad de distinguir aquellas prestaciones que se sometían a las directivas de 2004 por ser servicios incardinados en su ámbito de aplicación de aquellas otras que por ser concesiones quedaban fuera —aunque no por ello al margen totalmente del derecho de la Unión, pues sí eran de aplicación ciertos principios que se derivan de los propios tratados<sup>15</sup>—; se empieza a emplear el criterio de la explotación o el carácter instrumental, pero vinculando el primero de ellos al riesgo operacional y a la retribución por los usuarios, es

<sup>11</sup> Por ejemplo, un supuesto de este tipo se encuentra en la sentencia del TS de 20 de febrero de 2018 (53/2018), Sala de lo Social, donde el Alto Tribunal aceptó la aplicación del art. 44 del ET ante la reversión de un contrato de servicios, en este caso, de restauración colectiva que incluía, entre otras prestaciones, la limpieza.

<sup>12</sup> A este respecto, cabe remitirse a lo dicho en E. M<sup>a</sup>. Menéndez Sebastián (2018), «Una visión administrativista de los problemas laborales derivados de cambios en la gestión de los servicios públicos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 193, págs. 127-155.

<sup>13</sup> Así, por ejemplo, en la fracasada propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, en particular, en su considerando 15.

<sup>14</sup> Y es que no debe olvidarse que aquellos servicios destinados a dar respuesta a esas demandas internas de la Administración, es decir, las prestaciones instrumentales propias de nuestro clásico contrato de servicios, siguen residenciándose en dicha categoría, pues no pueden encajar en las concesiones al carecer de explotación.

<sup>15</sup> Así, como bien recuerda M. Fuertes López (2013), «Los riesgos del riesgo de explotación (crítica a la jurisprudencia del tribunal de justicia de la Unión Europea sobre las concesiones de servicio público y los contratos de servicios)», en J. M<sup>a</sup>. Gimeno Feliú (dir.) y M. A. Bernal Blay (coord.), *Observatorio de contratos públicos 2012* (págs. 197-203), Cizur Menor: Thomson Reuters.

decir, inicialmente se entiende que cuando hay transmisión de la explotación lo hay también del riesgo operacional, principalmente porque la retribución no es un precio, sino que proviene de los usuarios<sup>16</sup>, aunque finalmente esta premisa no se cumple necesariamente, véanse los servicios gratuitos. Y de ahí que se acepten las concesiones frías en la propia directiva, aunque no tanto en el articulado como en los considerandos<sup>17</sup>. Basta ahora solo mencionar esta cuestión, sobre la que volveré más adelante.

Retomando de nuevo nuestro sistema, el nuevo texto de la LCSP en su art. 17 mantiene aparentemente sin gran novedad la definición, ya de por sí genérica, que hacía de esta figura contractual el art. 10 TRLCSP. Aunque, como se verá seguidamente, esto no se corresponde ni mucho menos con el cambio trascendente que esta norma depara a los contratos de servicios. Pero vayamos por partes.

El citado precepto define los contratos de servicios como aquellos cuyo 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. Y matiza, seguidamente, que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Con independencia de proceder en líneas venideras a hacer un desarrollo más pormenorizado de las principales novedades que a este respecto implica la nueva normativa, es preciso adelantar ya tres cuestiones básicas.

En primer lugar, que se ha optado por una definición idéntica a la contenida en el art. 10 del TRLCSP, con dos salvedades. La primera de ellas, la referencia a los servicios que se ejecutan de forma sucesiva y por precio unitario. En segundo lugar, que desaparece la remisión al Anexo II, donde se enumeraban los servicios concretos, dado que este se ha suprimido tanto en la LCSP como en la directiva de la que trae causa. Lo cual hace que la definición, ya imprecisa de por sí, quede aún en mayor medida desvirtuada en la nueva norma.

Esta supresión es de máxima relevancia, dado que es, a mi juicio, como ya he dicho, otra de las grandes novedades de la nueva normativa respecto a la propia categorización de los contratos, pues la ausencia de ese listado no es casual, sino que se debe a la intención por parte ya de la Unión Europea de someter a las directivas todos los servicios. Por esto suprime la distinción entre los prioritarios

---

<sup>16</sup> En relación con el criterio de la retribución, cabe mencionar ya la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 1998, asunto C-360/96, *Gemeente Arnhem*; la de 7 de diciembre de 2000, asunto C-324/98, *Telaustria*; el auto de 30 de mayo de 2002, asunto C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung GmbH*; o las posteriores mencionadas previamente en la nota 4; analizadas muchas de ellas de forma precisa y acertada por Fuertes López (2013).

<sup>17</sup> En efecto, a ello se hace referencia en el considerando 18 y no en el art. 5 de la Directiva de concesiones a la hora de definirlas.



y no prioritarios, clasificación que por otro lado nació con vocación de transitoriedad<sup>18</sup>. Y es que hoy se considera que todos —con mayor o menor intensidad— han de someterse al derecho comunitario<sup>19</sup>, por supuesto, con las exclusiones que la propia norma establece, junto a las particularidades de la ya mencionada acción concertada y la gestión directa.

La amplitud del ámbito de aplicación de los contratos de servicios es, por tanto, indudable, no solo porque ahora será una modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos, en concreto, cuando el riesgo operacional en su explotación no se traslade al contratista o este ni siquiera exista, sino porque también al no definirse todos los servicios por su carácter instrumental, algunos de los que con anterioridad se calificaban, por ejemplo, como contratos administrativos especiales o, incluso, de carácter patrimonial han pasado a incluirse también dentro de esta categoría. Como, por otro lado, ya venían haciendo los tribunales de recursos contractuales en aplicación de la jurisprudencia del TJUE<sup>20</sup>.

Pero este cambio supone una transformación en los contratos de servicios de mayor calado, cual es que ya no se definen por su objeto, puesto que el mismo puede ser también contratado a través de un contrato de concesión de servicios, sino por otros criterios no en todo caso jurídicos. Esta metamorfosis que, como ya se ha dicho, se ha gestado en la Unión Europea, ha llevado a consecuencias esenciales en la propia definición del contrato de servicios y sus contornos en las propias directivas.

De otro lado, si ya resultaba insuficiente dicha definición con el TRLCSP, se ha incrementado su debilidad con la nueva norma, puesto que no es cierto que todo servicio de esas características que no sea una obra o un suministro vaya a encajar en el contrato de servicios, sino que en el nuevo marco normativo es preciso conocer también si se incluye o no en la concesión de servicios, por lo que se echa en falta que a la hora de definir a los contratos de servicios por exclusión de otros no se haga referencia alguna a ellos. Sin olvidar los servicios que quedan fuera de la norma, como ya he explicado.

Y si bien es cierto que esa definición por exclusión de las obras y los suministros es común al empleado en la Directiva 2014/24/UE, no lo es menos que

---

<sup>18</sup> Como ya ha explicado P. Valcárcel Fernández (2018), «La delimitación de los tipos contractuales», en J. M<sup>a</sup> Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (págs. 411-515), Cizur Menor: Thomson Reuters.

<sup>19</sup> Téngase en cuenta que por debajo de la regulación armonizada se les aplicarán los principios contenidos en las directivas y por encima, en función de que haya explotación y riesgo operacional o no, se determinan las cuantías que hacen que se sometan a regulación armonizada.

<sup>20</sup> Como ejemplo, cabe destacar la resolución 411/2017 del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, de 5 de mayo de 2017, o la resolución 49/2017 del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de Madrid, de 15 de febrero de 2017.

debe tenerse en cuenta que dicha norma no incluye en su ámbito de aplicación a los contratos de concesiones de servicios, sino que estos junto a las concesiones de obras se encuentran en la Directiva 2014/23/UE, de ahí que, a mi juicio, no sea lo mismo. Es decir, dentro del ámbito de las normas comunitarias los contratos de servicios se definen por exclusión de los otros dos contratos regulados en la misma norma, pero teniendo en cuenta que los servicios que impliquen explotación y en los que se transfiera el riesgo operacional no son objeto de dicha regulación, sino que se encuentran en la otra directiva.

En tercer y último lugar, por lo que se refiere a unas breves pinceladas de la definición ofrecida por el art. 17 de la LCSP, mencionar que la referencia a que no impliquen ejercicio de autoridad no es una novedad, ya que se contenía de igual modo en el art. 301 del TRLCSP, es decir, simplemente se ha cambiado su ubicación —pasando del precepto referente al contenido de estos contratos al que incluye su definición—.

### III. ¿QUÉ SON LOS CONTRATOS DE SERVICIOS QUE CONLLEVEN PRESTACIONES DIRECTAS A LA CIUDADANÍA?

Como ya se ha venido adelantando, ciertas prestaciones pueden ser objeto de un contrato de concesión de servicios o de un contrato de servicios, incluyendo —aunque no solo<sup>21</sup>— aquellas que impliquen la gestión de servicios públicos. Y a estos casos en concreto es a los que se refiere el art. 312 de la LCSP cuando habla del «contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía». De ahí que para conocer qué supuestos engloba sea imprescindible hacer una mínima referencia a su diferenciación con las concesiones<sup>22</sup>. A mi juicio, solo esto nos permitirá encuadrar esa nueva categoría en sus justos términos y conocer a qué se refiere.

Ante el panorama ya expuesto con anterioridad, especialmente por lo que a los inicios y evolución del contrato de servicios se refiere —con especial atención a nuestro sistema—, creo que resulta ineludible, para arrojar algo de luz al asunto, remontarnos ahora a los orígenes del tema en la propia Unión Europea e intentar —aunque es tarea nada sencilla— conocer, de un lado, a qué se refieren

<sup>21</sup> Recuérdese que también se incluyen los servicios al público que no sean servicios públicos.

<sup>22</sup> A esta cuestión ya se ha dedicado la mejor doctrina, entre ellos, véanse, por ejemplo, J. M.ª Gimeno Feliú (2012), «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP», *REDA*, 156, págs. 17-58; J. A. Razquin Lizárraga (2012), «La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, o I. Gallego Córcoles (2011), «Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, 111, págs. 56-61.

las directivas, cuál es el propósito de estas a la hora de incluir las concesiones de servicios en 2014 y cómo todo ello repercute en nuestra regulación, así como qué otras opciones podría haber adoptado el legislador, especialmente, tomando como referencia el modelo francés<sup>23</sup>.

Pero previamente debo explicar por qué he decidido tornar la mirada hacia el ordenamiento vecino. Así, debo precisar que no me he inclinado por esta opción —válida como otras—, por mi conocida admiración y preferencia hacia el modelo francés, sino que en este caso me ha movido a ello la intención de conocer las claves esenciales de nuestras propias instituciones. Así, a nadie se le escapa que en este asunto hay dos elementos que confluyen y que son la base de la cuestión: la contratación pública y la gestión de los servicios públicos. Pues bien, de igual modo, todos somos conocedores que en esos dos ámbitos España ha bebido del modelo francés, tanto para importar en su día la institución misma del contrato administrativo —ajena también para el derecho europeo— como en cuanto al concepto mismo de servicio público<sup>24</sup> —que dista mucho de ser manejado por la propia Unión Europea y el TJUE— que ha sido quien ha marcado las diferencias entre el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios<sup>25</sup>.

Así, a mi juicio, en primer lugar, debemos tener presente que lo que persigue la Unión Europea cuando decide regular la contratación del sector público es garantizar la libre circulación de servicios dentro del mercado único europeo, es decir,

<sup>23</sup> Muy brevemente, cabe indicar respecto a este sistema que el 1 de abril de 2019 entró en vigor el denominado *Code de la commande publique*, que bien puede traducirse como código de los contratos del sector público, donde recoge las diversas modalidades contractuales, distinguiendo claramente dentro de las mismas, en primer lugar, los «marchés», donde se incluyen los «marchés públicos» de obras, servicios y suministros, los «marchés de partenariat» y los «marchés de défense ou de sécurité»; y en segundo término, los «contrat de concession». No obstante, en el *Code général des collectivités territoriales* es donde se sigue regulando el régimen del servicio público y hablando de «convention de délégation de service public», que según el caso podrá ser algún tipo de contrato —concesión o servicio—, remitiéndose en cuanto a los aspectos contractuales al *Code de la commande publique*. En cuanto al nuevo *Code de commande publique* véanse, entre otros, los trabajos de M. Ubaud-Bergeron (coord.) (2019), «Le code de la commande publique», *RFDA*, págs. 197-239; E. Vargas Mazas (2019), «La nueva codificación francesa de la contratación del sector público: el Code de la commande publique», *Observatorio de Contratación Pública*; VV. AA. (2019), «En fin, le Code de la commande publique», *AJDA*, 7, págs. 375-401; o M. Amilhat (2019), «Le code, les principes fondamentaux et la notion de commande publique», *AJDA*, 14, págs. 793-801.

<sup>24</sup> En relación con el servicio público y su evolución cabe remitirse a lo dicho en otras ocasiones, como en E. M<sup>a</sup>. Menéndez Sebastián (2020), «La buena administración en la gestión de los servicios públicos», en L. Tolivar Alas y M. Cueto Pérez (coords.), *La prestación de servicios socio-sanitarios: Nuevo marco de la contratación pública* (págs. 171-199), Valencia: Tirant lo Blanch.

<sup>25</sup> En cuanto a esa diferenciación, véanse las sentencias del TJUE ya citadas con anterioridad y la propia evolución experimentada por dicha jurisprudencia.

la libre competencia. Esto le llevó también en paralelo en su día a abrir al mercado algunos de los que hasta entonces eran para nosotros servicios públicos en el entendido de titularidad del Estado, procediendo a la liberalización, por ejemplo, de sectores como el gas, la electricidad, las telecomunicaciones, el servicio postal o el transporte ferroviario.

Sin embargo, como digo, cuando procede a regular la contratación pública o del sector público, la Unión Europea lo que busca es que cuando los poderes públicos dentro de ese mercado único europeo adquieren obras, servicios o suministros, lo hagan mediante los oportunos procedimientos para que todas las empresas de la Unión tengan las mismas posibilidades de resultar adjudicatarias.

A mi entender, no es gratuita la terminología que utilizan las directivas de contratos, especialmente en su versión original, así, quedémonos ahora con el hecho de que la directiva 2014/24/UE en francés denomina a estos contratos «marchés publics»<sup>26</sup>. Lo que nos da ya una primera idea de que se refiere a servicios que están en el mercado, contratos en mercados competitivos donde varias empresas prestan de manera simultánea similares servicios<sup>27</sup>. Ni tampoco lo es el hecho de que las directivas de nuevo cuño hayan regulado separadamente los contratos de servicios de los contratos de concesión de servicios, por más que inicialmente se planteara englobar todas las categorías en una única norma<sup>28</sup>.

Como ya he adelantado, a la Unión Europea le es ajeno el concepto clásico de servicio público de sistemas como el francés y el nuestro propio, por lo que en un primer momento no incluye la gestión de servicios públicos en las directivas, pues estaban fuera del mercado, dado que no olvidemos que son titularidad de la Administración. De ahí que quedasen al margen, porque no se trataba de servicios en el mercado. Sin embargo, es más tarde cuando comienza a darse cuenta que hay ciertos servicios que a pesar de estar fuera del mercado en origen, es decir, por cuanto son titularidad de la Administración, responsabilidad suya, se encomiendan o se da entrada de algún modo a un empresario privado a través

<sup>26</sup> Además, la Directiva 2014/24/UE habla de la «passation» de estos «marchés publics», mientras que en la 2014/23/UE emplea el término «attribution» para referirse a los «contrats de concession».

<sup>27</sup> Como bien explica Fuertes López (2013: 237).

<sup>28</sup> A este respecto se alega precisamente la reticencia de Francia a incluir las concesiones de servicios dentro del ámbito de las directivas, véase, por ejemplo, F. Hernández González (2018), «La delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesiones», en J. Mª Gimeno Feliú (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (págs. 477-515), Cizur Menor: Thomson Reuters. Ya con anterioridad, J. M. Sala Arquer (2004), «La concesión de servicio público en un contexto liberalizado», *Revista Andaluza de Administración Pública*, 56, págs. 11-36, hablaba del poco entusiasmo de las autoridades francesas al respecto. En cuanto a la noción de concesión en Francia y su distancia al respecto con el derecho comunitario, véase H. Courivaud (2004), «La concession de service public “à la française” confrontée au Droit Européen», *Revue internationale de droit économique*, 4, págs. 395-434.

de lo que es para nosotros la gestión indirecta. Desde ese momento, por tanto, se introduce de algún modo en el mercado ese servicio, aunque evidentemente no es equiparable al resto, por muchas razones.

A mi juicio, lo determinante para la Unión Europea es que a esos servicios que se contratan o adquieren en el mercado, puedan acceder de forma competitiva las empresas de la Unión. De ahí la necesidad de someter a ciertas reglas y procedimientos la elección del prestador del servicio, pero no solo cuando hablamos de concesión, sino también, por ejemplo, cuando se trata de elegir al socio en una sociedad de economía mixta<sup>29</sup>. Ese es el fin de las directivas y no otro. Lo cual no debe perderse de vista.

A la Unión Europea los servicios «públicos» no le interesan mientras permanezcan fuera del mercado, por ello las directivas hablan de la «supuesta» libertad de los Estados en la elección del modo en que se gestionarán los servicios. No obstante, digo «supuesta» porque con independencia de la directiva, tal libertad dista en la actualidad, a mi juicio, de ser total, por lo que luego diré. A la Unión Europea, como he dicho, le es ajeno el concepto clásico de servicio público, aunque sí es consciente de que en algunos países hay servicios «fuera» del mercado. A ello se refiere de forma explícita en los considerandos 5<sup>30</sup> y 6<sup>31</sup>.

Partiendo de estas premisas, y recordando lo que ya se ha dicho en el epígrafe anterior, respecto a la evolución del contrato de servicios en el propio derecho comunitario, cabe resaltar dos aspectos. El primero de ellos, que la idea de que los servicios eran prestaciones para los propios poderes públicos<sup>32</sup> y no para los ciudadanos, quedó desde tiempo atrás desterrado, no obstante, también se ha ido abandonando el concepto de la naturaleza de la prestación, siendo posible ahora encajar algunos servicios en una u otra categoría, si bien es preciso puntualizar que para hablar de concesiones siempre es necesario que haya explotación, de tal modo que aquellos de carácter instrumental —pudieran tener o no riesgo operacional—, quedarán en el ámbito de los contratos de servicios. De otro lado, los que sí implican explotación, dentro de los cuales se encuentran tanto los servicios al público como los servicios públicos, encajarán en las concesiones o en los contratos de servicios dependiendo del segundo elemento diferenciador, es decir, de que haya o no transmisión del riesgo operacional. Sin embargo, como se verá

---

<sup>29</sup> Como así lo viene a ratificar la disposición adicional vigésimo segunda de la propia LCSP.

<sup>30</sup> En concreto, en el citado considerando 5 reconoce el derecho de los Estados miembros y las autoridades públicas a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios.

<sup>31</sup> Donde ratifica la libertad de los Estados para decidir qué servicios estiman de interés económico general y cuáles no.

<sup>32</sup> Así, la fracasada propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, considerando 15.

y la propia LCSP en su preámbulo viene a confesar, los del art. 312 se refieren exclusivamente a aquellos que implican gestión de un servicio público y no una mera explotación al público<sup>33</sup>.

De ahí que siga siendo necesario atender a criterios como el de la *publicatio* para conocer si se trata de servicios al público o de servicios públicos, pues aunque no debe perderse de vista que el criterio de la naturaleza de la prestación —en cuanto si se trataba o no de un servicio público, en una concepción más o menos amplia—, ha quedado desplazado en la LCSP, en cuanto a servir de elemento para hablar de contrato de servicios o de contratos de concesiones de servicios, ya que en esos casos la clave va a ser el riesgo operacional; sigue siendo necesario —aunque de forma más residual—, para discernir dentro del contrato de servicios, si son de aplicación o no las reglas del art. 312.

De otro lado, en cuanto a la remuneración también hay que tener en cuenta que si tradicionalmente se ha venido vinculando la existencia del riesgo operacional a la explotación o gestión, en el entendido de que si había precio no concurría riesgo operacional, tampoco esa idea, propuesta por el TJUE en su momento, ha sido tomada fielmente por las directivas, que admiten las llamadas concesiones frías. Es decir, sí podría haber riesgo operacional, aunque la retribución sea un precio a pagar por la Administración contratante, y no solo en aquellos casos en que el precio responde a la utilización de los usuarios, por ejemplo, cuando se trate de servicios gratuitos, sino que al incluirse en el riesgo operacional no solo el riesgo de demanda, sino también el de oferta o suministro<sup>34</sup>, no es una hipótesis de laboratorio. Por tanto, cabría en teoría que algunos servicios en que no hubiera explotación conllevaran riesgo operacional, sin que puedan ser concesiones. Bien es cierto que el riesgo suele estar vinculado también a contratos que se prolongan en el tiempo, puesto que esa mayor duración conlleva mayores peligros.

Sin embargo, en cuanto al riesgo operacional, ya muy estudiado por la doctrina a la que cabe remitirse<sup>35</sup>, quiero limitarme a indicar algún aspecto a mi

<sup>33</sup> En relación con ello cabe recordar las distintas interpretaciones —más o menos amplias— en relación con la *publicatio*, la distinción que se ha venido haciendo en atención a que se trate de servicios asumidos como propios por la Administración o que sean no obligatorios, impropios u opcionales, pues de ello también dependerá la aplicación de las reglas especiales del art. 312 o no. Véase al respecto lo dicho por Hernández González (2018: 481). O informes de la JCCA como el 10/07, de 26 de marzo, o el 141/07, de 29 de octubre de 2007.

<sup>34</sup> Aunque debe recordarse que en teoría no solo puede tratarse del riesgo de disponibilidad.

<sup>35</sup> Sin ánimo exhaustivo, entre otros, F. L. Hernández González (2018), *La nueva concesión de servicios. Estudio del riesgo operacional*, Cizur Menor: Thomson Reuters; A. Huergo Lora (2017), «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *Documentación Administrativa. Nueva Época*, 4, págs. 31-51; del mismo autor (2018), «*Skin in the game*: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, págs. 20-33; o X. Lazo Vitoria (2018), «El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión», en J. Mª

juicio llamativo o que ha pasado en cierto modo desapercibido por la doctrina y puede implicar consecuencias relevantes en algún sentido o cuanto menos generar dudas.

De un lado, solo recordar que —salvando las diferencias, dado que está claro que el principio de riesgo y ventura es distinto al del riesgo operacional<sup>36</sup>—, llama la atención que el primero de ellos fuera precisamente empleado ya desde la Ley de Contratos del Estado de 165 (art. 66) para definir la concesión, pero en el sentido de diferenciarla de otras formas de gestión indirecta de los servicios públicos, como pueda ser el concierto, la sociedad de economía mixta o la gestión interesada.

De otro lado, que dicho riesgo no se vinculaba de forma necesaria tradicionalmente en nuestro sistema —a diferencia de otros como el francés, ya desde el *arrêt* del Consejo de Estado francés de 30 de marzo de 1916 (*Gaz de Bordeaux*)—, al tipo de remuneración del concesionario, es decir, no es imprescindible que la misma proceda siempre del usuario, sino que puede también provenir, por ejemplo, de una subvención cuando se trata de servicios gratuitos. Lo importante era que asumiera la gestión y responsabilidad de la explotación, del servicio, al fin y al cabo.

Muy brevemente debe tenerse en cuenta que cuando se habla de riesgo operacional<sup>37</sup> el mismo se circunscribe a condiciones normales de funcionamiento, por ende, fuera de ellas sí caben las técnicas propias del equilibrio económico del contrato. Debe quedar el concesionario expuesto a los riesgos del mercado y debe tratarse de cuestiones ajenas a las partes, por ejemplo, quedarían fuera aquellos riesgos que dependan de la propia gestión del contratista.

Precisamente, a este respecto, a mi juicio, surge una duda, y es ahí donde quiero detenerme —aunque sea brevemente—. Y es que se viene incluyendo dentro del riesgo operacional la posible responsabilidad por los perjuicios causados por una irregularidad en la prestación del servicio, aunque, como ya he dicho, no por la mala gestión. Así lo ha venido aceptando el TJUE<sup>38</sup> y reco-

---

Gimeno Feliu (dir.), *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (págs. 517-544), Cizur Menor: Thomson Reuters.

<sup>36</sup> Tradicionalmente en nuestro sistema se ha empleado el principio de riesgo y ventura para diferenciar la concesión de otras modalidades de gestión de los servicios públicos. Dicho principio —común a todos los contratos— es diferente al del riesgo operacional. Sin olvidar en el ámbito de los servicios públicos la necesidad de continuidad y el principio de remuneración suficiente. Así, el TS, en su Sentencia de 30 de octubre de 1995, habla de cuatro notas en las concesiones: principio de remuneración suficiente, mantenimiento del equilibrio durante el plazo de la concesión, revisar las tarifas y subvenciones por circunstancias sobrevenidas e imprevistas, y el equilibrio económico debe hacerse a tenor de las bases del contrato (entendidas en el sentido civilista de base del negocio).

<sup>37</sup> Definido en el art. 14 de la LCSP.

<sup>38</sup> Por ejemplo, en la Sentencia de 10 de marzo de 2011, asunto C-274/09, así como las que él mismo cita, por ejemplo, las de 27 de octubre de 2005, *Contse y otros*, C-234/03,

giendo algún autor<sup>39</sup>. Lo que, a mi juicio, en primer lugar, resulta dudoso que cumpla el requisito de ser ajeno al contratista y, de otro lado, y aunque se tratara de una responsabilidad sin incumplimiento —dado que en nuestro sistema esta es objetiva, eso sí, cuando se refiere a la Administración—, no debe olvidarse que la propia LCSP, en su art. 196, establece la regla general de la responsabilidad del contratista frente a terceros, por más que se trate de un tema muy debatido y en el que no existe unanimidad entre la jurisprudencia, doctrina y órganos consultivos, al menos, respecto a si debe pagar la Administración —al tratarse de un servicio de su competencia—, y repercutir al contratista<sup>40</sup>, o, si por el contrario, debe ser este el que lo abone de forma directa al perjudicado. Por tanto, la inclusión dentro de ese elemento en el riesgo operacional, ¿implicaría que la responsabilidad del contratista sería distinta si hubiera una concesión o un contrato de servicios? Y de otro lado, como se verá, precisamente porque se viene incluyendo dentro del riesgo operacional, no se entiende que se mencione de forma expresa dentro de las obligaciones generales del contratista, sea este de un contrato de servicios o de una concesión<sup>41</sup>.

En cuanto al riesgo operacional, solo mencionar alguna otra cuestión mínima más. Así, nuestra normativa —que opta por una incorporación aparentemente fiel en este aspecto a la literalidad de las directivas—, se olvida a mi juicio de alguno de los aspectos que no están en el articulado de las mismas, sino en sus considerandos, por ejemplo, cuando en el art. 289.1 de la LCSP vincula la retribución —sea esta por los usuarios o por la Administración— a la utilización del servicio, lo cual se refiere al riesgo de demanda, dejando de lado en cierto modo el riesgo de oferta o suministro.

De otro lado, la transferencia del riesgo no puede ser total ni siquiera hacer poco atractiva la concesión o, en caso contrario, el precio subirá o quedará desierta la licitación. Y, a la inversa, puede haber supuestos en que aunque la retribución se haga depender de la utilización del servicio la demanda esté garantizada y, por ende, el riesgo operacional se encuentre muy limitado o sea prácticamente inexistente —aunque dentro del mismo se encuentra también el riesgo de suministro—.

---

Rec. p. I-9315, apdo. 22, y *Hans & Christophorus Oymanns*, apdo. 74. Precisamente, la primera de ellas toma ese aspecto para entender que no hay concesión al asumir la responsabilidad la Administración.

<sup>39</sup> Es el caso de F. Villalba Pérez (2014), «La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión», *REALA*, 2, págs. 79-98.

<sup>40</sup> Por ejemplo, así lo viene entendiendo el Consejo Consultivo del Principado de Asturias en sus últimos dictámenes, valga de ejemplo, el 276/2019.

<sup>41</sup> Y lo cierto es que en ambos casos se prevé, así, véanse los arts. 312, b) y 288, c).



De otro lado, como ha puesto de manifiesto la doctrina<sup>42</sup>, el criterio del riesgo operacional tiene peligros como elemento de distinción entre la concesión y el contrato de servicios. A este respecto, quiero hacer una breve reflexión, no debemos olvidar que la Unión Europea decide regular la contratación pública para garantizar la libre competencia en el mercado único europeo, por eso deja fuera aquellos servicios que no están en el mercado y distingue inicialmente en los anexos A y B entre los que considera de interés transfronterizo y los que no. Sin embargo, la evolución experimentada introduce otro elemento para discernir si los servicios que están en el mercado<sup>43</sup> son contratos de servicios o concesiones, y en este caso opta por un criterio de carácter económico. Surge, pues, una duda, ¿por qué no limitarse a utilizar el criterio jurídico de si está en el mercado, bien por no ser titularidad o competencia de la Administración o porque esta ha decidido introducirlo de nuevo a través de la gestión indirecta, y dar un trato similar a todos ellos? Cabe preguntarse si tiene sentido, desde el punto de vista jurídico, esa diferenciación, siendo como son —en parte— los mismos servicios y estando en ambos supuestos dentro del mercado, es decir, parece lógico que se emplee, como se hizo tradicionalmente, para distinguir la concesión de otros supuestos de gestión indirecta, pero ¿tiene lógica hacerlo ahora en que de un modo u otro cuando el servicio entra en el mercado debe someterse a las reglas del derecho comunitario?

¿Por qué da un trato diferente la Unión Europea a los mismos servicios en función estrictamente del riesgo operacional, cuando ambos ya están en el mercado? Piénsese en la diferente cuantía para la regulación armonizada, ¿es que entiende que carece de interés transfronterizo cuando hay riesgo operacional por debajo de la cuantía de la regulación armonizada, superior por ello que en los contratos de servicios? O ¿se trata también de una cuestión práctica para conocer y cuantificar los contratos que consolidan deuda y los que no<sup>44</sup>? Y es que una vez que también esos servicios entran en el mercado, al optar la Administración por la gestión indirecta, surgen serias dudas de que el criterio del riesgo operacional sea el óptimo.

En fin, parece que la respuesta más razonable a esas preguntas es entender que, para la Unión Europea, dada la exclusión existente hasta el momento de las

---

<sup>42</sup> Fuertes López (2013).

<sup>43</sup> Puesto que no debemos olvidar que hay servicios que quedan fuera de su ámbito de aplicación, no solo los que ellas mismas excluyen, sino también los servicios que se gestionan de forma directa y aquellos en que se opta por otras vías como la llamada acción concertada. De ahí que se insista en que no es cierto que todos los servicios —que no sean, por tanto, obras ni suministros— encajen en los servicios de la Directiva 2014/24/UE, pues junto a los que son concesiones existen otros que no encuentran en el campo de actuación de ninguna de las dos directivas ni de la LCSP.

<sup>44</sup> Téngase en cuenta que el criterio del riesgo operacional es el empleado a tales efectos por la oficina Eurostat.

concesiones de servicios y la reticencia de algunos países a someterlas a las mismas reglas que el resto de contratos<sup>45</sup>, ha optado por un aparente trato diferenciado de estas —aunque similar—, junto a la idea de que al transferirse el riesgo operacional carecerá de interés transfronterizo si no se trata de una cuantía elevada, siendo, por último, posible que ese criterio económico utilizado por la oficina Eurostat se considerara también más práctico. Aunque, a mi juicio, y atendiendo a la calificación que se viene dando en la práctica a los contratos, tal y como puede comprobarse en la plataforma de contratación pública del Estado, poca virtualidad tendrá a tales efectos, pues la aplicación de la LCSP en este aspecto no se está ajustando a lo que la norma establece<sup>46</sup>.

#### IV. LA ELECCIÓN DE UNA MODALIDAD U OTRA Y SUS CONSECUENCIAS

Una vez establecido y dilucidado cuándo se está en abstracto ante un contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía y cuándo ante una concesión de servicios, es preciso, aunque sea mínimamente, conocer cómo debe elegirse entre una u otra categoría, así como la trascendencia de esa elección.

Por lo que a la primera cuestión se refiere, muy brevemente, a mi juicio, de la misma manera que la supuesta libertad de elección entre la gestión directa y la indirecta no es tal, dado que la Administración debe optar por la que sea mejor para prestar el servicio —y no solo desde un punto de vista económico, sino de calidad y condiciones del servicio—<sup>47</sup>, tampoco es libre para elegir dentro de la gestión indirecta entre un contrato de concesión de servicios y un contrato de servicios, sino que habrá de analizar en el procedimiento oportuno y motivadamente cuál de las dos figuras contractuales es más adecuada al caso concreto, atendiendo para ello a un concepto muy relevante en la toma de decisiones de carácter discrecional como es la buena administración<sup>48</sup>, que

---

<sup>45</sup> Con especial ímpetu Francia.

<sup>46</sup> A modo de ejemplo, podemos encontrar licitaciones en que se omite la calificación concreta de la prestación, probablemente porque se desconozca con exactitud si se transfiere el riesgo operacional o no. De otro lado, en el propio buscador se encuentra la categoría de «gestión de servicios públicos», sin embargo, la misma dista de incluir realmente supuestos de servicios públicos, pues muchos de ellos, valga de ejemplo, los servicios de cafetería, son servicios al público, pero no servicios públicos.

<sup>47</sup> Debe tenerse en cuenta además la tendencia seguida por un sector importante de la doctrina en cuanto a la idea de Estado garante, más que prestador.

<sup>48</sup> En cuanto a la importancia de la buena administración en el ejercicio de las potestades discretionales, véase R. Bousta (2019), «Pour une approche conceptuelle de la notion de bonne administration», *Revista Digital de Derecho Administrativo*, 21, págs. 23-45.

además se recoge de forma expresa en la propia LCSP<sup>49</sup>. A tales efectos, y muy brevemente, habrá de seguir un procedimiento, no rebasar ciertos límites, cumplir con las obligaciones jurídicas de buena administración y atender a ciertas orientaciones, de tal modo que la decisión final adoptada sea la mejor para la consecución del interés general y, en concreto, para la mejor gestión de los servicios públicos<sup>50</sup>.

De otro lado, esta elección implica consecuencias relevantes de régimen jurídico. Precisamente por ello resulta importante previamente distinguir entre el régimen jurídico del contrato y el régimen jurídico del servicio público —objeto del contrato—. En efecto, esta diferenciación se encuentra perfectamente perfilada en el modelo francés, por lo que a los servicios públicos locales se refiere, no casualmente, pues no debe olvidarse que es en dicho ámbito donde se concentran especialmente los servicios públicos clásicos, como puede comprobarse en nuestra Ley de Bases de Régimen Local, particularmente en su art. 26.

Y aquí es donde discrepo del legislador, pues considero que hubiera sido más correcto establecer unas reglas comunes a los servicios públicos, se encomiende su gestión vía contrato de servicios o vía concesión de servicios, pues tal aspecto, que difiere por un criterio meramente económico, no puede tener repercusión en los servicios públicos. Eso precisamente es lo que motivó que se incluyeran una serie de reglas en el art. 312, denominándolas «especialidades» de los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a la ciudadanía, eludiendo de un lado la mención expresa a los servicios públicos y, de otro, sin que esas espe-

---

<sup>49</sup> A este respecto, y por cuestión de espacio, cabe remitirse a lo dicho en Menéndez Sebastián (2020), o (2019), «La apuesta europea por una buena administración: implicaciones y estado de la cuestión», en P. Andrés Sáenz de Santa María (dir.), *Una contribución a la europeización de la ciencia jurídica. Estudios sobre la Unión Europea. Homenaje de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo al Profesor Gil Carlos Rodríguez Iglesias* (págs. 613-629), Cizur Menor: Thomson Reuters.

<sup>50</sup> En relación con el propio concepto de buena administración y todo lo que ello conlleva, véanse, entre otros, J. Ponce Solé (2001), *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Valladolid: Lex Nova; del mismo autor (2016), «La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración», *REDA*, 175, págs. 57-84; o (2019), *La lucha por el buen gobierno y el derecho a una buena administración mediante el estándar jurídico de diligencia debida*, Alcalá de Henares: Cuadernos Democracia y Derechos Humanos; B. Tomás Mallén (2004), *El derecho fundamental a una buena administración*, Madrid: INAP; J. Tornos Mas (2007), *El derecho a una buena administración*, Barcelona: Sindicatura de Greuges de Barcelona; J. Rodríguez-Arana (2013), «La buena Administración como principio y como derecho fundamental en Europa», *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, 6, págs. 23-56; o E. Gamero Casado (coord.) (2014), *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y del derecho a la buena administración*, Valencia: Tirant lo Blanch.

cialidades —que se deben evidentemente a la particularidad del objeto de esos contratos—, sean exactamente idénticas a las establecidas en la propia LCSP para las concesiones de servicios cuando su objeto es un servicio público. A mi juicio, hubiera sido más correcto seguir en esto el modelo francés, es decir, mantener las reglas propias de los servicios públicos —que son aplicables a la gestión de los mismos, se opte por una u otra vía—, y que bien podría haberse hecho en la propia LCSP o, incluso, en la LBRL —así el país vecino lo hace en el Código de Entidades Locales<sup>51</sup>—.

Es más, la propia LCSP en su preámbulo asume que se trata de los mismos servicios públicos y que esa es la razón por la que se incluyen las reglas del art. 312, puesto que el régimen jurídico debe ser el mismo. Sin embargo, como se verá, esa loable finalidad no se cumple correctamente, pues existen diferencias<sup>52</sup>, algunas de ellas con trascendencia práctica. Sin olvidar que, como ya se ha dicho, una cuestión distinta es el régimen del contrato, que en efecto difiere en uno y otro caso, pero que tampoco es baladí.

Sin ánimo exhaustivo, cabe mencionar alguna de esas disfuncionalidades, así, por ejemplo, una diferencia sustancial es la que se refiere a la regulación armonizada, dado que el umbral en ambos casos difiere considerablemente<sup>53</sup>. Como ya en cierto modo he indicado, la posible explicación a esa diferencia es que precisamente si el riesgo operacional se transfiere al concesionario, el contrato puede resultar menos atractivo para las empresas, de tal modo que esto podría justificar que solo contratos de cuantías elevadas adquieran interés transfronterizo.

De otro lado, en relación con la duración, no debe perderse de vista que la regla general de las directivas, tanto en uno como en otro tipo de contratos, es la de los cinco años, si bien no es menos cierto que la LCSP ese plazo lo establece como límite máximo en los contratos de servicios, aunque incluyendo la excepción —precisamente pensando en los supuestos del art. 312—, de fijar un plazo de duración superior cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y estas no sean susceptibles de utilizarse en el resto de la actividad productiva del contratista o su utilización fuera antieconómica, siempre que la amortización de dichas inversiones sea un coste relevante en la prestación del servicio, circunstancias que deberán

---

<sup>51</sup> En particular en el Libro IV dedicado a los servicios públicos locales y, especialmente, los arts. L1410-1 y siguientes.

<sup>52</sup> Como bien pone de manifiesto A. Fortes Martín (2019), «El (nuevo) contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía, ¿consolidación o disrupción del contrato de servicio público?», *RGDA*, 52.

<sup>53</sup> Así, mientras los contratos de servicios se someten a regulación armonizada, a partir de los 144 000 euros, los 221 000 euros o los 750 000, según los casos, por el contrario, los contratos de concesiones de servicios no alcanzan la regulación armonizada si no superan los 5 548 000 euros.

ser justificadas en el expediente de contratación con indicación de las inversiones a las que se refiera y de su período de recuperación<sup>54</sup>.

Sin embargo, en el caso de las concesiones de servicios, los límites máximos en la LCSP se cifran en los cuarenta, veinticinco y diez años. Si bien, insisto que no debe olvidarse que la regla general de las directivas es la de los cinco años, a la que la propia ley alude, es más, esta establece que las concesiones tendrán un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto, y que de superar este los 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. Lo que, de otro lado, debe establecerse de tal modo que no excluya el riesgo operacional.

Otra diferencia en la regulación la podemos encontrar en cuanto a la remuneración y la naturaleza de la misma. Y es que, mientras la ley deja claro para las concesiones que las contraprestaciones económicas pactadas se denominarán tarifas y tendrán la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario<sup>55</sup>, nada específica el art. 312 en cuanto a los contratos de servicios a través de los cuales se gestionen servicios públicos. Si bien dicha ausencia ha venido a ser cubierta por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado<sup>56</sup>, quien ha entendido que debe aplicarse la misma regla, por cuanto, no olvidemos que se trata de dos modalidades de gestión indirecta de los mismos servicios públicos, que según establece la propia norma en su preámbulo deberían gozar del mismo régimen jurídico<sup>57</sup>.

De otro lado, debe tenerse en cuenta que, al no haber previsión específica en el art. 312 en los contratos de servicios, debe acudir a las reglas contenidas en el resto de preceptos que la norma establece para esta categoría, es decir, no olvidemos que el 312 lo que fija es una serie de especialidades a tomar en consideración cuando los contratos de esta categoría implican gestión de servicios públicos, fuera, por tanto, de dichas especialidades, las normas aplicables son las comunes

---

<sup>54</sup> A tales efectos la propia ley establece que el concepto de coste relevante en la prestación del servicio será objeto de desarrollo reglamentario.

<sup>55</sup> Véase a este respecto, entre otros, J. Tornos Mas (2018), «La tarifa como forma de retribución de los concesionarios de servicios de la Ley 9 /2017, de Contratos del Sector Público», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, págs. 14-19; o desde otro punto de vista, R. Falcón y Tella (2018), «Las tarifas que abonan los usuarios de un servicio público como prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias», *Revista Quincenal Fiscal*, 5.

<sup>56</sup> En concreto en el expediente 53/2018.

<sup>57</sup> Nuevamente se insiste que es fundamental entender que una cuestión es el régimen del contrato y otra la del servicio público que se presta a través del mismo.

a los contratos de servicios, es decir, en este caso, las contenidas en el art. 309 en cuanto se refiere a la determinación del precio. Aunque la JCCP del Estado hace una extensión de la previsión contenida para las concesiones, lo que, a mi juicio, puede acabar haciendo en otras cuestiones.

De otro lado, en cuanto la cuestión de la remuneración indicada, bien es cierto que la LCSP reconoce las denominadas concesiones frías, por cuanto en su art. 289.1 establece la doble posibilidad de ser retribuido el concesionario directamente de los usuarios o de la propia Administración, pero, como ya se ha advertido, no es menos cierto que en todo caso habla de una retribución fijada «en función de su utilización», lo que parece vincular el riesgo operacional al de demanda, olvidando el de suministro.

Otra de las cuestiones en que el régimen jurídico no es exactamente coincidente en ambos casos, y que además puede tener relevancia en la propia prestación del servicio, es la regulación de la modificación y, en particular, del mantenimiento del equilibrio económico del contrato, que en el caso de los contratos de servicios carecen de mención específica, mientras que para las concesiones el art. 290 sí regula la cuestión. Además, cuando hablamos, como es el caso, de servicios públicos, parece que ese equilibrio adquiere incluso mayor relevancia por la necesidad de continuidad de los mismos y del principio de remuneración suficiente<sup>58</sup>.

El citado precepto en cuestión prevé tanto la posibilidad de modificar las características del servicio contratado como las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, eso sí, únicamente por razones de interés público y en determinados casos<sup>59</sup>. De otro lado, establece aquellos supuestos en que deberá restablecerse el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda, aludiendo en particular a tres supuestos, a saber, cuando la Administración realice una modificación a las que me acabo de referir; 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; así como cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Otra diferencia radica en el ámbito de aplicación del recurso especial en materia de contratos<sup>60</sup>, puesto que en el caso de las concesiones sí se incluyen en dicho

---

<sup>58</sup> A este respecto cabe remitirse a lo dicho en relación con la sentencia del TS de 30 de octubre de 1995.

<sup>59</sup> En particular, cuando concurran las circunstancias previstas en la subsección 4.ª de la sección 3.ª del capítulo I del título I del libro segundo de la presente ley.

<sup>60</sup> Como ya lo ha indicado X. Lazo Vitoria (2019), «Contratos de servicios de régimen común y los que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Su virtualidad para la prestación de servicios públicos», en J. M. Martínez Fernández (coord.), *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL* (págs. 710-736), Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos.

campo de actuación los acuerdos de rescates, mientras que nada se dice en cuanto a los contratos de servicios<sup>61</sup>.

De otro lado, hay que plantearse si alguna de las diferencias en el régimen del contrato puede implicar consecuencias en el servicio, por ejemplo, la duración, la posible ampliación como reequilibrio del contrato de concesión, etc.

No obstante, las divergencias entre ambas figuras no se limitan a lo que podría considerarse el régimen jurídico del contrato, sino también se extienden o producen en el propio régimen del servicio público, a las reglas que han de regir el mismo, lo que aún se justifica en menor medida, sobre todo si tenemos en cuenta que el propio preámbulo de la ley entiende que dicho régimen ha de ser común.

En efecto, las especialidades contenidas en el art. 312 para los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a la ciudadanía no son absolutamente coincidentes con las que a lo largo de los arts. 284 a 294 se establecen para las concesiones de servicios que impliquen gestión de servicios públicos.

Así, la primera regla del art. 312 se refiere a la *publicatio* y, por ende, delata ya claramente que dicho precepto se circunscribe a los servicios públicos, cuestión esencial a mi juicio, como ya he dicho, para distinguir un servicio público de un servicio al público. A esta cuestión se refiere en similares o idénticos términos el art. 284.2 relativo a las concesiones.

Sin embargo, la primera diferencia la encontramos ya en las obligaciones generales del contratista a que se refiere el art. 312, b) y que se encuentran en diversos preceptos para las concesiones. Me interesa, no obstante, mencionar ahora dos. En primer lugar, que dentro de estas para el concesionario se encuentra la obligación de continuar prestando el servicio hasta el nuevo contrato, una vez que se ha producido el cumplimiento del mismo. Esa regla, importante a mi juicio, no es exactamente la establecida en el art. 29.4 para los contratos de servicios, dado que lo que establece dicho precepto es que cuando al vencimiento de un contrato no se hubiera formalizado uno nuevo 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.

No se trata además de un asunto baladí, pues no es infrecuente, y bien lo saben los órganos consultivos, que ante la tesitura de continuar con la prestación de un servicio no habiendo mediado los requisitos a que alude el art. 29.4 —y con la salvedad excepcional que permite la JCCP del Estado<sup>62</sup>—, se acabe

<sup>61</sup> En particular el art. 44.2, f) habla de los acuerdos de rescate de concesiones.

<sup>62</sup> En su informe 73/2018, y dependiendo de la naturaleza del servicio.

acudiendo en muchos casos a prórrogas ilegales que, por ende, enmascaran realmente una nueva adjudicación sin procedimiento y, en consecuencia, para el pago de las facturas ante el reparo de los interventores, se acaba teniendo que anular esa adjudicación tácita vía revisión de oficio y aplicando el art. 42 de la LCSP para pagar al contratista<sup>63</sup>. Vía que entiendo que no es necesaria en el caso de las concesiones, pues el propio art. 288 establece la obligación de continuar la prestación del servicio.

Otro aspecto previsto de forma similar es el de la inembargabilidad de los bienes afectos a los servicios aquí regulados, es decir, afectos a un servicio público<sup>64</sup>. De forma análoga también se prevén en ambos casos los poderes de policía de la Administración<sup>65</sup>.

Por el contrario, en cuanto al secuestro o intervención, para los contratos de servicios se establece solo en aquellos casos en que 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; mientras que para la concesión de servicios además de ese supuesto se prevé también esta figura cuando dicha situación se debe a causas ajenas al concesionario<sup>66</sup>.

Otra diferencia a la que ya se ha hecho alusión, que a mi juicio no tiene sentido y que responde a un problema común, por más que inicialmente se originase en el ámbito de los contratos de servicios —por ser estos precisamente de carácter instrumental—, es la previsión del art. 312, f), que carece de mención similar en las concesiones. En este caso, se prevén una serie de medidas con la intención de evitar la confusión de plantillas de la Administración y de la empresa contratista, como resulta evidente para eludir las consecuencias de una reclamación de integración de ese personal a la conclusión del contrato. No obstante, como he dicho, entiendo que son necesarias las mismas cautelas en las concesiones, más cuando es claro que algunos servicios pueden ahora ser contratados por una u otra vía. Y es que si bien los de carácter instrumental solo pueden articularse vía contrato de servicios, no es menos cierto que algunos servicios públicos —e incluso, ciertos servicios al público, como, por ejemplo, el de cafetería, que, no obstante, quedan fuera de la regla del art. 312, f), lo que tampoco se entiende—, pueden encomendarse a través de una concesión de servicios, y han generado problemas similares y se les ha aplicado —con mayor o menor fortuna— la doctrina del TS en cuanto a cesión ilegal/subrogación de trabajadores<sup>67</sup>.

---

<sup>63</sup> En relación con este tema cabe remitirse a lo dicho en E. M<sup>a</sup>. Menéndez Sebastián (2020), «La contratación verbal irregular. ¿Un viejo problema con nuevas soluciones?», *CEF-Legal*.

<sup>64</sup> Arts. 312, c) y 291.3 de la LCSP.

<sup>65</sup> Arts. 312, e) y 287.2 de la LCSP.

<sup>66</sup> Arts. 312, d) y 291.3 de la LCSP.

<sup>67</sup> Véase lo dicho al respecto en Menéndez Sebastián (2018).



Finalmente, tampoco se comprende la razón por la cual la letra g) del art. 312, en cuanto a las causas de resolución de estos contratos, se remite a las contenidas en las letras c), d) y f) aplicables a las concesiones, y que, en concreto, se refieren al rescate, supresión del servicio, secuestro e intervención, sin que se incluya, por ende, la imposibilidad de la explotación del servicio, contenida en la letra e). Exclusión que no parece tampoco justificada.

## V. CONCLUSIÓN

Muy brevemente, cabe concluir que por efecto de la transposición, casi mimética, que ha hecho la LCSP de las directivas de contratos de 2014, se ha dado un giro de gran trascendencia en la categorización de nuestras figuras contractuales, que ha tenido repercusión especialmente en el contrato de servicios. El mismo ha abandonado su clásico carácter instrumental para ampliar su espectro de actuación de forma considerable. Así, no solo se extiende a las necesidades internas de la Administración —vocación con la surgió—, sino que incluye también la prestación de servicios al público e, incluso, de servicios públicos, siempre que no se traslade el riesgo operacional al contratista.

Esta opción —que no era la única—, más apegada a la normativa comunitaria que a nuestra propia tradición, conlleva, no obstante, no solo importantes consecuencias en las modalidades contractuales, sino y lo que incluso es más importante, a mi juicio, en una de las instituciones más relevantes de nuestro derecho administrativo, como es el servicio público; pues actualmente cabe la gestión indirecta de estos servicios públicos no solo a través de las concesiones sino también del contrato de servicios, por no mencionar las particularidades de la llamada acción concertada a la que la propia LCSP deja la puerta abierta.

A mi juicio, esto ha implicado una importante confusión y solapamiento de la tipología contractual. Pero quizá la mayor trascendencia se produce en cuanto a que esa confusión implica también divergencias y distorsiones en el régimen jurídico aplicable a los servicios públicos, por lo que, al menos, entiendo que hubiera sido más correcto, en línea con el modelo francés —referente para el nuestro en ambas instituciones: contratos administrativos y servicios públicos—, distinguir lo que es la tipología y el régimen jurídico de los contratos —en una u otra modalidad— del régimen jurídico del servicio público, que ha de ser común en aras de que no repercuta en la prestación de los mismos a los ciudadanos.

