



---

# Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

## El Contrato Administrativo de Concesión

Presentado por:

*Teresa Blanco Pozo*

Tutelado por:

*José Carlos Laguna de Paz*

*Valladolid, 25 de julio de 2024*

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	2
<b>PALABRAS CLAVE</b> .....	2
<b>ABREVIATURAS</b> .....	3
<b>1 INTRODUCCIÓN</b> .....	4
<b>2 DELIMITACIÓN</b> .....	5
2.1 Delimitación positiva.....	5
2.2 Riego operacional.....	7
2.3 Diferencias entre el contrato de concesión de servicios y el contrato prestación servicios a los ciudadanos .....	12
<b>3 MODALIDADES</b> .....	18
3.1 Contrato de concesión de obras.....	18
3.2 Contrato de concesión de servicios .....	21
3.3 Contrato de concesión de servicios públicos .....	23
3.4 Contratos mixtos .....	25
<b>4 PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN</b> .....	26
4.1 Preparación: en particular, el estudio de viabilidad.....	26
4.2 Adjudicación: en particular, criterios de adjudicación .....	30
<b>5 EJECUCIÓN DEL CONTRATO</b> .....	35
5.1 Ejecución conforme a la ley y lo pactado .....	35
5.2 Distribución de riesgos .....	38
<b>6 EXTINCIÓN</b> .....	42
6.1 Cumplimiento del contrato .....	42
6.2 Extinción por resolución .....	43
<b>7 CONCLUSIONES</b> .....	47
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	50

## **RESUMEN**

Los contratos de concesión son una modalidad de contratos administrativos entre el poder adjudicador o entidad adjudicadora y una empresa privada, en virtud del cual el órgano de contratación confiere el derecho de explotación de obras o servicios al concesionario durante un tiempo determinado y debe implicar la transferencia del riesgo operacional.

En este trabajo se plantea un análisis exhaustivo de todo el procedimiento de contratación desde los actos preparatorios, hasta la extinción del contrato, así como de la delimitación de dichos contratos y sus características más relevantes y diferenciadoras con respecto a otros contratos del sector público.

## **PALABRAS CLAVE**

Concesión, contrato, servicios, obras, concesionario, riesgo operacional, público.

## **ABSTRACT**

Concession contracts are a kind of administrative contracts amongst the contracting authority or the contracting entity and a private company, by virtue of what the contracting entity grants the right to exploit works or services to the concessionaire during a certain period of time and it must involve the transfer of the operating risk.

This paper provides an exhaustive analysis of the entire contracting procedure, from the preparatory acts to the termination of the contract, as well as the delimitation of these contracts and their most relevant differentiating features regarding other contracts from the public.

## **KEYWORDS**

Concession, contract, services, works, concessionaire, operating risk, public.

**ABREVIATURAS**

<b>Art</b>	Artículo
<b>CC</b>	Código Civil
<b>LH</b>	Ley Hipotecaria
<b>LPAC</b>	Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
<b>LSCP</b>	Ley de Contratos del Sector Público
<b>PCAP</b>	Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares
<b>PLACSP</b>	Plataforma de Contratación del Sector Público
<b>PPT</b>	Pliego de Prescripciones Técnicas
<b>PYME</b>	Pequeñas y Medianas Empresas
<b>TFUE</b>	Tratado Fundacional de la Unión Europea
<b>TJUE</b>	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<b>TRLCSP</b>	Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público

## 1 INTRODUCCIÓN

En los últimos años la mayoría de las reformas en materia de contratos de concesión son consecuencia de novedades procedentes de la Unión Europea. Por ello, la actual Ley reguladora de los Contratos del Sector Público en general, y de los contratos de concesión en particular, la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, es el resultado de la trasposición de la Directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. Dichas directivas fueron traspuestas al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 30/2007 que posteriormente fue sustituida por el TRLCSP 3/2011.

Desde el año 2017 con la Ley actual, los contratos administrativos de concesión tienen una nueva delimitación. Desaparece la figura del contrato de gestión de servicios públicos y surge el contrato de concesión de servicios, que se une a la categoría de concesiones a la que ya pertenecía el contrato de concesión de obras. Dicha delimitación se refiere principalmente a que estos contratos solo se calificarán como contratos de concesión si el riesgo operacional es asumido por el concesionario.

En virtud de estos contratos la Administración encomienda al concesionario la prestación de un servicio tanto de su competencia como de su titularidad (contrato de concesión de servicios), así como la construcción de una obra teniendo como contraprestación el derecho a explotarla durante un periodo de tiempo determinado, con la posibilidad de que vaya acompañado de un precio (contrato de concesión de obras).

Este trabajo pretende ofrecer una visión comprensiva de los contratos administrativos de concesión, explorando sobre su evolución legislativa, delimitación, finalidad, los derechos y obligaciones de las partes que lo conforman, así como una interpretación y estudio de las fases del procedimiento de contratación: preparación, adjudicación, ejecución y extinción.

## 2 DELIMITACIÓN

### 2.1 Delimitación positiva

Según el artículo 12 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP), deberán calificarse de acuerdo con los artículos 12 a 18 de dicha Ley “*los contratos de obras, concesión de obras, concesión de servicios, suministro y servicios que celebren las entidades pertenecientes al sector público*”.

“*Los contratos del sector público podrán estar sometidos a un régimen jurídico de derecho administrativo o de derecho privado*” (art. 24 LCSP), pero siempre que se celebren por una Administración Pública, los contratos de concesión de obras y los contratos de concesión de servicios tendrán carácter administrativo<sup>1</sup>.

La influencia comunitaria tiene un gran peso en los países miembros, lo cual se ve reflejado en que desde la Ley 30/2007 de Contratos del Sector Público, la legislación española haga referencia y distinción con respecto de los contratos que están armonizados y sometidos a modificaciones desde Europa, de los que únicamente se rigen por el Derecho estatal. La LCSP, en sus artículos 19 a 23, establece cuáles son los contratos que están sujetos a una regulación armonizada y entre ellos están las concesiones.

El concepto de concesión se desprende del artículo 5 de la Directiva 23/2014/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión (en adelante, Directiva 2014/23/UE). Las características fundamentales de los contratos de concesión, entendiendo por estos de obras y servicios, son las siguientes:

- 1- Deberá tratarse de un contrato oneroso.
- 2- Tendrá que celebrarse por escrito.
- 3- En virtud del contrato, uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían a uno o varios operadores económicos:
  - la ejecución de obras, en el caso de concesiones de obras
  - la prestación y gestión de servicios, en el caso de concesiones de servicios
- 4- La contrapartida deberá consistir en una de estas dos opciones:

---

<sup>1</sup> Art. 25 LCSP.

- el derecho a explotar:
  - obras objeto del contrato, en el caso de concesiones de obras
  - servicios objeto del contrato, en el caso de concesiones de servicios.
- El derecho a explotar en conjunción con un pago.

5- Este contrato deberá implicar que se transfiera al concesionario el riesgo operacional derivado de este, tanto el riesgo de demanda como el riesgo de suministro, de manera individual o conjunta, entendiéndose que habrá tal riesgo operacional cuando no se garantice que dentro de las condiciones normales de funcionamiento sea posible cubrir todos los costes derivados de la explotación del objeto de la concesión, así como cuando no se garantice en tales condiciones normales que sea posible recuperar las inversiones que hayan sido realizadas<sup>2</sup>.

De esta definición se desprende una clara distinción con el resto de los contratos. La concesión atribuye al contratista un derecho a cobrar de los usuarios tarifas o peajes por el hecho de recibir un servicio o utilizar las obras y el concesionario adquiere la responsabilidad de la explotación en su totalidad, asumiendo responsabilidades en materia de gestión, financiera y elementos técnicos, así como implantar infraestructuras o realizar las inversiones necesarias<sup>3</sup>.

*“La concesión administrativa es un contrato en virtud del cual la Administración encomienda al contratista:*

- *la prestación de un servicio de su competencia (concesión de servicios)*
- *o titularidad (concesión de servicios públicos)*
- *o la construcción de una obra previendo como retribución el derecho a explotarla durante un tiempo (concesión de obras)”<sup>4</sup>*

La LCSP hace referencia a la delimitación de los tipos de contratos del sector público en la sección primera del capítulo 2 del título preliminar, en concreto, en los artículos 14 y 15

---

<sup>2</sup> Artículo 5 Directiva 2014/23

<sup>3</sup> MUÑOZ MACHADO, S. (2018). Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo XIII: Contratos del sector público (Vol. 13). Boletín Oficial del Estado. Pág. 39.

<sup>4</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 965.

hace referencia a esta delimitación de los contratos de concesión, contratos objeto de este trabajo.

El artículo 14 de la LCSP indica el objeto de los contratos de concesión de obras, entendiéndose por este “*la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a las que se refiere el artículo anterior, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquel consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra en el sentido del apartado cuarto siguiente, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio*”.

Según el artículo 15 de la LCSP. “*El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.*”

No podrán ser objeto de contrato de concesión los bienes de dominio público, los bienes patrimoniales que no sean los que recoge el artículo 14 de la LCSP, “*los contratos de compraventa, donación, permuta arrendamiento y demás negocios jurídicos análogos sobre bienes inmuebles valores negociables y propiedades incorpóreas, a no ser que recaigan sobre programas de ordenador y deban ser calificados como contratos de suministro o servicios*” (art. 9 LCSP).

## 2.2 Riesgo operacional

Desde el año 2010, la Estrategia Europa 2020<sup>5</sup> ha marcado la dirección de la política europea con la finalidad de resurgir de la crisis y en ella la contratación pública tiene un papel fundamental, puesto que se considera como un instrumento importante, y en concreto los

---

<sup>5</sup> “La estrategia Europa 2020 tiene por objeto garantizar que la recuperación económica de la Unión Europea (UE) después de la crisis económica y financiera reciba el apoyo de una serie de reformas para construir unas bases sólidas para el crecimiento y la creación de ocupación en la UE hasta 2020. Al mismo tiempo que hace frente a las debilidades estructurales de la economía y los asuntos económicos y sociales de la UE, la estrategia también tiene en cuenta los desafíos a más largo plazo que suponen la globalización, la presión sobre los recursos y el envejecimiento”. (07.02.2017) *Europa 2020: la estrategia de la Unión Europea para el crecimiento y la ocupación*. <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/europe-2020-the-european-union-strategy-for-growth-and-employment.html#document1>.



contratos de concesión, para desarrollar el mercado interior mediante el aprovechamiento de competencias del ámbito privado y poder lograr una gran eficiencia e innovación<sup>6</sup>.

La Directiva 2014/23/UE explica en el considerando 18 que la interpretación del concepto de concesión ha dado lugar a una inseguridad jurídica y con ello, muchas sentencias del TJUE<sup>7</sup> pronunciándose al respecto.

Para solventar esto, la Directiva ha establecido que la concesión deberá definirse siguiendo el riesgo operacional, de tal manera que se entenderá que estamos ante un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios cuando el riesgo operacional se haya transferido al concesionario.

Dicho riesgo operacional debe suponer la posibilidad de que el concesionario no cubra los costes derivados de la explotación de las obras o de los servicios, ni recupere las inversiones, aunque parte del riesgo lo siga asumiendo la Administración. No obstante, la Directiva permite que se consideren contratos de concesión aquellos que están remunerados exclusivamente por la Administración si *“la recuperación de las inversiones y costes que hubiera satisfecho el operador para la ejecución de las obras o la prestación de los servicios depende de la demanda o del suministro efectivos de esos bienes o servicios”* (Considerando 18 Directiva 2014/23/UE).

Los artículos 14 y 15 de la LCSP que delimitan los contratos de concesión de obras y servicios respectivamente, establecen que *“el derecho de explotación deberá implicar la transferencia al concesionario del riesgo operacional”*.

Este derecho de explotación en materia de concesiones consiste en las facultades que otorgan al concesionario el poder de cobro sobre los usuarios que utilizan esos servicios u obras, pero este criterio no se puede considerar como único ni decisivo a la hora de delimitar el concepto de concesión, sino que debe interpretarse en el sentido de que la mayoría del riesgo de explotación debe asumirlo el concesionario<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Considerando 3. Directiva 2014/23/UE.

<sup>7</sup> *“Así lo reflejan tanto las Sentencias del Tribunal de Justicia de 7 de diciembre de 2000, Teleaustria y Telefonadress; de 21 de julio de 2005, Coname; de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen; de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant; y de 13 de abril de 2010, Wall AG”*. PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado.

<sup>8</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2018). El riesgo operacional en los contratos públicos locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 12, 129-164. Pág. 134.

Como indica la Directiva 2014/23/UE en el considerando 18: *“La característica principal de una concesión, el derecho de explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo operacional de carácter económico que supone la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador”*.

Así pues, el riesgo operacional consistirá en un riesgo de suministro o en un riesgo de demanda, o bien en ambos.

*“Debe entenderse por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato”*<sup>9</sup>. Este riesgo depende de elementos externos al contrato de concesión, ya que, *“alude al riesgo derivado de que un mayor o un menor número de usuarios utilicen la infraestructura o reciban el servicio explotado, aspecto del que deriva en todo o en buena parte, la remuneración que recibe el adjudicatario del contrato”*<sup>10</sup>. Se entiende que el riesgo de demanda hace referencia a una baja demanda, a que el concesionario recibe unos bajos ingresos debido a que no hay un gran número de usuarios que realicen el consumo, es decir, el riesgo de demanda se traduce en un sistema de retribución consistente en el cobro a los consumidores usuarios<sup>11</sup>.

Con respecto al riesgo de suministros, la Directiva no establece una definición específica. En el considerando en el que alude a las tipologías de riesgos que conforman el riesgo operacional establece que está formado por riesgo de demanda y riesgo de suministro o ambos, pero solo hace una definición del riesgo de demanda.

No obstante, indica que *“debe entenderse por riesgo de oferta el relativo al suministro 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”*<sup>12</sup>. De esta definición se entiende que el concepto de suministros y el de oferta son sinónimos, que tiene que ver con lo que se ofrece a los usuarios, lo que se pone a su disposición.

---

<sup>9</sup> Considerando 20. Directiva 2014/23/UE.

<sup>10</sup> VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016). La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General. In *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos* (p.5). Tirant lo Blanch. Pág. 121.

<sup>11</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Pág. 160.

<sup>12</sup> Considerando 20. Directiva 2014/23/UE.

Una vez analizados los riesgos que conforman el riesgo operacional y concluyendo con que dicho riesgo está compuesto por un equilibrio entre oferta y demanda, es importante definir cuáles son las características de dicho riesgo.

a) En primer lugar, se trata de un riesgo económico puesto que se refiere al que asume el concesionario al explotar la obra o servicio que implica la posibilidad de no recuperar las inversiones ni los costes<sup>13</sup>.

b) Tiene que existir una incertidumbre de que la explotación no sea rentable, de que el concesionario no recupere todo lo invertido<sup>14</sup>.

c) Los factores de los que se derive el contrato no pueden ser controlables por las partes, puesto que la Directiva establece que los riesgos que se vinculan a una mala gestión o a casos de fuerza mayor no determinan una concesión, puesto que ese tipo de riesgos están relacionados con cualquier contrato<sup>15</sup>.

d) El riesgo se expone a las incertidumbres del mercado, puesto que el riesgo lo conforman tanto el riesgo de demanda como el de oferta<sup>16</sup>.

e) Debe estar ligado al sistema de retribución del concesionario, puesto que a través de este se puede determinar si efectivamente el riesgo se transfiere o no<sup>17</sup>.

f) Aunque la condición esencial es que el riesgo se transfiera al concesionario, dicha transferencia no tiene por qué ser total, sino que puede verse limitada<sup>18</sup>.

Aplicando la teoría de la agencia<sup>19</sup> surgen varios criterios que deben aplicarse en las relaciones entre la Administración y el concesionario.

---

<sup>13</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Págs. 146 y 147.

<sup>14</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Pág. 147.

<sup>15</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Pág. 147.

<sup>16</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Pág. 148.

<sup>17</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Pág. 148.

<sup>18</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Pág. 150.

<sup>19</sup> “La Teoría de la Agencia (Jensen y Meckling, 1976) constata que en general existe una falta de concordancia de intereses entre principal y agente, debido a que el principal está interesado en que sea máximo el producto, utilidad o beneficios de la empresa -la maximización de los ingresos del principal-, mientras que el agente estará interesado en maximizar su renta personal -monetaria y no monetaria”. Manasliski, N., & Varela, L. (2009). Teoría de la agencia: evidencia empírica en firmas uruguayas. *Quantum: revista de administración, contabilidad y economía*, 4(2), 48-63. Pág. 49.

En primer lugar, si el concesionario puede influir en alguno de los riesgos componentes del riesgo operacional, es decir, riesgo de demanda o riesgo de suministro, en caso de que sea mediante la evitación de la materialización de dichos riesgos, el riesgo operacional debe transferirse en su mayoría al concesionario. Si, por el contrario, el concesionario no evita la materialización, sino que solo disminuye las consecuencias, será la Administración quien en su mayoría deberá asumir el riesgo operacional<sup>20</sup>.

Así mismo, en caso de que el objeto del contrato de concesión sea un servicio público esencial, es conveniente que sea la Administración quien asuma la mayoría del riesgo operacional, puesto que dichos servicios deben garantizarse a los ciudadanos. Si el servicio objeto del contrato es multidimensional también será conveniente que la Administración tenga el riesgo en mayor medida<sup>21</sup>.

Finalmente, otro criterio relevante en estas relaciones es que, si no es posible en los PCAP establecer la totalidad de las características relevantes de la prestación, es conveniente no transferir el riesgo de disponibilidad<sup>22</sup>.

Todos contratos administrativos deberán ejecutarse a “*riesgo y ventura del contratista*” (197 LCSP), pero es preciso diferenciar este riesgo del riesgo operacional característico de las concesiones.

El principio general riesgo y ventura hace referencia a la aleatoriedad del contrato, puesto que el contratista asume la responsabilidad en situaciones tanto si no es responsable de ellas como si media culpa, independientemente de que se concreten o no las expectativas de ambas partes en la ejecución del contrato<sup>23</sup>.

Por otro lado, el riesgo operacional es una solución objetiva y necesaria para la diferenciación de las concesiones con respecto a otros contratos y nunca deberá implicar la garantía de recuperación de invertido. Quedará por tanto prohibido el aseguramiento de unos

---

<sup>20</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Págs. 60 y 61.

<sup>21</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Págs. 60 y 61.

<sup>22</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Págs. 60 y 61.

<sup>23</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1033. FUENTES I GASÓ, J. R. (2022). El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución. *Revista catalana de dret públic*, (64), 18. Pág. 126.

beneficios con la ejecución de la concesión según el riesgo operacional, mientras que el hecho de asumir riesgo y ventura no debería<sup>24</sup>.

### **2.3 Diferencias entre el contrato de concesión de servicios y el contrato prestación servicios a los ciudadanos**

Entre las diversas consecuencias relevantes derivadas de la aprobación de la LCSP, destaca una nueva configuración en la gestión indirecta de los servicios. Con anterioridad a la Ley actual, dentro de las diferentes modalidades de contratos públicos estaba el contrato de gestión de servicios públicos. La supresión de dicho contrato ha dado lugar a la aparición de dos nuevos contratos: el contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a los ciudadanos y el contrato de concesión de servicios, teniendo como diferencia principal entre ambos el riesgo operacional que en las concesiones se transfiere al concesionario, e incorporándose este último a la categoría de concesiones a la que ya pertenecía el contrato de concesión de obras<sup>25</sup>.

En primer lugar, *“El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional”* (art. 15.1 LCSP). Es decir, el objeto de estos contratos será la prestación de un servicio. La Administración encomienda a una empresa privada la gestión de un servicio y deberá transferir el riesgo operacional al contratista.

Con esta nueva legislación no se establecen cambios relevantes en la regulación sustantiva, puesto que se mantiene firme en la antigua normativa de la concesión y solo amplía la delimitación del contrato de concesión estableciendo la obligación de que el riesgo operacional se traslade al contratista para que el contrato sea calificado como tal<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> FUENTES I GASÓ, J. R. (2022). El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución. *Revista catalana de dret públic*, (64), 18. Pág. 127.

<sup>25</sup> Preámbulo. IV. LCSP

<sup>26</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017) “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, 204. Pág. 43.

Por otro lado, aparece el contrato de servicios que conlleva prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Este contrato tiene una regulación específica en el artículo 312 de la LCSP, el cual, según el Preámbulo IV de la LCSP, ha sido introducido con el objetivo de mantener las antiguas normas del contrato de gestión de servicios.

No obstante, analizando la antigua regulación de los contratos de gestión de servicios públicos junto con los objetivos de la nueva LCSP recogidos en su Preámbulo IV y el artículo 312 de la Ley que regula esos nuevos contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de los ciudadanos, es apreciable que la LCSP en su preámbulo tiene la intencionalidad de mantener que el objeto del nuevo contrato recogido en el artículo 312 sean servicios públicos, pero en dicho artículo no se hace referencia ellos.

Por el contrario, en estos contratos el objeto consiste en la prestación de un servicio en general, entendiéndose que el objeto de esta nueva modalidad contractual abarca tanto los servicios públicos como los que carecen de tal consideración. Además, el contratista no asume ningún riesgo por disponer del derecho de explotación, y todo a cambio de un precio que le pagará la Administración<sup>27</sup>.

Se trata de contratos cuyas actividades están reservadas a los poderes públicos, y por ello es necesario establecer su régimen jurídico indicando expresamente que será la Administración quien asuma la actividad de que se trate (art. 312. a) LCSP).

Además, en estos contratos:

- el contratista asumirá obligaciones que son características de un gestor de servicios públicos. Deberá: *“prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso de la prestación económica fijada (...), cuidar de buen orden del servicio (...), indemnizar por daños que se causen a terceros (...)*” (art. 312 LCSP), todo lo cual está delimitado de la misma manera en el artículo 288 de la LCSP para las concesiones de servicios;
- los bienes afectos al servicio no podrán ser objeto de embargo (art. 321. c) LCSP), al igual que está regulada la prohibición de embargo de aquellos bienes afectos a la concesión (art. 291.3 LCSP);

---

<sup>27</sup> GARCÍA ROSA, M. (2018). El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 71, 91-100. Pág. 94.

- la Administración mantendrá los poderes de policía convenientes, al igual que así lo establece el artículo 261. i) de la LCSP para los contratos de concesión de obras y supletoriamente en los contratos de concesión de servicios; etc.

Es decir, presenta características muy similares al contrato de concesión de servicios, las cuales son expuestas con más detalle a lo largo de este trabajo.

El objeto de ambos contratos es el mismo, es decir, la prestación de servicios a los ciudadanos individualmente considerados, pudiendo ser los servicios tanto de titularidad de la Administración, como competencia de la Administración<sup>28</sup>.

En conclusión, parece evidente que la diferencia entre el contrato de servicios que conlleven prestaciones a la ciudadanía y los contratos de concesión de servicios radicará en la delimitación que establece la LCSP en su artículo 14<sup>29</sup>, reflejando la necesidad de haber una transferencia del riesgo operacional al contratista para calificar una concesión como tal especificando tanto el artículo 14.4 LCSP<sup>30</sup> como el artículo 15.2 LCSP, que el derecho de explotación en esta modalidad contractual deberá implicar dicha transferencia; puesto que en todo lo demás, ambos contratos presentan similitudes.

Por otra parte, considero preciso hacer referencia a los contratos de servicios analizando cuál es su delimitación con la LCSP y las consecuencias que han supuesto para estos contratos la incorporación de los contratos de concesión de servicios y los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a los ciudadanos, ya que, aunque se entiende que este último es una variante del contrato de servicios, no es muy preciso clasificarlos dentro de dicha categoría, puesto que presenta muchas más similitudes con el contrato de concesión de servicios a excepción de lo concerniente al riesgo operacional.

---

<sup>28</sup>LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Págs. 974 y 975

<sup>29</sup> Art. 14 LCSP “Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”

<sup>30</sup> Art. 14.4 LCSP “El derecho de explotación de las obras, (...) deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministros o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro 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.”

El TRLCSP del año 2011, en su delimitación de los tipos contractuales definía el contrato de gestión de servicios públicos como *“aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración o Mutua encomendante. Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria”* (art. 8 TRLCSP).

El contrato de gestión de servicios públicos consistía en una gestión indirecta del servicio que la Administración solicitaba a una empresa, dando lugar a una relación contractual entre Administración y empresario, y, por otro lado, surgía una relación directa regulada por la normativa del servicio que se prestaba entre el empresario y el usuario<sup>31</sup>.

Dicho contrato se diferenciaba de los contratos de servicios por la prestación, pero el contrato actual de concesión de servicios no se diferencia del contrato de servicios por ese carácter prestacional, sino por un criterio económico que se deriva del derecho de explotación que posee el concesionario, el cual implica la transferencia del riesgo operacional<sup>32</sup>.

Por otro lado, los contratos de servicios se definían como *“aquéllos 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 un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II.”* (art. 10 TRLCSP).

Actualmente la ley los establece 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. No podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.”* (art. 17 LCSP).

Ambos artículos son prácticamente idénticos salvo en dos aspectos. El primero de ellos se refiere a los servicios que se ejecutan por precio unitario y de forma sucesiva y, en segundo lugar, la lista en la que se recogían los servicios susceptibles de ser objeto en un contrato de concesión de servicios ha sido eliminada con la intención por parte de la Unión Europea de

---

<sup>31</sup> Preámbulo. IV. LCSP.

<sup>32</sup> GARCÍA ROSA, M. (2018). El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 71, 91-100. Pág. 94.



que todos los servicios queden sometidos a las Directivas, excluyendo así la clasificación sobre cuáles eran prioritarios y cuáles no. Todo ello da lugar a una gran amplitud del ámbito de aplicación de los contratos de servicios, ahora consistente también en una modalidad de gestión indirecta de servicios públicos, puesto que servicios que antes solamente eran objeto de contratos de servicios, ahora también podrán serlo en los contratos de concesión de servicios<sup>33</sup>.

Todas estas modificaciones, vigentes actualmente, han dado lugar a un debilitamiento de los contratos de servicios, ya que ahora la regulación no es tan precisa y los contratos que antes tenían la calificación de gestión de servicios, pero en los cuales no asume el riesgo operacional el empresario, pasan a ser contratos de servicios. Y en contraposición, los contratos cuyo objeto estaba determinado en el antiguo TRLCSP en el Anexo II, si el riesgo operacional lo asume el contratista, estaríamos ante un contrato de concesión.

Actualmente, al margen del riesgo operacional, el objeto de la prestación es una característica diferenciadora de los contratos de concesión de servicios y los contratos de servicios. En el caso de las concesiones de servicios, la finalidad consiste en satisfacer necesidades de los ciudadanos considerados de manera individual, directamente mediante la explotación de un servicio de titularidad o competencia de la Administración; mientras que en los contratos de servicios una empresa presta un servicio a la Administración sin ser los ciudadanos los destinatarios directos, aunque incidan indirectamente en los servicios que reciben<sup>34</sup>.

No obstante, solamente esta diferenciación para ambos contratos puede dar lugar a confusión y por ello hay que hacer referencia de nuevo a la nueva característica definitoria de los contratos de concesión, que es la transferencia del riesgo operacional al concesionario.

En conclusión, las modalidades actuales de contratos públicos en materia de servicios serán:

- Los contratos de concesión de servicios y los contratos de concesión de servicios públicos, en los que el concesionario asume el riesgo operacional.

---

<sup>33</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2020). El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos. *Revista de administración pública*, (212), 375-399. Págs. 382 y 382.

<sup>34</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017) “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, 204, págs. 64 y 65.

- Los contratos de servicios.
- Los contratos de servicios que conllevan prestaciones directas a la ciudadanía, los cuales, pese a aparentemente pertenecer a una modalidad de contrato de servicios, presentan características que en su mayoría coinciden con las propias de los contratos de concesión de servicios y se diferenciarán en base al riesgo operacional y tendrán por objeto servicios públicos y privados.

### 3 MODALIDADES

#### 3.1 Contrato de concesión de obras

El contrato de concesión de obras es un contrato administrativo, siempre que sea celebrado por la Administración<sup>35</sup>, y para poder llevarse a cabo deberán cumplirse dos requisitos.

En primer lugar, el concesionario debe comprometerse a la ejecución o realización de alguna obra<sup>36</sup>, así como a la restauración, reparación o mantenimiento de obras o elementos ya existentes.

Y, en segundo lugar, la contraprestación tiene que consistir o bien en el derecho de explotación con la transferencia del riesgo operacional, debiendo implicar que el concesionario no tiene asegurada la recuperación de los gastos e inversiones destinadas a lograr la ejecución del contrato, englobando dicho riesgo tanto el riesgo de demanda como el de suministro o solamente uno de ellos; o bien consistirá en el derecho de explotación junto con el derecho a recibir un importe<sup>37</sup>.

De estos requisitos se desprende en qué consistirá una concesión de obras:

- Realización de una obra, como puede ser la construcción de una autopista.
- Derecho de explotación sobre esa obra, lo que sería por ejemplo cobrar a los usuarios el peaje.

Este derecho de explotación y el riesgo operacional aparentemente implican derechos diferentes, puesto que el primero implica el “*derecho del concesionario a cobrar a los usuarios por la utilización de las obras o servicios*”<sup>38</sup>, mientras que el segundo hace referencia a que el concesionario asume el riesgo de demanda, el riesgo de suministros o ambos. El artículo 14.4 LCSP, al hacer referencia a cuándo se entiende que hay un derecho de explotación<sup>39</sup>,

---

<sup>35</sup> Art. 25.1 LCSP.

<sup>36</sup> “Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble. También se considerará «obra» la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del terreno o de su suelo, o de mejora del medio físico o natural.” (art. 13.2 LCSP)

<sup>37</sup> Art. 14.1 y 14.4 LCSP

<sup>38</sup> HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2018). El riesgo operacional en los contratos públicos locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 12. Pág. 134.

<sup>39</sup> “El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos.

directamente establece que *deberá implicar la transferencia al concesionario del riesgo operacional*. Es por ello por lo que, hablando de contrato de concesión de obras, debemos considerar que es necesario que haya una transferencia del riesgo operacional para que haya un derecho de explotación, ya que otra interpretación diferente, daría lugar a entender que puede haber un derecho de explotación en un contrato de concesión de obras sin transferencia del riesgo operacional y eso no podría llevarse a cabo tratándose de uno de estos contratos<sup>40</sup>.

Según esta definición, podemos entender que el concesionario en un contrato de concesión de obras deberá asumir todos los riesgos y tendrá permiso para administrarla durante varios años y así poder obtener ganancias.

Al margen de lo ya comentado, el objeto del contrato podrá consistir a mayores en *la adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material o bien en las actuaciones de reposición y gran reparación que sean exigibles en relación con los elementos que ha de reunir cada una de las obras para mantenerse apta a fin de que los servicios y actividades a los que aquellas sirven puedan ser desarrollados adecuadamente de acuerdo con las exigencias económicas y las demandas sociales* (art. 14.2 LCSP).

Estos contratos versan sobre el hecho de que haya una obra principal, pero puede darse la situación de que haya algunas otras que estén vinculadas a dicha obra principal. En estos casos la ley prevé que el concesionario también asuma todas las obligaciones pertinentes sobre estas obras accesorias si son imprescindibles para la realización de la obra principal. No obstante, si estas obras secundarias pueden explotarse o pueden dar lugar a algún rendimiento económico, será el concesionario quien se beneficiará de tales circunstancias de la manera establecida en los pliegos<sup>41</sup>.

El contrato de obras frente al contrato de concesión de obras tiene como diferencia principal que en el primero el contratista se encarga de realizar la obra y de entregarla a la Administración a cambio de un precio, mientras que, en el segundo, además de tener esa tarea de realizar la obra, durante un período de tiempo determinado el contratista la financiará

---

*Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y riesgo de suministro el relativo al suministro 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”* (art. 14.4 LCSP).

<sup>40</sup> MARTÍNEZ CALVO, J. (2018). EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: NOVEDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO. *Revista de Administración Pública*, (206). Pág. 325.

<sup>41</sup> Art. 14.3 LCSP.

y explotará y recibirá financiación por parte de los usuarios o de la Administración como compensación. De tal manera que se podría considerar que estos contratos son mixtos puesto que presentan caracteres tanto del contrato de obras públicas como del servicio público<sup>42</sup>.

Es decir, el objeto de ambos contratos es el mismo, la realización de la obra, pero en el contrato de concesión el concesionario asume tanto el riesgo operacional como el derecho de explotación<sup>43</sup>.

Históricamente el concesionario realizaba la explotación de la obra asumiendo todos los riesgos a modo de contraprestación por haberla construido. Posteriormente, con la nueva ley del 2017, es posible que el objeto de la concesión sea la propia explotación, lo que se desprende del artículo 14 de la LCSP, de tal manera que adquiere características propias del contrato de concesión de servicios, lo que da lugar a que el concesionario no tenga “*garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión*” (art. 14 LCSP)<sup>44</sup>. Esto se denomina transferencia del riesgo operacional y es una de las características principales de los contratos de concesión de obras y de los contratos de concesión de servicios como consecuencia de la trasposición de las Directivas Europeas en 2017, la cual se ve delimitada *en el artículo 14 de la LCSP* (IV. Preámbulo. LCSP).

Con respecto al procedimiento de contratación en las concesiones de obras, en primer lugar, el expediente de contratación deberá incluir: un “*estudio de viabilidad*” (art. 247 LCSP), un “*anteproyecto de construcción y explotación de las obras*” (art. 248 LCSP), “*proyecto de las obras*” (art. 249 LCSP) y un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares (art. 250 LCSP).

Uno de los elementos más relevantes es la necesidad de un estudio de viabilidad con la finalidad principal de justificar la obra y determinar si es posible garantizar la ejecución del contrato<sup>45</sup>. En caso de que sea suficiente, podrá realizarse un estudio de viabilidad

---

<sup>42</sup> Andrés, M. B. (2017). Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *Documentación Administrativa*.

<sup>43</sup> López Mora, M. (2017). Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades.

<sup>44</sup> Andrés, M. B. (2017). Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *Documentación Administrativa*.

<sup>45</sup> Art. 247 LCSP.

exclusivamente económico-financiera, pero deberá ir acompañado de un “*anteproyecto de construcción y explotación de la obra*” (art. 248 LCSP).

La ley también deja a potestad de la Administración la realización de dicho anteproyecto para aquellos casos en los que sea necesario debido a un elevado grado de complejidad<sup>46</sup>. Si las obras han sido “*definidas en todas sus características por la Administración concedente*” (art. 249.1 LCSP) no es necesario y directamente redactará y aprobará el proyecto de obras.

Finalmente, el contrato se adjudicará siguiendo las normas de la LCSP, se ejecutará a riesgo y ventura del concesionario y se extinguirá cuando concluya el plazo fijado.

### 3.2 Contrato de concesión de servicios

Al igual que el contrato de concesión de obras, el contrato de concesión de servicios, siempre que el órgano de contratación sea la Administración Pública, será un contrato administrativo.

El contrato de concesión de obras tiene una regulación más amplia y en caso de que sea compatible con la concesión de servicios, se aplicará de manera supletoria para todos aquellos aspectos no previstos en el Capítulo III del Título II del Libro II de la LCSP<sup>47</sup>.

*“El contrato de concesión de servicios es aquel en cuya virtud uno o varios poderes adjudicadores encomiendan a título oneroso a una o varias personas, naturales o jurídicas, la gestión de un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia, y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio. El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional”* (art. 15.1 LCSP). Es decir, el objeto de estos contratos será la prestación de un servicio.

La Administración deberá ser la titular o competente del bien, de tal manera, que el servicio objeto del contrato no podrá constar de una actividad reservada, que sería el caso de los contratos de concesión de servicios públicos, pero sí de su competencia, dando lugar a un amplio campo servicios que pueden ser objeto de una concesión, desde transporte escolar a piscinas públicas o instalaciones deportivas<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Art. 248 LCSP.

<sup>47</sup> Art. 297 LCSP.

<sup>48</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 971.

El derecho de explotación que se deriva de dichos servicios siempre debe implicar la transferencia del riesgo operacional, característica ya mencionada anteriormente y a lo largo de este trabajo puesto que es una de las principales novedades relevantes en materia de concesiones de la LCSP<sup>49</sup>.

La transferencia del riesgo operacional al concesionario hace que sea el contenido económico del contrato lo que le defina, no tanto su naturaleza prestacional como ocurría con el antiguo contrato de gestión de servicios antes de la ley de 2017, en la que el objeto del contrato era siempre un servicio público. De tal manera que cabe la posibilidad de que la gestión de un servicio público que no implica una transferencia del riesgo operacional sea objeto de un contrato de servicios y de que en los contratos de concesión de servicios el objeto del contrato no sea un servicio público<sup>50</sup>.

Con respecto al ámbito del contrato de concesión de servicios, según el artículo 284.1 de la LCSP, el servicio debe de ser siempre susceptible de *“explotación económica por los particulares”* y en ningún caso podrá implicar *“ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*.

Por consiguiente, no entrarían dentro de este ámbito los bienes colectivos puesto que no pueden ser propiedad de nadie y por lo tanto no pueden ser objeto de explotación económica, como es el caso del alumbrado de las calles. Tampoco podrá consistir la concesión del servicio en el trabajo que es competencia de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado<sup>51</sup>.

El contrato deberá prever una serie de prestaciones económicas a las que tiene derecho el concesionario. Dentro de estas deberá establecerse *“una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración”* (art. 289. 1 LCSP).

Normalmente son los usuarios quienes harán efectivo ese derecho de explotación a través de prestaciones patrimoniales de carácter público no tributarias<sup>52</sup>, tarifas que estarán pactadas y tienen la característica de no tributarias porque persiguen un interés general, no un interés

---

<sup>49</sup> Art. 15 LCSP.

<sup>50</sup> GARCÍA ROSA, M. (2018). El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 71. Pág. 94.

<sup>51</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017) “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, 204, pág. 49

<sup>52</sup> EL artículo 31 de la Constitución Española en su apartado 3, con el objetivo de evitar fraudes fiscales regula esta figura de contraprestación y establece que *“solo podrán establecerse prestaciones personales o patrimoniales de carácter público no tributarias con arreglo a la ley”*.

recaudador y por tanto no se consideran como tributos; o también a través de precios públicos, como es la entrada a una piscina municipal o a un museo, con el objetivo de cubrir los costes del servicio<sup>53</sup>.

A pesar de que, por norma general, son los usuarios quienes pagarán el servicio, puede ser que por motivos de interés general la Administración fije los precios en una cantidad insuficiente para cubrir los costes y deberá indemnizar al concesionario<sup>54</sup>.

Cuando la Administración modifique las tarifas por razones de interés público surge la obligación de proceder al restablecimiento del equilibrio económico y modificación del contrato.

Hasta la ley actual 9/2017, los contratos de concesión se distinguían de otros contratos por razón de su objeto. Cuando dicho objeto consistía en un servicio público se trataba de un contrato de gestión de servicios públicos, una categoría que englobaba varias modalidades contractuales, entre ellas la concesión<sup>55</sup>.

Actualmente los contratos de gestión han desaparecido y dentro de la categoría de concesiones, cuya característica diferenciadora es la asunción del riesgo operacional por parte del contratista, se encuentran los contratos de concesión tanto de obras como de servicios. De tal manera que los contratos de concesión podrán tener por objeto tanto servicios públicos como de otro tipo<sup>56</sup>.

### 3.3 Contrato de concesión de servicios públicos

Como tercera modalidad, es preciso hacer referencia a los contratos de concesión de servicios públicos. Con anterioridad a la ley 9/2017, la concesión de estos servicios era la única prevista legalmente. Lo conformaban tanto los servicios que eran exclusivos de la Administración, como los servicios no reservados, pero evidentemente de su competencia.

---

<sup>53</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 971.

<sup>54</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 971.

<sup>55</sup> FUENTES I GASÓ, J. R. (2022). El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución. *Revista catalana de dret públic*, (64), 18. Pág. 124.

<sup>56</sup> FUENTES I GASÓ, J. R. (2022). El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución. *Revista catalana de dret públic*, (64), 18. Pág. 124.



La división establecida eran los contratos de gestión de servicios que se calificaban como tal porque el objeto consistía en un servicio público, y los contratos de servicios por el contrario tenían por objeto otra tipología de servicios<sup>57</sup>.

Actualmente el contrato de servicios y el contrato de concesión de servicios, tanto públicos como de otro tipo, comparten el mismo objeto y se diferencian entre sí por el riesgo operacional, que en las concesiones tanto de servicios públicos como de otra naturaleza debe asumirlo el concesionario.

El objeto de estos tiene que consistir en servicios cuya titularidad corresponda a la Administración Pública y, previamente al procedimiento de contratación de la concesión de servicios, “deberá:

- *haberse establecido su régimen jurídico*
- *que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma*
- *determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados*
- *regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio” (art. 284.2 LCSP).*

Para poder prestar este servicio, las infraestructuras deberán ser de titularidad pública como por ejemplo el abastecimiento de agua, el cementerio, etc. Esta concesión “*suele llevar aparejada la concesión demanial del uso privativo de los bienes destinados al servicio” (2017, LAGUNA DE PAZ, J.C.)*<sup>58</sup>.

La LCSP estableció como novedad algunos artículos específicos para el caso de los contratos de concesión cuyo objeto sea un servicio público y un régimen jurídico general para los contratos de concesión de servicios.

De tal manera que, mientras la ley no especifique que un artículo es de aplicación para contratos de concesión de servicios expresamente, se entenderá que no surtirá efectos en concesiones que tengan por objeto servicios públicos. Pero esta interpretación daría lugar a que algunos artículos importantes como la prohibición de embargo de aquellos bienes afectos a la concesión (art. 291.3 LCSP), “*la modificación del contrato y mantenimiento de su equilibrio*

---

<sup>57</sup> PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado. Págs. 199 y 200.

<sup>58</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 972.

*económico*” (art. 290 LCSP) y también la demora en el pago cuando es superior a cuatro meses en cuyo supuesto el contratista tiene la opción de proceder a la suspensión del contrato (art. 198.5 LCSP); no se aplicaran a los contratos de concesión de servicios públicos. Por ello, ante lo dudosa que resulta la aplicación de la ley, en caso de un contrato de concesión de servicios públicos, la solución más eficiente es plasmar todas las características del contrato en el PCAP<sup>59</sup>.

### 3.4 Contratos mixtos

También es preciso hacer referencia a los contratos mixtos<sup>60</sup> recogidos en el artículo 18 LCSP. Estos solamente podrán celebrarse cuando las prestaciones sean complementarias y estén vinculadas, de tal manera que, el hecho de realizarlos de manera conjunta tiene la finalidad de dar respuesta a una necesidad determinada<sup>61</sup>.

En caso de que se dé un contrato mixto formado por un contrato de concesión de obras y un contrato de concesión de servicios, dependiendo de si las prestaciones son o no son separables, se actuará de diferente modo. En caso de que no sean “*separables se atenderá al carácter de la prestación principal*” (art. 18.1. b).1· LCSP). Si por el contrario son separables, cabe diferenciar dos situaciones: que sean “*separables y se decida adjudicar un contrato único, se aplicarán las normas relativas a los contratos de obras, suministros o servicios cuando el valor estimado de las prestaciones correspondientes a estos contratos supere las cuantías establecidas en los artículos 20, 21 y 22 de la LCSP; en otro caso, se deberán aplicar las normas relativas a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios*” (art. 18.1.b). 2· LCSP).

Finalmente cabe destacar que un contrato mixto que presente elementos tanto de una concesión de obras como de una concesión de servicios “*deberá acompañarse del correspondiente estudio de viabilidad y, en su caso, del anteproyecto de construcción y explotación de las obras previstos en los artículos 247, 248 y 285*” LCSP (art. 18.3 LCSP).

---

<sup>59</sup> GARCÍA ROSA, M. (2018). El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 71. Págs. 95 y 96.

<sup>60</sup> “*Se entenderán por contrato mixto aquel que contenga prestaciones correspondientes a otro y otros de distinta clase.*” Art. 18.1 LCSP.

<sup>61</sup> Art. 34.2 LCSP.

## 4 PREPARACIÓN Y ADJUDICACIÓN

### 4.1 Preparación: en particular, el estudio de viabilidad

La fase de preparación de los contratos de las Administraciones Públicas está dividida en tres etapas: “*consultas preliminares del mercado*” (art. 115 LCSP), tramitación previa del expediente de contratación y aprobación del expediente de contratación.

En primer lugar, la Administración podrá estudiar el mercado con el objetivo de preparar correctamente la licitación. Se entiende que esta primera actuación carece de ser preceptiva y será decisión del órgano contratante recibir asesoramiento por parte de terceros<sup>62</sup>.

En caso de que la Administración decida realizar dichas consultas preliminares, previamente deberá publicar en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP), o en su equivalente estando en un plano autonómico, el objeto de la solicitud de dicho asesoramiento, así como las razones para elegir a los candidatos y una vez realizada la consulta, un informe motivado con la planificación realizada del procedimiento de licitación que formará parte del expediente de contratación<sup>63</sup>.

En segundo lugar, según el artículo 116 de la LCSP, es necesario que cuando la Administración Pública celebre contratos tramite un expediente<sup>64</sup> de contratación. Este expediente tiene una serie de finalidades claras: definir el objeto del contrato, establecer los requisitos que deberán cumplir los empresarios candidatos para participar en el procedimiento de adjudicación, establecer unos criterios de adjudicación y también los derechos y obligaciones que asumirán ambas partes.

Primeramente, en el perfil del contratante, para tramitar el expediente la Administración motivará la necesidad de realizar el contrato. El expediente deberá tener incorporados un Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares<sup>65</sup> (PCAP), que es un “*documento en el que se establecen las condiciones y criterios objetivos para la adjudicación de un contrato en concreto, formando sus*

---

<sup>62</sup> Art.115.1 LCSP.

<sup>63</sup> Art. 115 LCSP.

<sup>64</sup> “*Se entiende por expediente administrativo el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla.*” Art. 70 LPAC.

<sup>65</sup> «*En los pliegos de cláusulas administrativas particulares del concurso se establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación, tales como el precio, la fórmula de revisión, en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el coste de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico, las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuestos, el mantenimiento, la asistencia técnica, el servicio posventa u otros semejantes, de conformidad a los cuales el órgano de contratación acordará aquella*» (STS, 3.ª, 26-VI-2007, rec. 10684/2004).

*cláusulas parte integrante del posterior contrato que celebre la Administración pública*” (2023. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario panhispánico del español jurídico* (DPEJ) [en línea]), y un Pliego de Prescripciones Técnicas (PPT), el cual establece las características que se exigen a un servicio, cuando se trata de una concesión de servicios, como por ejemplo seguridad, accesibilidad o rendimiento<sup>66</sup>; y también las características de un producto o material en el caso de las concesiones de obras, como por ejemplo cálculo de las obras o métodos de construcción<sup>67</sup>. Es decir, todos los elementos técnicos que regirán la prestación.

Con respecto al contrato de concesión de servicios, será necesario que los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas hagan referencia al menos a los siguientes aspectos:

- definición del objeto del contrato.
- Condiciones de prestación del servicio.
- Distribución de riesgos entre la administración y el concesionario, pero el riesgo operacional en todo caso es responsabilidad del contratista.
- Requisitos de capacidad y solvencia.
- Posibilidad de cesión del contrato y de las participaciones en la sociedad si se constituye con la finalidad concreta de ejecutar el contrato<sup>68</sup>.

No obstante, si la concesión tiene por objeto servicios públicos deberá establecerse su régimen jurídico propio. Dicho régimen deberá declarar *“expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.”* (art. 284.2 LCSP).

En el caso de la concesión de obras, tanto el PCAP como el PPT, deberán contener: plan de realización de las obras, plazo de concesión, plan económico-financiero, modelo de contabilidad, etc. Si se trata de una concesión de servicios, el pliego deberá plasmar las condiciones bajo las cuales se realizará la prestación del servicio: *“distribución de riesgos entre la Administración y el concesionario, en función de las características del servicio; la posibilidad de ceder el*

---

<sup>66</sup> Art. 125.1.b) LCSP.

<sup>67</sup> Art. 125.1.a) LCSP.

<sup>68</sup> Art. 285 LCSP.

*contrato; las tarifas que hubieren de abonar los usuarios, los procedimientos para su revisión; y el canon o participación que hubiera de satisfacerse a la Administración” (2023, LAGUNA DE PAZ)<sup>69</sup>.*

Los artículos 247 y 285 de la LCSP al regular las actuaciones preparatorias para los contratos de concesión de obras y servicios, establecen que estos contratos deberán ir precedidos por el acuerdo de un estudio de viabilidad, que podrá ser económico-financiero cuando sea suficiente.

En el contrato de concesión de obras es necesario realizar un estudio de viabilidad de estas previamente a la decisión definitiva y este deberá contener, “*al menos, los datos, análisis, informes o estudios que procedan sobre los puntos siguientes:*

- a) Finalidad y justificación de las obras, así como definición de sus características esenciales.*
- b) Justificación de las ventajas cuantitativas y cualitativas que aconsejan la utilización del contrato de concesión de obras frente a otros tipos contractuales, con indicación de los niveles de calidad que resulta necesario cumplir, la estructura administrativa necesaria para verificar la prestación, así como las variables en relación con el impacto de la concesión en la estabilidad presupuestaria.*
- c) Previsiones sobre la demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión.*
- d) Valoración de los datos e informes existentes que hagan referencia al planeamiento sectorial, territorial o urbanístico.*
- e) Estudio de impacto ambiental cuando este sea preceptivo de acuerdo con la legislación vigente. En los restantes casos, un análisis ambiental de las alternativas y las correspondientes medidas correctoras y protectoras necesarias.*
- f) Justificación de la solución elegida, indicando, entre las alternativas consideradas si se tratara de infraestructuras viarias o lineales, las características de su trazado.*
- g) Riesgos operativos y tecnológicos en la construcción y explotación de las obras.*
- h) Coste de la inversión a realizar, así como el sistema de financiación propuesto para la construcción de las obras con la justificación, asimismo, de la procedencia de esta.*

---

<sup>69</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 992.

*i) Estudio de seguridad y salud o, en su caso, estudio básico de seguridad y salud, en los términos previstos en las disposiciones mínimas de seguridad y salud en obras de construcción.*

*j) El valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario, a efectos de la evaluación del riesgo operacional, así como los criterios que sean precisos para valorar la tasa de descuento.*

*k) Existencia de una posible ayuda de Estado y compatibilidad de la misma con el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en los casos en que para la viabilidad de la concesión se contemplen ayudas a la construcción o explotación de la misma.” (art. 247.2 LCSP).*

Durante un mes se someterá a información pública el estudio de viabilidad y, si es necesario, el estudio de impacto ambiental<sup>70</sup>.

Podrán presentar su estudio empresas privadas y en tres meses recibirán respuesta. Si la respuesta es favorable y se otorga la concesión, *“el autor tendrá derecho en la correspondiente licitación a 5 puntos porcentuales adicionales a los obtenidos por aplicación de los criterios de adjudicación establecidos en el correspondiente pliego de cláusulas administrativas particulares. Si por el contrario no es escogido, tendrá derecho al resarcimiento de los gastos efectuados para su elaboración, incrementados en un 5 por cien como compensación”* (art. 247.5 LCSP).

Posteriormente se aprobará dicho estudio o, en su caso, podrá verse sustituido por otro económico-financiero en caso de ser suficiente según los criterios del órgano correspondiente.

Seguidamente, en caso de que las obras sean muy complejas, la Administración podrá realizar la redacción del anteproyecto de construcción y explotación constituido por una memoria, los planos de las obras, el presupuesto y un estudio relativo a la explotación y utilización; que se someterá durante un mes a información pública. Los licitadores, si lo consideran necesario, podrán introducir modificaciones y el anteproyecto se aprobará<sup>71</sup>.

Para celebrar un contrato de concesión de servicios también es necesario un estudio de viabilidad o, en su caso, un estudio de viabilidad económico-financiero. Si el contenido de este contrato versa sobre ejecución de obras, deberá aprobarse un Anteproyecto de construcción y explotación. Hay contratos en los que es posible recibir ayudas y en ese caso

---

<sup>70</sup> Art. 247.4 LCSP.

<sup>71</sup> Art. 247.6, 247.7 y 248 LCSP.

el estudio de viabilidad deberá solicitar e indicar la existencia de esta y su compatibilidad con el TFUE<sup>72</sup>.

El expediente de contratación podrá tramitarse de tres maneras diferentes:

- De una manera ordinaria siguiendo los pasos y plazos establecidos en la LCSP.
- Hablaremos de una tramitación urgente cuando haya una necesidad inaplazable o cuando sea necesario acelerar el proceso por razones de interés público.
- En caso de que surjan situaciones catastróficas que supongan un grave peligro o afecten a la defensa nacional se procederá a una tramitación de emergencia.

Finalmente, el órgano de contratación dictará una resolución motivada aprobando el expediente de contratación, así como el gasto siempre que haya podido establecerse previamente y dispondrá la apertura del procedimiento de adjudicación <sup>73</sup>.

#### **4.2 Adjudicación: en particular, criterios de adjudicación**

Los principios que deben respetarse en todo caso en materia de adjudicación de un contrato público se desprenden, en primer lugar, de la Directiva 2014/24/UE. En su artículo 18 establece como principios que deberán respetar las entidades con potestad para adjudicar el contrato el principio de igualdad, principio de no discriminación, principio de transparencia y el principio de proporcionalidad.

Por otro lado, la Directiva 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, exige que los poderes adjudicadores y las entidades adjudicadoras tengan *“como objetivo garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación”*<sup>74</sup>.

Finalmente, nuestra ley como resultado de la trasposición de ambas directivas exige que los criterios de adjudicación se formulen *“con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y proporcionalidad, y no conferirán al órgano de contratación una libertad de decisión ilimitada, debiendo garantizar (...) que las ofertas sean evaluadas en condiciones de competencia efectiva”*<sup>75</sup>.

---

<sup>72</sup> Art. 285 LCSP.

<sup>73</sup> Art. 117 LCSP.

<sup>74</sup> Art. 3.2. Directiva 2014/23/UE.

<sup>75</sup> Art. 145.5 b) y c) LCSP.

Posteriormente a la resolución motivada de aprobación del expediente de contratación, según el artículo 117 LCSP, el órgano de contratación aprobará el expediente de contratación y procederá a la apertura del procedimiento de adjudicación. Esta adjudicación tendrá por objetivo escoger la *oferta económicamente más ventajosa*<sup>76</sup>.

En primer lugar, con respecto al procedimiento de adjudicación, este podrá ser:

- Ordinario:
  - Restringido
  - Abierto:
    - Simplificado
    - Simplificado sumario
- Contrato menor
- Negociado:
  - Sin publicidad
  - Con publicidad
- Diálogo competitivo
- Asociación para la innovación
- Concurso de proyectos

En segundo lugar, la adjudicación deberá realizarse mediante varios criterios de adjudicación, basados en la mejor relación calidad-precio la cual se analizará siguiendo criterios tanto cualitativos, que podrán incluir aspectos medioambientales o sociales; como económicos<sup>77</sup>.

Se podrán adjudicar los contratos mediante criterios, como el cálculo de coste del ciclo de vida, que persigan conseguir la mejor opción una vez indicados en el expediente y en los PCAP, así como en el anuncio que convoque la licitación o en el documento descriptivo<sup>78</sup>.

Estos criterios de valoración *se establecerán en los pliegos de cláusulas administrativas particulares o en el documento descriptivo*, y deberán cumplir las siguientes reglas básicas:

- Estar vinculados al objeto del contrato

---

<sup>76</sup> Art. 1.1 LCSP.

<sup>77</sup> Art. 145.1 y 145.2 LCSP.

<sup>78</sup> JIMÉNEZ ZÚÑIGA, R. (2023). Derecho Administrativo. Procedimientos, actos y contratos administrativos. (11ª ed.) CEF. Pág. 261.



- Ser claros y precisos
- Estar adecuadamente ponderados
- Su forma de valoración no puede dejar margen a la subjetividad<sup>79</sup>.

En los contratos de concesión deberá aplicarse más de un criterio de adjudicación en todo caso<sup>80</sup>.

Para establecer los criterios de adjudicación la jurisprudencia española permite un amplio margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa, sin perjuicio de respetar el interés general y el objeto del contrato<sup>81</sup>.

Por otro lado, criterios sociales y medioambientales son el resultado de la Directiva 2014/24/UE, que permite al órgano de contratación establecerlos con el objetivo de lograr la mejor relación calidad-precio, viéndose reflejado en la LCSP<sup>82</sup>.

Los criterios cualitativos no pueden utilizarse de manera exclusiva, deberán utilizarse conjuntamente con un criterio relacionado con los costes, ya sea el precio, la rentabilidad o el coste del ciclo de vida<sup>83</sup>. No obstante, en caso de que se trate de un contrato de concesión de servicios especiales y de servicios de carácter social, la ley obliga al órgano de contratación a tener en consideración la dimensión social de estos tipos contractuales mediante el aseguramiento de su calidad o la atención a las necesidades de cada tipo de usuario<sup>84</sup>.

Puede producirse un empate entre varias ofertas y la LCSP plantea soluciones en base a dos situaciones posibles. La primera de ellas es que el órgano de contratación haya previsto varios criterios de adjudicación en el PCAP para proceder al desempate, los cuales deberán tener vinculación con el objeto del contrato y referirse a las cuestiones establecidas en el art. 147.1 de la LCSP que vienen a favorecer a empresas cuyo número de trabajadores con

---

<sup>79</sup> Art. 145.5 LCSP.

<sup>80</sup> Art. 145.3.e) LCSP

<sup>81</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 999.

<sup>82</sup> Art. 1.3 LCSP: *“En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social.”*

<sup>83</sup> Art. 145.2 LCSP.

<sup>84</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1001.

discapacidad sea superior al establecido por la norma, entidades sin ánimo de lucro, Organizaciones de Comercio Justo, etc.<sup>85</sup>

El segundo escenario posible en caso de empate es que la Administración no haya previsto en los pliegos criterios de adjudicación para poder desempatar. La solución que ofrece la ley es utilizar ciertos criterios sociales que se aplicarán siguiendo este orden:

*“a) Mayor porcentaje de trabajadores con discapacidad o en situación de exclusión social en la plantilla de cada una de las empresas, primando en caso de igualdad, el mayor número de trabajadores fijos con discapacidad en plantilla, o el mayor número de personas trabajadoras en inclusión en la plantilla.*

*b) Menor porcentaje de contratos temporales en la plantilla de cada una de las empresas.*

*c) Mayor porcentaje de mujeres empleadas en la plantilla de cada una de las empresas.*

*d) El sorteo, en caso de que la aplicación de los anteriores criterios no hubiera dado lugar a desempate.”*  
(art. 147.2 LCSP).

Puede darse el caso de que el órgano de contratación identifique alguna o varias ofertas anormalmente bajas. En ese caso se requerirá al licitador o licitadores para informarles y en todo el procedimiento habrá un asesoramiento especializado. El órgano de contratación aceptará o rechazará la propuesta después de haber analizado la documentación aportada y el informe del servicio técnico y finalmente se dictará resolución aceptando o rechazando la oferta<sup>86</sup>.

Una vez que se han valorado las ofertas, la mesa de contratación o el órgano de contratación clasificará las proposiciones presentadas siguiendo un orden decreciente<sup>87</sup>. Las proposiciones enviadas por los interesados serán secretas y debe garantizarse que así sea hasta el momento de apertura de las proposiciones<sup>88</sup>. Todas ellas deberán estar ajustadas a los criterios establecidos en los pliegos y cada licitador tiene la opción de presentar únicamente una propuesta<sup>89</sup>.

Posteriormente, el órgano de contratación requerirá al licitador que ha sido seleccionado en base a los criterios de adjudicación planteados en el pliego y haya presentado la mejor

---

<sup>85</sup> Art. 147.1 LCSP.

<sup>86</sup> Art. 149 LCSP.

<sup>87</sup> Art. 150.1 LCSP.

<sup>88</sup> Art. 139.2 LCSP.

<sup>89</sup> Art. 139.1 LCSP.

oferta y tendrá un plazo de 10 días para entregar los documentos necesarios a través de los cuales pueda acreditar que cumple con los requisitos de capacidad y solvencia, ha constituido la garantía definitiva y también que dispone de los medios que dedicará para ejecutar el contrato<sup>90</sup>.

Finalmente, el órgano de contratación “*adjudicará el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación*” (art. 150.3 LCSP).

---

<sup>90</sup> Art. 150 LCSP.

## 5 EJECUCIÓN DEL CONTRATO

### 5.1 Ejecución conforme a la ley y lo pactado

Los contratos del sector público deben cumplirse siguiendo las cláusulas contractuales, sin perjuicio de las prerrogativas legisladas en favor del órgano de contratación<sup>91</sup>. Dichas prerrogativas están reguladas en el artículo 190 LCSP, las cuales son: “*interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato, suspender la ejecución del mismo, acordar su resolución y determinar los efectos de esta.*”

Con respecto a la potestad de la que dispone la Administración para “*interpretar los contratos administrativos*”, deberá realizarse siguiendo las pautas establecidas en el artículo 3.1<sup>92</sup> del Código Civil<sup>93</sup>.

La modificación del contrato de concesión por parte del órgano de contratación debe estar justificada por motivos de “interés público” (art. 203.1 LCSP). Al modificar el contrato en la ejecución, se corre el riesgo de vulnerar los principios que fundamentan el proceso de licitación pública y por ello la ley ha limitado la posibilidad de modificación en dos causas<sup>94</sup>.

Podrá modificarse el contrato si se ha previsto con anterioridad en el PCAP, pero nunca podrán “*alterar la naturaleza global del contrato inicial*” (art. 204.2 LCSP), y también se podrá, de manera excepcional, si no estaba prevista en el PCAP siempre que: “*resulten imprescindibles, no sea posible cambiar al contratista, la modificación no represente una alteración sustancial del contrato (en todo caso inferior al 50% del precio inicial) y se deba a circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de la licitación*” (LAGUNA DE PAZ, J.C., 2023).

Así mismo, la Administración podrá inspeccionar durante la ejecución del contrato las diferentes actividades que desempeñan los contratistas cumpliendo los límites establecidos para cada tipo, pero nunca mediante la inspección de las oficinas o establecimientos del

---

<sup>91</sup> Art. 189 LCSP.

<sup>92</sup> “*Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*” (art. 3.1 CC).

<sup>93</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1016.

<sup>94</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1021.

contratista, salvo que sea imprescindible y deberá justificarse en el expediente administrativo<sup>95</sup>.

Estas prerrogativas se ven ampliadas por la LCSP en los casos de concesión. El artículo 261 añade como derechos de la Administración restablecer el equilibrio económico de la concesión a favor del interés público, establecer las tarifas máximas por utilizar las obras, en caso de secuestro o intervención asumirá la explotación, imponer las penalidades por incumplimiento al concesionario, realizar el papel de policía cuando la legislación sectorial lo indique y también deberá abonar una indemnización e imponer unas condiciones de utilización de las obras determinadas en caso de que haya situaciones excepcionales de interés general.

En los contratos de concesión, para proceder a la ejecución del contrato, la ley prevé una serie de derechos del concesionario. En el caso de los contratos de concesión de obras estos serían: a) derecho a explotar obras y derecho a percibir una tarifa, b) derecho al mantenimiento del equilibrio económico, c) derecho a utilizar los bienes de dominio público, d) derecho a solicitar de la administración las actuaciones que sean necesarias para llevar a cabo la ejecución, e) derecho a ceder la concesión e hipotecarla previa autorización de la Administración, f) poder titularizar sus derechos de crédito g) otros derechos reconocidos en los PCAP o en la ley. Por otro lado, en los contratos de concesión de servicios el concesionario tiene derecho a percibir contraprestaciones económicas, incluyendo una fija sujeta a la utilización. Estas tarifas podrán ser revisadas según la ley y lo pactado<sup>96, 97</sup>.

Además de derechos, el concesionario deberá cumplir una serie de obligaciones. Las comunes para los concesionarios de contratos de concesiones de servicios y concesiones obras son: asegurarse y cumplir con el orden y calidad de las obras (concesión de obras) o del buen servicio (concesión de servicios) incluso dictando instrucciones si es conveniente<sup>98</sup>, si un tercero sufre algún daño o perjuicio como consecuencia de la prestación deberá

---

<sup>95</sup> Art. 190 LCSP.

<sup>96</sup> Art. 257 y 289 LCSP.

<sup>97</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1011.

<sup>98</sup> Art. 258. d) y 288. b) LCSP.

indemnizarlo excepto si es consecuencia de una acción por parte de la Administración<sup>99</sup> y también tendrán que cumplir cualquier otra obligación prevista en las leyes o en los PCAP<sup>100</sup>.

Obligaciones específicas para el concesionario de un contrato de concesión de servicios son: realizar la prestación del servicio de manera continuada, asegurar a los usuarios el derecho a su uso a través de un abono o pago de una cantidad dineraria, seguir prestando el servicio cuando el contrato haya finalizado por cumplimiento hasta la formalización del siguiente contrato<sup>101</sup> y también en aquellos contratos de suministro como consecuencia de la concesión de servicios, deberá no discriminar por razón de nacionalidad a empresas europeas o a aquellas que formen parte del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio<sup>102</sup>.

Por otro lado, las obligaciones que deberá desempeñar el concesionario de un contrato de concesión de obras son: ejecutar las obras cumpliendo con lo establecido en el contrato<sup>103</sup>, asumir el riesgo operacional en las condiciones pactadas<sup>104</sup>, respetar los principios de igualdad, no discriminación y universalidad a la hora de permitir a cualquier usuario utilizar las obras a través de un abono o tarifa<sup>105</sup> y la última de las obligaciones será preservar tanto los valores ecológicos como los ambientales protegiendo así el dominio público que está ligado a la concesión<sup>106</sup>.

Con respecto a la concesión, para que se cumpla la ejecución del contrato es importante destacar la posibilidad de financiar de manera privada el proyecto. En primer lugar, la ley permite hipotecar la concesión<sup>107</sup> y como he mencionado, es un derecho que tiene el concesionario asegurado, pero deberá ir precedido por una autorización del órgano de contratación. En las concesiones de servicios se prevé la hipoteca exclusivamente cuando

---

<sup>99</sup> Art. 258. e) y 288. c) LCSP.

<sup>100</sup> Art. 258. g) y 288. e) LCSP.

<sup>101</sup> Art. 288. a) LCSP.

<sup>102</sup> Art. 288. d) LCSP.

<sup>103</sup> Art. 258. a) LCSP.

<sup>104</sup> Art. 258. b) LCSP.

<sup>105</sup> Art. 258. c) LCSP.

<sup>106</sup> Art. 258. f) LCSP.

<sup>107</sup> “Las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras, quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario”. (Art. 107. Sexto. LH).

para llevar a cabo la prestación del servicio sea necesaria la realización de obras o instalaciones fijas<sup>108</sup>.

En segundo lugar, se permite financiar las concesiones a través de créditos participativos que deben comunicarse al órgano de contratación y el concesionario puede utilizar el capital de manera anticipada siempre que cumpla las condiciones establecidas, pero nunca si es la Administración quien se lo otorga, puesto que tiene esta facultad de contribución de manera excepcional, salvo que se exprese lo contrario<sup>109</sup>.

La ley admite la incorporación a títulos negociables de los derechos de crédito del concesionario como tercer supuesto de financiación privada. El concesionario podrá ceder a terceros todos sus derechos de crédito y el pago que se realice al cesionario genera unos efectos liberatorios para la Administración<sup>110</sup>.

Finalmente cabe destacar la emisión de obligaciones y otros títulos. La ley otorga este derecho al concesionario que está sujeto a la comunicación al órgano de contratación, no a autorización y dichas emisiones podrán contar con el aval de la Administración.

## 5.2 Distribución de riesgos

Para la ejecución del contrato es necesario que se asuman riesgos y en materia de contratación pública se ejecutan a riesgo y ventura del contratista, y en el caso concreto de las concesiones el concesionario asumirá un riesgo operacional, característica definitoria de las concesiones, que se podría considerar como un tipo de riesgo que está dentro de la categoría de riesgo y ventura<sup>111</sup>.

El principio general de riesgo y ventura hace referencia a la aleatoriedad que deriva de un contrato, puesto que siempre puede verse afectado por diferentes variables y es poco usual que un contrato garantice un resultado económico. Según este principio las partes deben hacerse responsables del cumplimiento del contrato independientemente de las

---

<sup>108</sup> Art. 287.3 LCSP.

<sup>109</sup> Art. 277 LCSP.

<sup>110</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1013.

<sup>111</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1032.

circunstancias aleatorias que intervengan y de que se cumplan los objetivos deseados con la contratación<sup>112</sup>.

Como ya he especificado a lo largo de este trabajo, en los contratos de concesión el concesionario no puede tener garantizado que *“el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación”* (art. 14.4 LCSP). Es decir, el beneficio que obtendrá el concesionario dependerá de la eficiencia de su gestión, así como de factores externos, es decir, él asume el riesgo.

No obstante, el concesionario no debe asumir riesgos excesivos y eso se ve reflejado en la ley al establecer que antes de tramitar el expediente debe realizarse un estudio de viabilidad, los PCAP deben contener un plan económico-financiero, en las concesiones de servicios podrán fijar las tarifas, etc.<sup>113</sup>.

Pero las concesiones no dejan de ser un contrato administrativo y dichos contratos son un instrumento para satisfacer el interés general, de tal manera que, aunque el riesgo operacional deba asumirlo el concesionario en su mayoría, es necesario que haya un equilibrio entre el riesgo operacional transferido a este y la protección que debe asumir la Administración, ya que se entiende que el contratista es un mero colaborador cuando se trata de una prestación que tiene un interés general<sup>114</sup>.

Hay ocasiones en las que el riesgo que asume el concesionario, más común en los contratos de concesión de servicios que en los contratos de concesión de obras, puede verse muy limitado. Esto ocurre cuando la Administración fija un precio por el que el contratista realizará la prestación de un servicio esencial otorgándole así un derecho exclusivo<sup>115</sup>.

Durante la ejecución del contrato esta puede verse dificultada o impedida porque aparecen situaciones imprevisibles, ajenas a ambas partes. En estos casos el concesionario debería asumir dicho riesgo imprevisible, pero en caso de que se trate de causas excepcionales

---

<sup>112</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1032.

<sup>113</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1040 y 1041.

<sup>114</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1039 y 1040.

<sup>115</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1040.



de fuerza mayor, sería conveniente que el riesgo se comparta entre la Administración y el contratista<sup>116</sup>.

Los artículos 270 y 290 de la LCSP reconocen que el concesionario tendrá derecho al mantenimiento del equilibrio económico cuando concurren una serie de circunstancias. Esto se conseguirá a través de una serie de medidas que podrán ser: *“modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras, la modificación en la retribución a abonar por la Administración concedente, la reducción del plazo concesional, y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico contenidas en el contrato”*.

El equilibrio económico del contrato deberá reestablecerse cuando la Administración con sus actuaciones de lugar a una ruptura trascendental de la economía del contrato<sup>117</sup>, así como cuando por razones exclusivamente de interés público modifique las características del servicio y las tarifas correspondientes a los usuarios<sup>118</sup>, en el caso de que se trate de una concesión de servicios, y cuando modifique las obras o también su ampliación<sup>119</sup>, si se trata de una concesión de obras<sup>120</sup>.

Este derecho no existirá cuando haya un *“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. 270. 2 y 290. 4 LCSP).

El concesionario no tendrá derecho a indemnización cuando la Administración modifique el contrato por motivos que no tengan el carácter de económicos ni cuando desista del contrato porque para él sea extraordinariamente oneroso<sup>121</sup>.

Los riesgos también podrán pactarse en los PCAP entre la Administración y el concesionario, aunque el riesgo operacional lo asumirá en todo caso el contratista<sup>122</sup>.

Finalmente, es importante destacar la posibilidad de reducción de riesgos derivada de revisar los precios con el objetivo de que estén actualizados. La revisión se aplicará en la

---

<sup>116</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1042.

<sup>117</sup> Art. 270. 2. b) y 290. 4. b) LCSP.

<sup>118</sup> Art. 290.1 LCSP.

<sup>119</sup> Art. 262.1 LCSP.

<sup>120</sup> Art. 270. 2. a) y 290. 4. a) LCSP.

<sup>121</sup> Art. 270.4, 270.5, 290.3 y 290.6 LCSP.

<sup>122</sup> Art. 250.1.m) y 285.1.c) LCSP.

concesión si “*el período de recuperación de la inversión es igual o superior a cinco años*” (art.103.2 LCSP) y en contratos de concesión de obras solo cuando se haya ejecutado el 20 por ciento de su importe y haya transcurrido un año desde su formalización (103.5 LCSP)<sup>123</sup>.

---

<sup>123</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1052.

## 6 EXTINCIÓN

El contrato de concesión se puede extinguir de manera “natural”, cuando termine la concesión por cumplimiento del contrato, que en el caso de las concesiones sería por finalización del plazo; y “no natural” por resolución si se dan una serie de circunstancias sobrevenidas como mutuo acuerdo, rescate o incumplimiento.

Los contratos públicos “*se extinguirán por su cumplimiento o por resolución*” (arts. 209 LCSP). La LCSP regula la extinción de los contratos públicos de manera general (arts. 209 a 213) y de manera específica la extinción de los contratos de concesión de servicios (arts. 291 a 297) y de los contratos de concesión de obras (arts. 278 a 283).

### 6.1 Cumplimiento del contrato

El cumplimiento de los contratos públicos se da en el momento en que el contratista haya realizado la prestación, pero es necesario formalizar dicho cumplimiento a través de un acto formal que se realizará como máximo en el mes siguiente o en el plazo pactado en el PCAP<sup>124</sup>.

Este cumplimiento en los contratos de concesión de servicios y en los contratos de concesión de obras se entiende cuando haya finalizado el plazo establecido para realizar la concesión<sup>125</sup>, el cual deberá ser como máximo de:

- *“cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio;*
- *veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios;*
- *y diez años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no estén comprendidos en la letra a)”* (art. 29.6 LCSP).

Este límite incluye las prórrogas que puedan añadirse por motivos previstos en la ley.

No obstante, la ley indica un plazo general de cinco años que solo podrá ampliarse de una manera razonable para recuperar las inversiones y en un quince por ciento aquellos que

---

<sup>124</sup> Art. 210.1 y 210.2 LCSP.

<sup>125</sup> Art. 278.3 y 291.1 LCSP.

se hubieran establecido en el PCAP en caso de necesidad de reestablecer el equilibrio económico.

En caso de suspensión por motivos de fuerza mayor o por culpa de la Administración no se computará ese período en la duración de la concesión<sup>126</sup>.

El cumplimiento del contrato lleva consigo una serie de consecuencias y de actos necesarios para comprobar que es correcta la extinción del contrato.

Primeramente, se procederá a la “*entrega o realización del objeto del contrato*” (art. 210.2 LCSP). Cuando se cumpla un contrato de concesión de obras, el concesionario deberá entregar a la Administración aquellas obras objeto del contrato “*en buen estado de conservación y uso*” (art. 283.1 LCSP). En caso de contrato de concesión de servicios, “*el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados*” (art. 291.1 LCSP)<sup>127</sup>.

Posteriormente es necesario que la Administración dicte “*un acto formal y positivo de recepción o conformidad*” (art. 210.2 LCSP). Con este acto se entiende que es necesario formalizar el cumplimiento del contrato, no basta con que finalice el plazo concedido. Tiene un carácter preceptivo para poder comprobar que se ha cumplido con el estipulado tanto en el PCAP, así como con las obligaciones pertinentes y también servirá como momento de inicio para contar el plazo de garantía y se extinguirá toda responsabilidad correspondiente al concesionario una vez que finalice el plazo de garantía<sup>128</sup>.

Finalmente se procederá a la liquidación del contrato y la Administración abonará al concesionario el precio en su caso. Si la Administración se demora, el “*concesionario tendrá derecho a percibir los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro*” (art. 210.4 LCSP).

## 6.2 Extinción por resolución

Además de esta finalización posible en los contratos de concesión consistente en el cumplimiento del plazo, la ley contempla otras causas de extinción por resolución. Se

---

<sup>126</sup> Art. 29.6 LCSP.

<sup>127</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1053.

<sup>128</sup> Art. 210.3 LCSP.

establecen una serie de causas generales de resolución para todos los contratos públicos que también se aplican en los contratos de concesión.

En primer lugar, se considera causa de resolución la sobrevenida pérdida de capacidad del contratista. En concreto, la muerte o extinción de la capacidad individual o de la personalidad jurídica de la sociedad y que se produzca una declaración de concurso o de insolvencia en otro procedimiento. Estas causas hacen referencia a que es imprescindible no carecer de capacidad para celebrar contratos<sup>129</sup>. En caso de que se trate de muerte o incapacidad del contratista es posible que se llegue a un acuerdo con los sucesores o con los herederos para continuar con el contrato y si la causa de resolución es la declaración de concurso, el contrato podrá continuar si es aconsejable para garantizar el interés público<sup>130</sup>.

La administración y el contratista tienen la posibilidad de resolver el contrato con un acuerdo mutuo siempre que haya razones de interés público y mientras se le impute al contratista alguna causa de resolución, dando lugar a la adaptación de sus derechos a lo que ambos estipulen<sup>131</sup>.

Otra causa de resolución es el incumplimiento tanto de la obligación principal del contrato como de las obligaciones esenciales indicadas en el PCAP<sup>132</sup>. Si es la Administración quien incumple la obligación, el contrato será resuelto en los casos que prevea la ley y le corresponderá indemnizar por los daños y perjuicios causados<sup>133</sup>.

En cuarto lugar, imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos pactados inicialmente<sup>134</sup> y “*el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3% del importe de la prestación dejada de realizar*” (art. 213. 4 LCSP).

Finalmente, la última de las causas de resolución para todos los contratos públicos es el impago a los trabajadores del salario correspondiente por parte del contratista<sup>135</sup>.

---

<sup>129</sup>Art. 65.1 LCSP: “Solo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar (...)”.

<sup>130</sup> Art. 211.1. a), 211.1. b), 212. 3 y 212.5 LCSP.

<sup>131</sup> Art. 211.1.c), 212.4 y 213.1 LCSP.

<sup>132</sup> Art. 211.1. f) LCSP.

<sup>133</sup> Art. 212.7 y 213.2 LCSP.

<sup>134</sup> Art.211. 1. g) LCSP.

<sup>135</sup> Art. 211. 1. i) LCSP.

La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y por parte de la Administración que supere determinados límites, son causas de resolución comprendidas en ese artículo 211 para todos los contratos salvo para las concesiones.

Las causas específicas de resolución para los contratos de concesión de servicios y concesión de obras están reguladas en los artículos 279 y 294 respectivamente. Además de las ya comentadas son:

- *“la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello en los casos en que así procediera, de acuerdo con lo establecido en esta Ley.*
- *La demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos (en contrato de concesión de obras) o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.*
- *El rescate de la explotación de las obras (concesión de obras), de servicios (concesión de servicios) por la Administración. Se entenderá por rescate la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante, la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración. El rescate de la concesión requerirá además la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional.*
- *La supresión de la explotación de las obras (concesión de obras) o del servicio (concesión de servicio) por razones de interés público.*
- *La imposibilidad de la explotación de las obras (concesión de obras) o del servicio (concesión de servicios) como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato.*
- *El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido de conformidad con el apartado 3 del artículo 263<sup>136</sup>, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones”.*

---

<sup>136</sup> “El secuestro o intervención tendrá carácter temporal y su duración será la que determine el órgano de contratación sin que pueda exceder, incluidas las posibles prórrogas, de tres años. El órgano de contratación acordará de oficio o a petición del concesionario el cese del secuestro o intervención cuando resultara acreditada la desaparición de las causas que lo hubieran motivado y el concesionario justificase estar en condiciones de proseguir la normal explotación de la obra. Transcurrido el plazo fijado para el secuestro o intervención sin que el concesionario haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones, el órgano de contratación resolverá el contrato de concesión” (art. 263.3 LCSP).

Los efectos derivados de estas causas de resolución<sup>137</sup> son los siguientes:

En caso de que se trate de causas imputables a la Administración, si el contrato consiste en una concesión de obras, esta deberá indemnizar al concesionario y abonarle el valor no amortizado de las inversiones que hayan sido realizadas por “*expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes necesarios para la explotación de la obra*” (art. 280.1 LCSP).

En cambio, si se trata de una concesión de servicios, se le aplica el mismo régimen que para las concesiones de obras, aunque normalmente en las concesiones de servicios el contratista suele realizar menos inversiones<sup>138</sup>.

Si por el contrario las causas son imputables al concesionario, en las concesiones de obras, este no tendrá derecho a la garantía y la indemnización que deberá entregar a la Administración se calculará según el valor del mercado de la concesión, además de que la Administración tendrá que licitar la concesión de nuevo mediante subasta<sup>139</sup>.

Por otro lado, en las concesiones de servicios, si las mismas causas no son imputables a la Administración la cantidad que se debe entregar al concesionario por “*expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deben revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión*” (art. 295.1 LCSP), se calculará en base a su valor de mercado y posteriormente se licitará de nuevo la concesión<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Art. 295 y 280 LCSP.

<sup>138</sup> LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas. Pág. 1057.

<sup>139</sup> Art. 280.1, 280.2 y 281.1 LCSP.

<sup>140</sup> Art. 295.1 LCSP.

## 7 CONCLUSIONES

- 1- Una de las novidades más relevantes de la LCSP es la introducción del concepto de riesgo operacional, criterio determinante para saber si estamos en presencia o no de una concesión de obra o servicio.
- 2- Solamente si el contratista asume ese riesgo operacional estaríamos en presencia de un contrato de concesión, si no estaríamos ante un contrato de obra o servicio. Se trata pues de un imperativo legal. Este nuevo concepto ha implicado un importante cambio en la regulación de las concesiones.
- 3- Es necesario que haya un equilibrio entre el riesgo operacional transferido al concesionario y la protección que debe asumir la Administración, ya que se entiende que el contratista es un mero colaborador cuando se trata de una prestación que tiene un interés general.
- 4- El artículo 14 de la LCSP, regula el riesgo operacional de los contratos de concesión y es una transposición literal del artículo 5.1 b) de la Directiva 2014/23/UE. Efectivamente estos textos legales establecen que el concesionario asume un riesgo operacional cuando, en condiciones normales de funcionamiento, no esté garantizada la recuperación de las inversiones realizadas con ocasión de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión.
- 5- El riesgo operacional supone que el concesionario no tiene asegurado un beneficio por la gestión de la obra o del servicio, es un riesgo de carácter económico, vinculado a una explotación económica, riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado.
- 6- Es cierto que este criterio del riesgo operacional facilita enormemente la labor del adjudicatario del contrato, evitando problemas interpretativos, ya que permite



dilucidar claramente si estamos en presencia de un contrato de servicios u obra o una concesión.

- 7- Pero también es cierto, que la dificultad con este criterio está en buscar una buena compatibilidad entre el concepto de riesgo operacional y el principio de equilibrio económico financiero en los contratos de concesión.
  
- 8- Desde la aprobación de la nueva ley, las contrataciones están quedando desiertas, porque el riesgo operacional traslada una enorme incertidumbre a las empresas, máxime en un momento inflacionista en el que ha subido enormemente el precio de materiales de construcción, energía eléctrica, carburantes, etc. A ello se añade la prohibición de la revisión automática de precios y la ley de desindexación, lo que ha generado que queden desiertos muchos de los procedimientos de licitaciones de concesiones administrativas.
  
- 9- A mayores hay que precisar también que la LCSP cuando hizo la trasposición al ordenamiento jurídico español de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, no solo matizó muchos de los conceptos comunitarios, sino que en algunos casos esa trasposición se hizo con una interpretación mucho más restrictiva que la Directiva, como por ejemplo a la hora de permitir las modificaciones objetivas de las concesiones.
  
- 10- Si tenemos en cuenta la naturaleza de las características esenciales del contrato de concesión, su carácter complejo, unido a la necesidad de realizar importantes inversiones por parte de adjudicatarios, con un plazo del contrato generalmente largo, con la posibilidad de que surjan hechos imprevisibles que no pudieron ser tomados en cuenta en el momento inicial del contrato, con un régimen de modificación de la concesión no muy fácil... no resultan contratos muy atractivos para las PYMES.

- 11- Los criterios de adjudicación tienen un papel muy relevante en estos contratos. La Administración a través de las concesiones transfiere el derecho de explotación y de gestión, por ello no solo le interesa la mejor oferta calidad-precio, sino que el concesionario realice la concesión de manera efectiva y con ello se consiga el beneficio del interés general.
- 12- Uno de los requisitos que deben cumplir los contratos de concesión por ser contratos públicos según la Directiva 2014/24/UE, es asegurar el cumplimiento de los principios de igualdad, transparencia, proporcionalidad y no discriminación. Durante todo el procedimiento de contratación estos principios se ven garantizados. Materializándolo a través de ejemplos del proceso, se puede observar que la obligación por parte del órgano de contratación en escoger la oferta mejor calidad-precio es el reflejo de los principios de proporcionalidad y no discriminación. A través de la licitación pública y el secreto de las propuestas, se garantizan los principios de igualdad y transparencia.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANDRÉS, M. B. (2017). Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. *Documentación Administrativa*.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- DELGADO, J. F. M. (2018). La extinción del contrato de concesión de servicios en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (74), 44-51.
- DIRECTIVA 2014/23/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- DIRECTIVA 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- FUENTES I GASÓ, J. R. (2022). El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución. *Revista catalana de dret públic*, (64), 18.
- GARCÍA ROSA, M. (2018). El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización. *Auditoría Pública*, 71, 91-100.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L. (2018). El riesgo operacional en los contratos públicos locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 12, 129-164.
- JIMÉNEZ ZÚÑIGA, R. (2023). Derecho Administrativo. Procedimientos, actos y contratos administrativos. (11ª ed.) CEF.
- LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017) “Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos”, *Revista de Administración Pública*, 204.

- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2023). Tratado de Derecho administrativo: general y económico (5a ed.). Civitas.
- Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.
- Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.
- LÓPEZ MORA, M. (2017). Los contratos de concesión a la luz de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión: retos y novedades.
- LORA, A. H. (2017). El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público. Documentación Administrativa.
- Manasliski, N., & Varela, L. (2009). Teoría de la agencia: evidencia empírica en firmas uruguayas. *Quantum: revista de administración, contabilidad y economía*, 4(2), 48-63.
- MARTÍNEZ CALVO, J. (2018). EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA: NOVEDADES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO. *Revista de Administración Pública*, (206).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M. (2020). El contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía como modalidad de gestión indirecta de servicios públicos. *Revista de administración pública*, (212), 375-399.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2018). Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo XIII: Contratos del sector público (Vol. 13). Boletín Oficial del Estado.
- PACHECO, R. S. (2019). Riesgo operacional y servicio público (Vol. 3). Boletín Oficial del Estado.

- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016). La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General. In *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos* (p. 5). Tirant lo Blanch.