

SEMINARIO

•“EL IMPACTO DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO DE 2017 EN LA GESTIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES”.

- Francisco José Villar Rojas, Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad de La Laguna.
- Ayuntamiento de Madrid, 19 de junio de 2017.

ESQUEMA DE LA EXPOSICIÓN

- (1) **Formas de gestión** de servicios públicos locales **hasta la nueva Ley** de Contratos: **cuadro**.
- (2) **Formas de gestión** de servicios públicos locales **con la nueva Ley** de Contratos: **cuadro**.
- (3) Gestión directa; en particular “*encargos a medios propios*”.
- (4) Gestión interadministrativa: *convenios de prestación conjunta de servicios públicos*.
- (5) Gestión indirecta: *contrato de servicios* y *concesión de servicios* (clave: el riesgo operacional).
- (6) **Gestión no contractual** de servicios públicos.
- (7) **Balance** sobre el impacto de la LCSP en la gestión de los servicios públicos locales.

(1) FORMAS DE GESTIÓN SERVICIOS LOCALES HASTA NUEVA LCSP

ARTÍCULO 85.2 LEY BASES RÉGIMEN LOCAL DE 1985.

Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

- A) Gestión directa (medios propios, asunción riesgo, poderes decisión y gestión, art. 68 RSCL 1955):
 - a) Gestión por la propia Entidad Local (*Áreas de Gobierno y Distritos Ayuntamiento Madrid*).
 - b) Organismo autónomo local (*Agencia Tributaria de Madrid, Salud Madrid*).
 - c) Entidades pública empresarial local.
 - d) Sociedad mercantil local, cuyo capital sea de titularidad pública (*Empresa municipal de Transportes de Madrid, S.A., Empresa municipal vivienda y suelo de Madrid, S.A., Madrid Destino Cultura, Turismo, Negocio, S.A.*).
(*Encomiendas a empresas públicas*)

- B) Gestión indirecta (medios ajenos, riesgo y ventura contratista, gestión empresario) mediante contrato de gestión de servicios públicos:
 - a) Concesión (*recogida residuos, escuelas infantiles, ayudas a mayores...*).
 - b) Gestión interesada.
 - c) Concierto.
 - d) Sociedad de economía mixta (*Empresa mixta mercados centrales abastecimiento de Madrid, S.A., Madrid Calle 30, S.A.*).

(2) FORMAS DE GESTIÓN SERVICIOS LOCALES SEGÚN NUEVA LCSP

Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa (medios propios):

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidades pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, capital titularidad pública.

Las modalidades b), c) y d) cuando el servicio se encomienda por acto o acuerdo de creación de la entidad.

B) Gestión conjunta:

Convenio de prestación conjunta de servicios públicos

C) Gestión indirecta (medios ajenos) mediante alguno de los siguientes contratos:

~~*a) Concesión.*~~

~~*b) Gestión interesada.*~~

~~*c) Concierto.*~~

~~*d) Sociedad de economía mixta.*~~

a) Concesión de servicios, con riesgo operacional.

b) Contrato de servicios, sin riesgo operacional.

D) Gestión institucional, no contractual:

Sociedad de economía mixta.

E) Gestión no contractual:

Todos los operadores aptos pueden prestar servicios.

(3) Gestión directa; en particular ”*encargos a medios propios*”.

Encomiendas a sociedades públicas pasan a “*encargos a medios propios*” (art. 32 LCSP).

Requisitos exclusión de la legislación de contratos:

- Vínculo interno**: poder adjudicador ejerza sobre operador un “*control análogo*” al que ejerce sobre servicios propios.
- Vínculo de actividad**: que operador realice más del *80% de su actividad* en cometidos encargados poder adjudicador.
- Vínculo patrimonial**: en caso sociedades mercantiles, que *no* exista *participación privada* en capital.

Encargos:

- Documento, no contrato.
- Imposición unilateral instrucciones y tarifas por poder adjudicador.

En particular, *control conjunto de medios propios* (TRAGSA): ¿sin participar en capital? ¿cómo influencia decisiva sobre objetivos estratégicos y decisiones significativas?

(4) Gestión interadministrativa: contratos de gestión conjunta de servicios públicos.

Exclusión normativa de contratos públicos: “*contratos de gestión conjunta de servicios*” entre dos o más poderes adjudicadores (art. 12.4 Directiva 2014/24, art. 6.1 LCSP).

Requisitos para exclusión:

- Misión de servicio público común* (competencias).
- Cooperación* guiada por razones de interés público (viabilidad financiera, calidad y regularidad servicios, innovación o mejora ambiental) distintas mero intercambio oneroso.
- Ninguna de las partes* realice *en mercado más del 20%* de las actividades objeto de cooperación.

Restricciones que añade LCSP (art. 6.1):

- Que el contenido de estos convenios –no contratos- no se corresponda con contratos típicos ni especiales.

Doctrina TJUE:

- Cumplimiento convenios gestión conjunta puede encargarse a medio propio.
- Son admisibles transferencias financieras para compensar gastos incurridos.
- Es viable repercutir costes sobre usuarios servicios.

Viabilidad gestión conjunta:

Interpretar LCSP a tenor de las Directivas y de la doctrina TJUE.

(5) Gestión indirecta: contrato de servicios y concesión de servicios (I).

NUEVAS MODALIDADES DE GESTIÓN INDIRECTA DE SERVICIOS PÚBLICOS (Y NO PÚBLICOS):

ARTÍCULO 15. CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS.

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

ARTÍCULO 17. CONTRATO DE SERVICIOS.

Son contratos de servicios 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.

ARTÍCULO 312. ESPECIALIDADES DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS QUE CONLLEVEN PRESTACIONES DIRECTAS A FAVOR DE LA CIUDADANÍA.

En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se deberán cumplir las siguientes prescripciones:

- a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio (...)

(5) Gestión indirecta: contrato de servicios y concesión de servicios (II).

EL ELEMENTO DIFERENCIAL ENTRE CONCESIÓN Y CONTRATO DE SERVICIOS:

EL TRASPASO DEL RIESGO OPERACIONAL:

4. 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. 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.

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 potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.

NOTA: El traslado del riesgo operacional sobre el concesionario va en contra de la tradicional garantía de remuneración suficiente del contrato de gestión de servicios públicos (garantía de recuperación inversión, gastos explotación y obtención de un razonable beneficio industrial, art. 129.3 RSCL 1955).

(5) Gestión indirecta: contrato de servicios y concesión de servicios (III).

Concepto de Riesgo en Derecho Europeo: ordenación.

(1) **Riesgo operacional**: establecimiento bases del contrato (sin garantía recuperación inversión, ni costes), puede articularse sobre demanda/frecuentación, y/o sobre suministro/disponibilidad.

LCSP:

- Concesión de obras: riesgo operacional demanda y/o suministro (art. 267.1 y 4).
- Concesión de servicios: riesgo operacional sólo demanda (art. 289.1).

(2) **Riesgo y ventura**: el que derive de las bases económicas fijadas.

(3) **Restablecimiento equilibrio económico**: ruptura sustancial bases económicas del contrato.

Ejemplo **concesiones con riesgo operacional**: concesiones de dominio público.

(5) Gestión indirecta: contrato de servicios y concesión de servicios (IV).

PROYECCIÓN SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS LOCALES

Aspectos comunes: concesión y contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía, básicamente, con *el mismo régimen jurídico que el contrato de gestión de servicio público* suprimido.

Utilización de la concesión de servicios: ¿qué riesgo operacional se puede trasladar en servicios públicos locales?

Obstáculos: garantía municipal de continuidad y regularidad servicios obligatorios, mercado cautivo de usuarios y/o prestaciones, mecanismos de intervención pública (aportaciones, secuestro).

Traslado de riesgo operacional: nunca o con mucha dificultad.

Utilización del contrato de servicios: cuando el servicio comporta prestaciones directas a la ciudadanía (art. 312 LCSP):

Explicación clásica (suministro agua potable, transporte urbano): relación Administración-contratista, relación contratista-usuario (*póliza de abono*).

¿*Entonces servicios locales sin relación contratista-usuario* como recogida residuos, limpieza viaria, alumbrado público? ¿Se someten al régimen general del contrato de servicios?

El funcionamiento de los servicios públicos impone una *interpretación flexible y amplia* de lo que sean “prestaciones directas a la ciudadanía”, utilizando pliegos (libertad de pactos, art. 34 LCSP).

(6) Gestión no contractual de servicios públicos.

Artículo 11. Otros negocios o contratos excluidos.

6. *Queda excluida* de la presente Ley la *prestación de servicios sociales por entidades privadas*, siempre que esta se realice sin necesidad de celebrar contratos públicos, a través, entre otros medios, de la *simple financiación* de estos servicios o la *concesión de licencias o autorizaciones a todas las entidades que cumplan las condiciones* previamente fijadas por el poder adjudicador, *sin límites ni cuotas*, y que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.

Antecedentes en España:

Turno de oficio abogados, turno de peritos judiciales.

Fundamento exclusión (TJUE):

El contrato público exige la selección de una oferta entre varias; en otro caso, queda fuera de la normativa de contratación pública.

Requisitos exigibles a los operadores (TJUE):

Los equivalentes a la solvencia del licitador, nunca los criterios de adjudicación. Clave: todos los que cumplan deben poder prestar el servicio en condiciones reglamentadas.

Ámbito de aplicación:

LCSP: prestación servicios sociales. Directiva 2014/24/UE: servicios sociales, sanitarios y educativos. TJUE: cualquier clase de servicio siempre que se cumplan las condiciones señaladas.

(7) Balance: sobre impacto nueva LCSP en la gestión de los servicios públicos locales.

Primera idea: desaparición concesiones.

- La Ley suprime (deroga) los contratos de gestión de servicios públicos, incluyendo las concesiones.
- Las nuevas concesiones de servicios requieren el traspaso del riesgo operacional al contratista.
- La concesión aplicada en la gestión de los servicios públicos es un instrumento *a extinguir* (quizás porque la esencia de la concesión: aportación capital privado obras y servicios públicos es algo superado en Europa).
- En su lugar, el contrato de servicios con prestaciones directas a los ciudadanos (consolida en las cuentas públicas en todo caso).

Segunda idea: subsistencia actuales concesiones de servicio público.

- La *disposición transitoria primera LCSP* declara que la legislación derogada sigue siendo aplicable a los expedientes de contratación iniciados antes de su entrada en vigor, así como sobre todos los contratos ya adjudicados, en cuanto a efectos, cumplimiento, extinción, modificación, duración y prórrogas.
- Excepción a la regla anterior*: nueva regulación de los encargos a medios propios (empresas públicas) y nueva regulación del rescate (“remunicipalización”), sólo admisible cuando sea más eficaz y eficiente que la gestión concesional.
- Consecuencia*: durante años seguirán existiendo concesiones de servicio público sujetas al Texto Refundido Ley de Contratos del Sector Público de 2011.

GRACIAS POR LA ATENCIÓN