

EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS. UN INSTRUMENTO PÚBLICO PRESTACIONAL EN EVOLUCIÓN

Josep Ramon Fuentes i Gasó*

Resumen

Se estudia la concesión de servicios a la luz de lo dispuesto en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, con énfasis en la figura del riesgo operacional como elemento característico de la misma, el cual es diferenciado del riesgo y ventura y analizado desde el impacto que produce en la retribución del contratista y el equilibrio económico del contrato. Adicionalmente, se hace referencia a las modificaciones que ha sufrido esta figura durante 2020, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 y las medidas implementadas por la Unión Europea a través del Fondo de Recuperación Europeo (NextGenerationEU).

Palabras clave: contratación administrativa; concesión de servicios; riesgo operacional; equilibrio económico.

THE SERVICE CONCESSION CONTRACT: AN EVOLVING PUBLIC SERVICE INSTRUMENT

Abstract

This article examines the service concession within the context of the provisions of Spain's Law 9/2017, of 8 November, on public sector procurement, with special emphasis on the concept of operational risk as a characteristic component thereof. The operational risk is differentiated from the concept of the contractor's own risk (riesgo y ventura), and it is analysed from the perspective of its impact upon contractor remuneration and the economic equilibrium of the contract. It also makes reference to the changes occurring in the field over the course of 2020, as a consequence of the COVID-19 pandemic and the measures implemented by the European Union via the European Recovery Fund (NextGenerationEU).

Keywords: government procurement; service concession; operating risk; economic equilibrium.

* Josep Ramon Fuentes i Gasó, profesor titular de Derecho Administrativo en el Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili. Campus Catalunya, Facultad de Ciencias Jurídicas, av. Catalunya, 35, 43002 Tarragona. josepramon.fuentes@urv.cat.  0000-0001-5669-6009.

Artículo recibido el 22.11.2021. Evaluación ciega: 28.12.2021 y 10.01.2022. Fecha de aceptación de la versión final: 15.03.2022.

Citación recomendada: Fuentes i Gasó, Josep Ramon. (2022). El contrato de concesión de servicios. Un instrumento público prestacional en evolución. *Revista Catalana de Dret Públic*, 64, 122-139. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i64.2022.3757>

Sumario

- 1 Introducción
- 2 Concepto de servicio público en la LCSP
- 3 El riesgo operacional como fundamento de la concesión de servicios
 - 3.1 Riesgo operacional *versus* riesgo y ventura
 - 3.2 Riesgo operacional y equilibrio económico
- 4 Extinción de la concesión de servicios
 - 4.1 Regla general: el cumplimiento del contrato
 - 4.2 Formas de extinción anormal
- 5 El posible impacto de la COVID-19
 - 5.1 El Fondo de Recuperación Europeo
 - 5.2 Medidas adoptadas por el Gobierno español
- 6 Conclusiones
- 7 Referencias

1 Introducción

Con la aprobación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), la concesión de servicios ha pasado de ser analizada desde el punto de vista de su objeto –la prestación de un servicio público–, desde la remuneración que recibe el contratista –si recibe pagos directos de los usuarios del servicio o de la Administración pública– o desde la perspectiva de la asunción o no del riesgo operacional de la misma por parte del contratista.

Asimismo, el concepto de servicio público ha perdido relevancia para determinar si un contrato público puede ser clasificado, o no, como una concesión administrativa de servicios. Antes de la aprobación de dicha ley, cuando el contrato tenía por objeto un servicio público, nos encontrábamos frente a la categoría de contrato de gestión de servicios públicos en sus diversas modalidades, una de las cuales podría ser la concesión. Ahora, las concesiones de servicios se distinguirán de los contratos de servicios en la medida que el contratista asuma o no el riesgo operacional. Así, tanto las concesiones como los contratos de servicios pueden tener por objeto cualquier tipo de servicio: ya sea público o de otro tipo. Y es por ello que la LCSP regula tanto las concesiones de servicios públicos como las de servicios ordinarios; los contratos de servicios “no públicos” y los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, exigiendo el mismo régimen jurídico que para las concesiones de servicios (Fuentes i Gasó, 2021a).

En las páginas siguientes se estudia la concesión de servicios haciendo énfasis en la figura del riesgo operacional como elemento característico de la misma, el cual se diferencia del riesgo y ventura, propio de la legislación anterior, se analiza desde el impacto que este produce en la retribución del contratista y en el equilibrio económico del contrato. Asimismo, se hace referencia a las modulaciones que ha sufrido este instituto jurídico durante 2020, como consecuencia de la pandemia de la COVID-19 y las medidas implementadas por la Unión Europea (UE) a través del Plan de Recuperación para Europa, mediante los fondos NextGenerationEU, con el objeto de evaluar si estos han contribuido a la modificación de la naturaleza jurídica de la concesión de servicio.

2 Concepto de servicio público en la LCSP

la LCSP utiliza el concepto amplio de “servicio” o de “servicio público”, según la conceptualización clásica (Fuentes i Gasó, 2021b), al definir el contrato de concesión de servicios en los mismos términos que su predecesora, en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSPP).

El artículo 15 de la LCSP define el contrato de concesión de servicios sobre la base de que este sea de titularidad o competencia del poder adjudicador, mención que también se ve plasmada en el artículo 284.1, en el que dispone que la Administración pública podrá gestionar indirectamente, a través del contrato de concesión de servicio, los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por los particulares, no pudiendo prestarse mediante esta fórmula contractual aquellos servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Sin embargo, al analizar el artículo 284.2 de la LCSP, se observa que se hace referencia a servicios públicos *strictu sensu*; y en el 312.a se establecen como nueva modalidad los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía, si bien bajo el mismo régimen jurídico que el de la concesión de servicios.

La nueva regulación, según Hernández González (2018b, p. 235), consagra “una aproximación cualitativa del contrato de concesión, conforme a una visión economicista” que se sustenta en cinco notas características: carácter económico, riesgo vinculado a la demanda y/o a la oferta (o suministro), no meramente nominal o desdeñable, derivado de factores ajenos (riesgo incierto) y operado en condiciones normales de funcionamiento (riesgo previsible).

De otro lado, el artículo 17 de la LCSP define el contrato de servicio como aquel 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”, en el cual, si bien no existe riesgo operacional para el empresario (López Mora, 2019), cuando se utilice para la gestión de servicios públicos, el servicio seguirá siendo de titularidad

de la Administración y el empresario entablará una relación directa con el usuario (González Ríos, 2018, p. 52). De acuerdo con Martínez Fernández (2019, p. 755), la LCSP no cierra la utilización del contrato de concesión a los servicios mínimos obligatorios –servicios públicos *strictu sensu*–, sino que permite que pueda ser utilizado para la prestación de cualquier tipo de servicios, con tal de que sea posible trasladar el riesgo operacional de la explotación al contratista. No obstante, cuando la LCSP regula la concesión de servicios, matiza que determinados requisitos solo se exigen a los contratos que se refieren a “servicios públicos”. Y cabe entender que exclusivamente a los relativos a servicios mínimos obligatorios. De ahí que González Ríos (2018, p. 53) ponga de relieve que, con la LCSP, la gestión de servicios públicos puede realizarse mediante dos tipos de contratos: la concesión de servicios y el contrato de servicios, según si el contratista asume o no el riesgo operacional (Hernández González, 2018b, p. 380). Ahora bien, aunque el régimen jurídico entre uno y otro contrato es diferente, lo cierto es que la calificación de un servicio como servicio público antecede a su contratación. Es decir, se requiere la previa *publicatio*, que determina el régimen jurídico propio del servicio; y, atendiendo a sus características, se podrá elegir entre asumir el riesgo de la prestación por parte de la Administración pública o transferir ese riesgo al empresario y, según cuál sea esa decisión, la Administración deberá optar por un contrato de concesión de servicios o un contrato de servicios (González Ríos, 2018, p. 53).

En consecuencia, la característica esencial del “servicio público” –esto es su carácter prestacional hacia la ciudadanía– no implica *per se* una tipología contractual u otra, puesto que se podrán gestionar los “servicios públicos” mediante contratos de concesión, si se asume por el contratista ese “riesgo operacional”, o se podrán suscribir meros contratos de servicios, si este no se asume, de acuerdo con el artículo 312 de la LCSP. De aquí que la elección del contrato de concesión se basará, fundamentalmente, en:

Consideraciones económico-presupuestarias; esto es, sin tener en cuenta la esencia de la prestación que se pone en manos del adjudicatario del negocio. Para que haya concesiones exige que el concesionario sea remunerado por la realización de las prestaciones que asume a través del derecho a explotar la actividad objeto de la concesión o de tal explotación acompañada de un precio y que esa explotación conlleve la transferencia al concesionario del llamado “riesgo operacional” (Valcárcel Fernández, 2021, p. 51).

3 El riesgo operacional como fundamento de la concesión de servicios

Indicábamos que la diferencia principal entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios es que, en el primero, el contratista asume el riesgo operacional, por lo que dicho riesgo se convierte en el elemento característico y diferenciador de la concesión de servicio (Hernández González, 2018a, p. 135). Y en este sentido, el artículo 14.4 de la LCSP reproduce el concepto de transferencia del riesgo operacional contemplado en el párrafo último del artículo 5, apartado 1 de la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La LCSP, según Peiró Baquedano (2019, p. RB-7-6), entremezcla las exigencias europeas de transferencia del riesgo operacional y de explotación como forma de remuneración, con la posibilidad de pago de un precio, siempre que el riesgo no se elimine; destacando como cambio importante, lo relativo al hecho que, los servicios prestados indirectamente, aunque titularidad de la Administración, no tienen por qué ser públicos, lo que supone una ampliación del objeto del antiguo contrato de gestión de servicios públicos. Sin embargo, Hernández González (2018b, p. 320), señala que el legislador nacional aun cumpliendo formalmente con la transposición de derecho europeo, “no aclara si la concesión de servicios ha de depender siempre del nivel de demanda de los servicios o, por el contrario, admite también el sistema de pagos por disponibilidad”, que López Mora (2019, p. 259) considera no ajustado a la Directiva 2014/23/UE, a diferencia de Huergo Lora (2018, p. 30).

Así, el riesgo operacional puede definirse con base en los siguientes elementos, en virtud del citado artículo 14.4 de la LCSP (Hernández González, 2018a, p. 154):

1 Estar relacionado con una exposición real a las incertidumbres del mercado; sin embargo, aunque no se requiere un nivel elevado de riesgo, el concesionario debe justificar que cualquier pérdida sufrida debe fundamentarse en un riesgo no meramente exponencial o desdeñable.

2 Derivar de factores que escapan del control de las partes, descartándose los riesgos derivados de mala gestión, incumplimiento o situaciones de fuerza mayor.

3 No garantizar que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas, o cubrir los costes en los que haya incurrido, para la explotación de obra o servicio.

Dadas las características de los contratos de concesión –larga duración, complejidad, entre otros– no es posible establecer un elenco pormenorizado de los riesgos que asume el contratista, pues muchos dependen de las peculiaridades de la prestación del servicio de que se trate. Sin embargo, se ha considerado que la distribución de riesgos recae, por tanto, sobre el concepto de “riesgo operacional de carácter económico”, lo que puede llegar a suponer que el concesionario no recupere las inversiones realizadas, ni cubra los costes que haya sufragado en su explotación en condiciones normales de funcionamiento, aunque una parte del riesgo lo asuma el poder adjudicador. Aquí se incluye el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos (art. 285.1.c LCSP).

Por tanto, las concesiones de servicio se encuentran sujetas al “riesgo de demanda”; es decir, la retribución del concesionario derivará del pago que realicen los usuarios como consecuencia del servicio recibido, lo que se relaciona con la “frecuencia de uso” del servicio por parte de los ciudadanos (Hernández González, 2018a, p. 154), tal como se desprende del artículo 289 de la LCSP. Así, la retribución del usuario como consecuencia de la prestación del servicio no dependerá de la disponibilidad del servicio por parte del concesionario, sino de la frecuencia con la que los usuarios lo utilicen –riesgo de demanda–. No obstante, el riesgo de demanda estará presente en aquellos contratos de concesión de servicios que no impliquen, adicionalmente, la construcción o mejora de la infraestructura del servicio, puesto que, en estos casos, el concesionario está expuesto tanto al riesgo de disponibilidad como al riesgo de demanda (Hernández González, 2018a, p. 155).

De ahí, cabe considerar que, el adjetivo *operacional* que se utiliza en el artículo 15.2 de la LCSP, en relación con el artículo 14.4, permite excluir la hipótesis de que el concesionario deba soportar todos los riesgos que puedan presentarse en el desarrollo del contrato. De igual forma, el artículo 29.6, en desarrollo del artículo 18 de la Directiva 2014/23/UE, dispone que la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos. No obstante, el artículo 43.4.b de dicha directiva y el artículo 290 de la LCSP prohíben de forma expresa cualquier otra modificación, a las previstas inicialmente, que altere el equilibrio económico de la concesión a favor del concesionario. En este mismo sentido, se pronuncia Gimeno Feliú (2013a, p. 97), quien afirma que la regulación de las concesiones no puede contravenir el principio de equilibrio económico-financiero del propio contrato. De hecho, el artículo 290.2 de la LCSP señala, expresamente, que, cuando las modificaciones del contrato afecten al régimen financiero, se deberá compensar a la parte correspondiente de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del mismo.

3.1 Riesgo operacional *versus* riesgo y ventura

El artículo 197 de la LCSP consagra el “riesgo y ventura” como principio de toda contratación, el cual debe ser diferenciado del mencionado “riesgo operacional”, como elemento característico del contrato de concesión. El riesgo y ventura constituye una solución jurídica utilizada para dar cobertura general a la quiebra de la reciprocidad de intereses que suponen los riesgos que acontecen durante la ejecución del contrato. Con este principio se impone al contratista una responsabilidad por riesgo, que lo puede hacer responsable de determinadas situaciones en las que no medie culpa alguna de su parte, siempre que exista algún punto de conexión diferente que justifique su imputación, como la causalidad o la creación de un riesgo, para Sahún Pacheco (2019, p. 64). Por su parte, el riesgo operacional aporta una medida objetiva a la que quedaría sometido el riesgo de cada contrato para determinar con certeza si se trata o no de una concesión, medida que viene a reflejar la exigencia introducida por la Directiva 23/2014/UE de que la concesión no garantice, en ningún caso, la recuperación de los costes e inversiones (Sahún Pacheco, 2019, p. 239). Es decir, el riesgo operacional supone que el concesionario no tiene asegurado un beneficio por la gestión del servicio, lo que se traduce en la posibilidad real de que el contratista incurra en pérdidas económicas.

Advertimos que, el TRLCSP no imponía una cantidad determinada de riesgo, ni un límite del mismo; tampoco determinaba el modo de averiguar cuándo se estaba asumiendo verdaderamente el riesgo y ventura en una concesión. De hecho, el riesgo y ventura no impedía que se pudiera tener garantizada la inversión y los costes, sino que solo exigía una cierta incertidumbre en los beneficios.

Ahora bien, respecto al riesgo operacional, cuando el artículo 290.4 de la LCSP regula el equilibrio económico del contrato, solo contempla el *ius variandi*, el *factum principis* y la fuerza mayor, indicando expresamente que “no existirá derecho al restablecimiento del equilibrio económico financiero por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario”, situación que descarta la posibilidad de que los concesionarios puedan alegar la imprevisibilidad de la bajada de la demanda del servicio que prestan, como recurso para solicitar el reequilibrio.

Así pues, el riesgo operacional es un riesgo que prohíbe la recuperación de la inversión y los costes, mientras que el riesgo y ventura no debería impedir que, para los contratos distintos a la concesión, el contratista pueda recuperar la inversión y los costes. A la concesión ya no le basta con asumir el riesgo de ganar más o menos, sino que el riesgo estará en la posibilidad de quebrar o no quebrar, de que resulte ruinoso o no el contrato; con lo cual, el riesgo operacional implica algo más que el riesgo y ventura: “no implica traspasar todo el riesgo, pero tampoco reconducirlo a la mera idea de riesgo y ventura” (Gimeno Feliú, 2018, p. 102).

3.2 Riesgo operacional y equilibrio económico

Partiendo de que el riesgo operacional es un elemento característico del contrato de concesión, cabe preguntarse hasta qué punto puede impactar en el derecho al reequilibrio económico-financiero contemplado en el artículo 290 de la LCSP, que procederá—en beneficio de la parte que corresponda— en los siguientes supuestos:

- 1 Cuando la Administración realice una modificación de las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios, únicamente por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en los artículos 203-207 de la LCSP.
- 2 Cuando actuaciones de la Administración concedente, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

En este sentido, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en el Informe 24/2013, de 25 de noviembre, precisó que:

La regla del equilibrio financiero del contrato de concesión se fundamenta en la exigencia de una remuneración integral y suficiente del concesionario, lo que habilita el ‘reajuste’ de las contraprestaciones cuando circunstancias sobrevenidas e imprevisibles [...] incidan en la economía de la concesión. Obviamente, en estos reajustes no puede ser corregida en beneficio del concesionario la TIR pactada, en tanto se vulneraría el principio de igualdad de trato en la comparación de ofertas de la licitación.

De ahí que, el reequilibrio económico del contrato no podrá ser utilizado a libre disposición de las partes, sino que deberá comprobarse que se cumplen los extremos de la LCSP, para la procedencia del mismo.

En los supuestos en los que ocurre la ruptura del equilibrio económico del contrato, por actuaciones administrativas obligatorias para el concesionario, se debe proceder al restablecimiento del mismo. Nos referimos al *ius variandi*, que obliga a reestablecer el equilibrio económico del contrato en aquellos casos en los que se modifica la concesión mediante la potestad administrativa unilateral y exorbitante, que ocasiona una mayor onerosidad para el contratista. Otro supuesto es el *factum principis*, que se traduce en una garantía del contratista que se produce cuando, por actuaciones administrativas, se rompe de forma sustancial la ecuación financiera del contrato y, con ello, se provoca el desequilibrio de las prestaciones.

Fuera de dichos supuestos, únicamente procederá cuando causas de fuerza mayor determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato, resaltando que el derecho al equilibrio no procederá por incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el que haya podido realizar el concesionario (art. 285.2 LCSP). Dicho estudio, deberá considerar entre otros elementos, “las previsiones sobre demanda de uso e incidencia económica y social de las obras en su área de influencia y sobre la rentabilidad de la concesión” (art. 247.1.c LCSP). Además, deberá considerar 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. El Consejo de Estado, mediante el Dictamen 1116/2015, de 10 de marzo, sobre su análisis del anteproyecto de la LCSP, se pronunció sobre la importancia de “la inclusión de la referencia al riesgo operacional en el estudio de viabilidad viene obligada por la Directiva 2014/23/UE que, poniendo fin a la oscuridad tradicionalmente existente al respecto, otorga ya una seguridad respecto al juego de este riesgo respecto a la concesionaria, pues se indica que no son concesiones aquellos contratos en los cuales el sector público elimine el riesgo operacional ‘estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y los costes sufragados para la ejecución del contrato’”.

De acuerdo con el artículo 290.5 de la LCSP, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan:

- 1 La modificación de las tarifas a abonar por los usuarios.
- 2 La modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente.
- 3 La reducción del plazo de la concesión.
- 4 Cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico.

Debe destacarse, además, que el artículo 290.6 de la LCSP contempla el derecho del contratista de desistir del contrato sin derecho a indemnización cuando este resulte “extraordinariamente oneroso”, pues comporte un incremento neto anualizado de los costes de, al menos, el 5 % del importe neto de la cifra de negocios por el período que reste de concesión, en los casos en que:

- 1 Se apruebe una disposición general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato.
- 2 El concesionario deba incorporar, por venir obligado a ello legal o contractualmente, a las obras o a su explotación, avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización.

Así pues, según la LCSP, en la concesión de servicios, el contratista debe asumir el riesgo operacional de carácter económico en los supuestos en los que, como consecuencia de la acción administrativa, se le pueden generar daños que este no deba soportar; por lo cual, surge el derecho de solicitar el restablecimiento del equilibrio económico.

4 Extinción de la concesión de servicios

Para el análisis del objeto de nuestro estudio es importante fijarse en la extinción de los contratos de servicios, la LCSP prevé unas normas generales que resultan aplicables a todos los contratos administrativos (arts. 209-213 LCSP) y unas normas especiales, propias de estos (arts. 291-297 LCSP).

4.1 Regla general: el cumplimiento del contrato

El artículo 210.2 de la LCSP se refiere al cumplimiento por parte del contratista de la totalidad de la prestación, de acuerdo con los términos del contrato y a satisfacción de la Administración, que deberá constar en “un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características”. La concesión de servicios se extingue por finalización del plazo de la concesión, oportunidad en la cual 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).

La duración de los contratos, según el artículo 29.6 de la LCSP, no podrá exceder, incluidas las posibles prórrogas, de cuarenta años cuando comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio, de

veinticinco cuando comprendan la explotación de un servicio no sanitario y de diez años en los casos de servicios sanitarios. En este sentido, el plazo constituye un elemento fundamental en la estructura del contrato; en el contrato de concesión de servicios debe ser limitado, se calculará en función de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares. En principio, el plazo no debe superar los cinco años, porque si lo sobrepasara, “la duración máxima de la misma no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación” del servicio (Mestre Delgado, 2018, p. 46).

4.2 Formas de extinción anormal

La LCSP prevé varias formas de terminación “normal” de la concesión de servicios, entre las que se pueden mencionar el incumplimiento por parte de alguna de las partes, las circunstancias sobrevenidas y las razones de interés público. Ahora bien, una de las formas de terminación “anormal” de los contratos es la resolución; una prerrogativa –común a cualquier tipo de contrato– que el artículo 190 de la LCSP atribuye al órgano de contratación, y que puede ejercer en los siguientes casos (art. 211.1 LCSP):

- 1 La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista.
- 2 La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.
- 3 El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.
- 4 La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista.
- 5 La demora en el pago por parte de la Administración (art. 198.6 y 8).
- 6 El incumplimiento de la obligación principal del contrato.

En algunos casos la resolución es obligada, pero en otros no, dado que la LCSP contempla algunos supuestos en los que, a pesar de concurrir la causa prevista para la resolución, su efectividad queda en la disponibilidad de la parte perjudicada por el incumplimiento de la otra, como, por ejemplo, en lo relativo a la declaración de insolvencia, la cual, en algunas ocasiones, produce la modificación del contrato, pero en otras, el derecho a instar la resolución es potestativo, en manos de la parte a la que no le sea imputable la causa de resolución, con excepción de los casos de modificaciones superiores al 20 %, en los que se reconoce a la Administración, también, la legitimación para instar la resolución (art. 212.2 LCSP) (Mestre Delgado, 2018, p. 48).

En el artículo 294, la LCSP contempla, además, causas de resolución específicas aplicables a los contratos de concesión de servicios:

- 1 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 la propia ley. Este instrumento, no posee una regulación material concreta en las normas que regulan la concesión de servicios, sino que se encuentra prevista dentro de las normas contrato de concesión de obras (arts. 273-276 LCSP), aunque en ella se incluyan las concesiones de servicios.
- 2 La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato. Esta causa no se aplica de forma automática y obligada, sino que admite la disponibilidad del contratista, como establece el artículo 292, en el que se contempla que, se reconoce un derecho de aquel “al interés de demora de las cantidades o valores económicos que aquellos signifiquen”.
- 3 El rescate del servicio por la Administración “para su gestión directa por razones de interés público”. Se trata de una potestad vinculada a la protección de los intereses públicos concretada en la determinación del modo de gestión de los servicios públicos, en cuya regulación la Directiva 2014/23/UE nada ha interferido, ya que no tiene por objeto la gestión de servicios públicos, sino de concesiones de obras y, en su caso, de servicios (Mestre Delgado, 2018, p. 52). Para proceder al rescate, se exige la acreditación de que dicha

gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional, con lo cual, el órgano de contratación deberá presentar una motivación detallada de su decisión.

Aun cuando la LCSP mantiene la figura del rescate como fórmula de resolución para los contratos de concesión de servicios existentes, introduce dos garantías en su régimen jurídico:

- a) El sometimiento de este procedimiento de resolución a la tutela del recurso especial en materia de contratación.
- b) La necesidad de la acreditación de que la gestión directa que se pretende implantar es más eficaz y eficiente que la concesional. Lógicamente, no es factible el uso de la potestad de rescate concesional para una nueva licitación.

Así, la discrecionalidad de la Administración para acordar el rescate es limitada por la exigencia de que se justifique la mayor eficacia y eficiencia del órgano o ente público a través de la gestión directa, por encima de la gestión concesional (Míguez Macho, 2019, p. 183). Ello significa que la decisión administrativa, aun siendo discrecional, no es libre, sino que tiene que ser el resultado de una ponderación de los intereses presentes y estar debidamente justificada en razones basadas en los principios económicos de mayor sostenibilidad y eficiencia, lo que incluye acreditar que los beneficios ambientales y sociales que suponga para el ente contratante y sus ciudadanos superan los costes que se generen (Ponce Solé, 2016, p. 81). En la práctica, esto supone limitar o, al menos, dificultar notablemente la posibilidad de rescatar o extinguir anticipadamente un contrato para proceder a la remunicipalización-recuperación de un servicio. Es más realista pensar que dicha recuperación del servicio se podrá producir una vez que se produce el vencimiento del contrato (Fuentes i Gasó, en prensa). Acordado el rescate, el contratista tiene derecho a percibir la correspondiente indemnización, por los perjuicios causados (art. 295.4 LCSP).

4 La supresión del servicio que, de acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de marzo de 1984, es una facultad de la Administración que es consecuencia inseparable de su titularidad sobre el servicio que se gestiona:

El mantenimiento del servicio no puede estar limitado o condicionado por la existencia de un contrato por el que se haya encomendado su gestión a un particular. Es la Administración Pública la que decide unilateralmente si debe suprimirse un determinado servicio en atención a intereses generales que ella misma debe valorar. El ordenamiento jurídico no atribuye al contratista derecho alguno para oponerse a la supresión del servicio.

Sin embargo, la supresión del servicio debe obedecer, en todo caso, a “razones de interés público”, por lo que no se trata de una decisión discrecional de la Administración, sino que debe responder al extremo previsto en la norma.

5 La imposibilidad de explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato. Esta causa de resolución se relaciona con el *factum principis*, el cual también da derecho al equilibrio económico del contrato, como se ha visto. Se trata de decisiones adoptadas por las Administraciones públicas, con una finalidad distinta de afectar al contrato en cuestión, pero que, en alguna medida, produce efectos sobre el mismo que imposibilitan su prestación.

6 El secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones. El artículo 293.1 de la LCSP le otorga a la Administración la potestad cuando, por causas ajenas al concesionario, o bien por incumplimiento por parte de este, se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio.

Conforme a criterios de proporcionalidad, debe determinarse si procede el secuestro o la resolución, así como su duración, tiempo en el que la Administración pública se hace cargo de la gestión del servicio para reparar o corregir el supuesto que justifica la intervención, que no puede exceder, incluidas las prórrogas, el plazo de tres años (art. 263.3). Concluida la intervención del servicio y normalizada la prestación, el contratista asume de nuevo la gestión y queda obligado a indemnizar los daños y perjuicios producidos y a asumir las penalidades aplicables. Cabe notar que, en los supuestos de resolución por causa imputable a la Administración, se abonará

al concesionario –en todo caso– el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de los servicios objeto de concesión, atendiendo a su grado de amortización. Al efecto, se aplicará un criterio de amortización lineal de la inversión. Ahora bien, cuando la resolución obedezca a causas no imputables a la Administración, el importe a abonar al concesionario por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras y adquisición de bienes que deban revertir a la Administración será el que resulte de la valoración de la concesión, determinado conforme lo dispuesto en el artículo 281 de la LCSP.

En todo caso, y conforme al artículo 294 de dicha ley, se entenderá que no es imputable a la Administración la resolución del contrato cuando esta obedezca a alguna de las causas establecidas en las letras *a*, *b* y *f* del artículo 211, así como a las causas establecidas en las letras *a* y *f* del artículo 294 y con independencia de lo dispuesto en el artículo 213; el incumplimiento por parte de la Administración o del contratista de las obligaciones del contrato producirá los efectos que según las disposiciones específicas del servicio puedan afectar a estos contratos.

5 El posible impacto de la COVID-19

Por último, nos hemos querido referir a algunas modificaciones que ha sufrido la concesión de servicios como consecuencia de la COVID-19. Durante 2020 el mundo conoció esta pandemia, cuya expansión acelerada llevó a los gobiernos a decretar medidas excepcionales de emergencia o urgencia que les permitiera adoptar las acciones necesarias para minimizar su impacto en la población –compras excepcionales, contratación de personal médico-sanitario de forma temporal y excepcional, beneficios sociales para colectivos vulnerables, medidas de cuarentena o distanciamiento social, entre otros.

La COVID-19 impactó en todos los ámbitos –económicos, políticos, sociales– y la contratación pública no fue la excepción. En este sentido, nos referiremos a la respuesta de la UE a través del Fondo de Recuperación Europeo (NextGenerationEU) y a las medidas adoptadas en materia de contratación pública por el Gobierno español.

5.1 El Fondo de Recuperación Europeo

La proposición de un fondo de recuperación surgió producto de una iniciativa franco-alemana que abogaba por la posibilidad de dotar un instrumento financiero por un monto de 500.000 millones de euros para el próximo Marco Financiero Plurianual (MFP) del septenio 2021-2027 (Olesti Rayo, 2020), que permita atender las consecuencias de la pandemia en las economías de los Estados miembros.

Tras una larga y compleja negociación, los líderes europeos alcanzaron, el 21 de julio de 2020, un acuerdo para apoyar la recuperación de los países afectados por la crisis ocasionada por la COVID-19, junto con el MFP de la UE; y así, se sancionó la creación de un instrumento financiero de carácter extraordinario y temporal, denominado NextGenerationEU, con el fin de proporcionar una respuesta europea coordinada a las consecuencias económicas de la pandemia (Consejo Europeo, 2020), sobre la base de tres pilares (Gimeno Feliú, 2021a, p. 42):

- 1 Instrumentos para apoyar los esfuerzos de los Estados miembros por recuperarse, reparar los daños y salir reforzados de la crisis.
- 2 Medidas para impulsar la inversión privada y apoyar a las empresas en dificultades con el objetivo de relanzar la economía.
- 3 Aprender de la experiencia de la crisis a través del refuerzo de los programas clave de la UE para extraer las enseñanzas, hacer que el mercado único sea más fuerte y resiliente, y acelerar la doble transición ecológica y digital.

A través del Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de febrero de 2021, se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), cuya aplicación, de acuerdo con el artículo 3, incluirá ámbitos de actuación de importancia europea estructurados en seis pilares: 1) transición

ecológica; 2) transformación digital; 3) crecimiento inteligente, sostenible e integrador, que incluya la cohesión económica, el empleo, la productividad, la competitividad, la investigación, el desarrollo y la innovación, y un mercado interior que funcione correctamente con pymes sólidas; 4) cohesión social y territorial; 5) salud y resiliencia económica, social e institucional, con objeto, entre otros, de aumentar la preparación y capacidad de reacción ante las crisis, y 6) políticas para la próxima generación, la infancia y la juventud, tales como la educación y el desarrollo de capacidades.

En el marco de estos pilares, los Estados debían elaborar planes de recuperación y resiliencia nacionales para alcanzar los objetivos establecidos en el Reglamento; y, según el artículo 18, para poder optar a la financiación con arreglo al MRR, debían incluir un conjunto de medidas de ejecución de las reformas y de inversión pública, que puedan incluir también programas públicos destinados a incentivar la inversión privada.

El Estado español, a fin de adaptar su marco regulatorio a las exigencias requeridas para acceder a los NextGenerationEU, dictó el Real Decreto Ley 36/2020, de 30 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia (RD Ley 36/2020), que pretendía eliminar los “cuellos de botella” y preparar “autopistas administrativas” para la selección y el acceso a dichos fondos (Gimeno Feliú, 2021b, p. 92). El RD Ley 36/2020 incorpora, en su título IV, un conjunto de especialidades en materia de gestión y control presupuestario, elaboración normativa, tramitación de procedimientos administrativos, contratación pública, convenios administrativos, subvenciones, y algunas técnicas de colaboración público-privada, dirigidas a simplificar y facilitar el desarrollo y ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia de la Economía Española (PRTR) (Moreno Molina, 2021, p. 300). De acuerdo con su exposición de motivos, el capítulo III del mencionado título se destina a la contratación pública y busca “agilizar este tipo de procedimientos, simplificando sus trámites y eliminando cuellos de botella normativos, de manera que la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia pueda llevarse a cabo de la forma inmediata, para que los efectos previstos sobre la economía española se comiencen a notar lo antes posible”.

El artículo 56 del RD Ley 36/2020 prevé que, en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se financien con cargo a fondos del PRTR, el periodo de recuperación de la inversión previsto en el artículo 29 de la LCSP, será calculado de acuerdo con lo previsto en este último artículo, y con lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de Desindexación de la Economía Española, mediante el descuento de los flujos de caja esperados por el concesionario, si bien la tasa de descuento a aplicar en estos casos será el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a 30 años, incrementado en un diferencial de hasta 300 puntos básicos. Además, el artículo 69 del RD Ley 36/2020 regula la ejecución del PRTR a través de sociedades de economía mixta, adaptando su régimen jurídico previsto en la LCSP a las colaboraciones público-privadas que el PRTR impulsa que se desarrollen, y facilitando la agilización y flexibilización del procedimiento de selección del socio de la futura empresa de economía mixta (Moreno Molina, 2021, p. 303). Asimismo, este precepto establece que la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, cuando esté sujeto a regulación armonizada en el sentido definido por la LCSP o sujeto al RD Ley 36/2020, y cuyo objeto sea la ejecución de un proyecto enmarcado en el PRTR, podrá adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que:

1 La elección del socio privado se haya efectuado en conformidad con las normas establecidas en la LCSP o en el libro I del RD Ley 36/2020, según proceda en cada caso, para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto.

2 No se introduzcan modificaciones en el objeto ni en las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Cuando la elección del socio privado deba hacerse por parte de una Administración pública, resultarán de aplicación los párrafos anteriores, aunque dicha selección se llevará a cabo en conformidad con los procedimientos que contempla la LCSP.

Finalmente, el artículo 69.3 del RD Ley 36/2020 establece que, cuando, en conformidad con lo anteriormente señalado, resulte de aplicación el procedimiento establecido en el artículo 321.2.b de la LCSP, deberán observarse las siguientes especialidades:

1 La documentación de la licitación deberá incluir al menos la información relativa y el pliego del contrato que se ha de adjudicar a la futura sociedad de economía mixta, así como los estatutos de dicha entidad; en su caso, el pacto de accionistas y todos los demás elementos por lo que se regirá la relación *inter partes*.

2 Cuando la entidad contratante tenga la necesidad de que, por motivos concretos, algunas condiciones de la adjudicación se puedan ajustar tras la elección del adjudicatario, se ha de prever expresamente esta posibilidad de adaptación, así como sus términos concretos de aplicación, en la documentación anteriormente referida, de manera que todas las empresas interesadas en participar tengan conocimiento de ello desde el inicio.

3 El anuncio de licitación incluirá información sobre la duración prevista del contrato que la sociedad de economía mixta haya de ejecutar, así como de sus posibles prórrogas y modificaciones.

La modificación de los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios que se adjudiquen directamente con arreglo a lo previsto en el artículo 69 del RD Ley 36/2020, se sujetará a lo establecido en los artículos 203-207 de la LCSP o en los artículos 109-112 del RD Ley 36/2020, según proceda, todos ellos relativos a la modificación de los contratos.

En caso de que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como contratista a otros contratos distintos de los referidos en los apartados 1 y 2 del artículo 70 del RD Ley 36/2020, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación en conformidad con lo establecido en la LCSP o en el RD Ley 36/2020, según proceda en cada caso.

Cabe destacar que, no obstante que esta regulación pueda resultar una novedad, la exigencia de participación pública mayoritaria puede suponer una desincentivación para los socios privados que quieran participar en la ejecución de un proyecto enmarcado en el PRTR, quienes podrían preferir la implementación de otras formas de asociación público-privadas, distintas al “negocio concesional”, en las que puedan ejercer su capacidad de gestión, sin condicionantes que un socio público mayoritario puede ir imponiendo de forma sobrevenida (Gimeno Feliú, 2021b, p. 94). En este sentido, esa falta de seguridad jurídica al no tener una posición institucional “garantizada” en la sociedad de economía mixta constituye una importante dificultad para la utilización de estos instrumentos.

5.2 Medidas adoptadas por el Gobierno español

La mayoría de la legislación de “extraordinaria y urgente necesidad” aprobada por el Gobierno como consecuencia del estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, regula directamente aspectos de la gestión contractual pública y/o tiene un efecto sobre la actividad contractual del sector público, tanto de los expedientes que se encontraban en tramitación al decretarse el estado de alarma como de contratos que se encontraban en ejecución el 14 de marzo (Martínez Fernández, 2020).

Respecto de la materia que nos ocupa –el contrato de concesión–, nos referiremos al Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 (RD Ley 8/2020), cuyo artículo 34 contiene disposiciones que inciden directamente en el contrato de concesión. En concreto, el apartado cuarto recoge el derecho del concesionario de obras o de servicios a restablecer el equilibrio económico de cada contrato afectado por esa situación de hecho creada por la mencionada crisis sanitaria. Igualmente, nos referiremos a las modificaciones que sobre dicho artículo 34 fueron introducidas a través de la disposición final 1.10 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19, y después a través de una nueva reforma, realizada por la disposición final 9 del Real Decreto Ley 17/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueban medidas de apoyo al sector cultural y de carácter tributario para hacer frente al impacto económico y social del COVID-2019.

Lo primero que debe advertirse, es que lo dispuesto en los mencionados reales decretos leyes tendrá un ámbito de aplicación limitado en el tiempo, por lo que el impacto que la crisis de la COVID-19 pueda tener fuera de dicho margen temporal deberá determinarse con arreglo a las reglas que sean aplicables a cada contrato (Gallego Córcoles, 2020, p. 422). Debe recordarse que el RD Ley 8/2020 tenía un plazo de vigencia inicial de un mes desde su entrada en vigor, pero las sucesivas prórrogas del estado de alarma hicieron que se modificara la redacción de la disposición final décima de la norma, para establecer que “las medidas previstas en el presente Real Decreto-ley mantendrán su vigencia hasta un mes después del fin de la vigencia de la declaración del estado de alarma”,¹ de allí que, debería pensarse que las disposiciones contenidas en estos reales decretos leyes no deberían considerarse aplicables una vez transcurra el lapso temporal en ellos previsto (Gallego Córcoles, 2020, p. 424).

El artículo 34.4 del RD Ley 8/2020 prevé que, en los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios vigentes a su entrada en vigor, celebrados por las entidades pertenecientes al sector público, en el sentido definido en el artículo 3 de la LCSP, la situación de hecho creada por la COVID-19 y las medidas adoptadas por el Estado, las comunidades autónomas o la Administración local para combatirlo darán al concesionario el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato. Las medidas de reequilibrio compensarán a los concesionarios por la pérdida de ingresos y el incremento de los costes soportados, entre los que se considerarán los posibles gastos adicionales salariales que efectivamente hubieran abonado, respecto a los previstos en la ejecución ordinaria del contrato de concesión de obras o de servicios durante el período de duración de la situación de hecho creada por la COVID-19. Sobre el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, Tornos Mas (2020a) señala que el régimen excepcional establecido en el RD Ley 8/2020 no se aplica solamente a la nueva concesión de la LCSP de 2017, sino también a todos los contratos de concesión de servicios públicos adjudicados conforme a la legislación estatal de contratación administrativa anterior.

Dispone el citado artículo 34.4 del RD Ley 8/2020 que el derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato procederá cuando el órgano de contratación, a instancia del contratista, hubiera apreciado la imposibilidad de ejecución del contrato como consecuencia de la situación descrita en su primer párrafo, y únicamente respecto de la parte del contrato afectada por dicha imposibilidad. El presupuesto para la procedencia del restablecimiento del equilibrio económico del contrato ha generado posiciones e interpretaciones encontradas, unas más restrictivas y otras menos restrictivas. Así, por ejemplo, la Abogacía del Estado, en su informe del 1 de abril de 2020, titulado “Consulta sobre la interpretación y aplicación del artículo 34 del Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo”, afirma que “excluye que la situación de hecho por el Covid-19 sea tratada, a los efectos de la contratación pública, como un caso de fuerza mayor” y considera que solo cabe restablecimiento del equilibrio económico del contrato de concesión cuando se cumpla estrictamente el supuesto de hecho de la norma, destacando que no existe “imposibilidad” de ejecutar el contrato si se mantienen las condiciones que permitan al contratista continuar con las obligaciones derivadas de la concesión.

En una línea interpretativa un poco similar, Gimeno Feliú (2020, pp. 42-43) considera que no parece probable que, en contratos de larga duración, como son los concesionales, las medidas dictadas para atender la pandemia de la COVID-19 puedan tener un impacto tal que supongan la ruptura del equilibrio económico del contrato; sin embargo, advierte que la prerrogativa de interpretación del contrato –no solo del clausulado, sino también de la propia necesidad o causa del mismo–deberá permitir que estos sean adaptados a la nueva realidad derivada del estado de alarma. Por su parte, Tornos Mas (2020b: 118) estima que existen otros elementos que deben ser considerados en el marco de la pandemia de la COVID-19:

1 Si el régimen excepcional de reequilibrio económico es único y excluyente, es decir, en casos de no existir imposibilidad total o parcial de llevar a cabo la prestación del servicio, las partes deben acudir al régimen normal del tratamiento del reequilibrio económico.

2 ¿A qué medios puede acudir y cuáles son los más razonables para recomponer el equilibrio económico roto, en caso de que, el derecho al reequilibrio sea procedente? En tal sentido, el desequilibrio económico del contrato puede mantenerse, incluso una vez levantado el estado de alarma, puesto que la normalidad

¹ Disposición final 1.17 del Real Decreto Ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19.

en la actividad económica será a largo plazo; entonces, deberá plantearse cómo se aplicará la normativa a una nueva normalidad diversa de la situación anterior a la COVID-19.

En estos casos, las Administraciones públicas y los tribunales de contratación pública deberán atender a los principios que rigen la contratación pública en materia de contratos concesionales, flexibilizando el principio del riesgo y ventura en razón del principio de continuidad de los servicios y la garantía de la calidad de su prestación, recordando también que el contratista es un colaborador de la Administración. Para ello, las técnicas del *factum principis*, del riesgo imprevisible y de la fuerza mayor se convierten en instrumentos legales que pueden ayudar a lograr el fin de interés general, que es el mantenimiento de la prestación de los servicios con la mayor calidad posible. Debe entenderse que, si por causas sobrevenidas e imprevisibles se ha roto la ecuación financiera, se debe acudir en ayuda del concesionario, dado que el equilibrio responde a la finalidad de satisfacer el interés público.

En cuanto a las modalidades para el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el RD Ley 8/2020 prevé dos tipos de medidas: la ampliación de la duración inicial del contrato hasta un máximo de un 15 % o la modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Se advierte que, respecto al régimen general, se eliminan algunos límites respecto a la ampliación del plazo (Gallego Córcoles, 2020, p. 446). En este sentido, cabe recordar que, en el ámbito de la LCSP, la ampliación de los plazos solo es posible, en las concesiones de obras, cuando la retribución del concesionario proviniere en más de un 50 % de tarifas abonadas por los usuarios, mientras que en las concesiones de servicios deberán respetarse los límites máximos previstos legalmente. En este sentido, traemos a colación el Informe 36/2020, de 11 de febrero de 2021, de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, en el que se reconoce que la ampliación del plazo del contrato prevista en el artículo 34 del RD Ley 8/2020 para el restablecimiento del equilibrio económico de los contratos de concesión puede aplicarse a los contratos que se encuentren prorrogados, siendo posible ampliar el plazo más allá de lo previsto inicialmente y de lo que se haya añadido mediante las prórrogas acordadas conforme a derechos. Por último, para la procedencia del derecho al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el contratista, previa solicitud, deberá acreditar la realidad, la efectividad y el importe de los gastos, según las reglas generales sobre el reequilibrio de las concesiones, puesto que el RD Ley 8/2020 no establece trámite o procedimiento adicional alguno.

Así pues, el RD Ley 8/2020 constituye un seguro legislativo para las pérdidas ocasionadas temporalmente en la concesión, y hace que en este período no funcione el reparto de riesgos (Gimeno Feliú, 2020, p. 45), pero esta medida excepcional no debe entenderse en ningún caso como una derogatoria de todo el régimen general vinculado a la prestación de los servicios de concesión de obras y concesión de servicios prevista en la LCSP.

6 Conclusiones

A pesar de que la LCSP introduce modificaciones importantes en el régimen jurídico del contrato de concesión —donde, respecto a la concesión de servicios, pierde relevancia la naturaleza del servicio que se presta, es decir, si es un servicio público, o no—, esta institución sigue siendo una de las formas de colaboración público-privada más utilizada en el Estado español, aunque el gestor privado asuma el riesgo operacional y deba garantizar la regularidad, continuidad y calidad del servicio prestado.

La LCSP contiene una regulación bastante completa de los aspectos centrales del contrato de concesión; si bien no contempla un procedimiento especial para adjudicar una concesión de obras o de servicios, delimita con mucha claridad lo que debe entenderse por riesgo operacional —y los aspectos que comprende— diferenciándolo de figuras como el riesgo y ventura y otros aspectos tales como el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, las formas de terminación específicas del contrato de concesión o el plazo de duración de los mismos.

Sin embargo, la nueva realidad social y administrativa surgida tras la COVID-19 puso sobre la mesa la eventual insuficiencia de la LCSP para atender los posibles imprevistos surgidos a raíz de la pandemia, lo que produjo la necesidad de evaluar —con ocasión de la nueva realidad— la existencia de situaciones distintas y no reguladas que pudieran llegar a romper el equilibrio económico del contrato, o si la pandemia en sí misma se configura como un riesgo que no debería soportar el gestor privado.

El Gobierno español dictó varios decretos leyes en los que pretendía regular algunos aspectos del contrato de concesión que pudieron verse impactados por la COVID-19, como, por ejemplo, las reglas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato. No obstante, pareciera que esta nueva regulación era del todo innecesaria, dada las especiales características del contrato de concesión, en el que el contratista, por la propia naturaleza del contrato, debe asumir el riesgo operacional; y cuya finalidad, en atención a la larga duración del mismo, es que este recupere la inversión realizada.

De hecho, si nos remitimos al contrato de concesión de servicios, el riesgo de demanda es uno de los riesgos que se encuentran contemplados dentro del concepto de riesgo operacional regulado en la LCSP, y que debería comprender una disminución o baja en la demanda de determinado servicio que preste el gestor privado, con lo cual, pareciera poco probable que la pandemia de la COVID-19 pudiera romper el equilibrio económico del contrato y generar indemnizaciones extraordinarias a favor del contratista.

Ahora bien, respecto al RD Ley 36/2020, que pretendía constituir el bálsamo de Fierabrás para el acceso a los NextGenerationEU, se puede considerar, siguiendo a Valcárcel Fernández (2020, p. 188), que, si bien dichos fondos constituyen una ventana de oportunidad para el fomento de distintas formas de colaboración público-privada –entre las que se encuentra el contrato de concesión– “as far as concessions are concerned, the current regulation in LCSP is a good starting point for straightening out the former situation with a strategic vision that contributes to promoting the competitiveness of the country. Let’s not waste the opportunity”. En cualquier caso, se verá si las modulaciones del régimen jurídico previstas en el RD Ley 36/2020 para estos contratos y, en general, para todos los procedimientos contractuales de fomento de la actividad económica consiguen los objetivos que la UE estableció para el Fondo de Recuperación Europeo.

En estos momentos de crisis cobran especial relevancia las figuras del responsable del contrato y el estudio de las ofertas anormalmente bajas previstas en la LCSP, las cuales –cada una desde su ámbito de acción– buscan garantizar la adecuada ejecución del contrato de concesión de servicios, desde la adecuada satisfacción del interés general y, sobre todo, la continuidad, universalidad, equidad y calidad del servicio prestado a los ciudadanos.

En definitiva, la normativa dictada con ocasión de la pandemia de la COVID-19 no introduce cambios sustanciales respecto de la figura de la concesión de servicio, muy por el contrario, parece que la pandemia de la COVID-19 está propiciando un horizonte previsible de recortes presupuestarios y de necesidad de priorización del gasto público al pago de subsidios de desempleo, ingreso vital y otras políticas sociales, donde los concesionarios tienen nuevamente un campo de actuación para coadyuvar a los fines públicos.

En un futuro no muy lejano, podremos valorar si las modulaciones introducidas a raíz de la COVID-19, junto con las derivadas de la ejecución de los fondos NextGenerationUE, pueden constituir un verdadero “laboratorio de experimentación e innovación” jurídicas, como apuntaba el maestro Manuel Ballbé (2007, p. 259), que permitan la depuración conceptual y la simplificación procedimental del complejo entramado jurídico de la LCSP; modulaciones de las que tanto adolece y que resultarían un gran alivio para el conjunto de operadores públicos y privados que día tras día se enfrentan a ella, en muchos casos como Don Quijote ante los molinos de viento.

7 Referencias

- Ballbé Mallol, Manuel. (2007). El futuro del Derecho administrativo en la globalización. Entre la americanización y la europeización. *Revista de Administración Pública*, 174, 215-276.
- Carmona Garias, Sílvia. (2021). El alcance de las obligaciones de transparencia de las fundaciones privadas prestadoras de servicios sanitarios. *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 85, 11-45.
- Colás Tenas, Jesús. (2017). Contratación local. *Anuario Aragonés del Gobierno Local*, 9, 85-109.
- Consejo Europeo. (2020). [*Conclusiones*](#). Reunión extraordinaria del Consejo Europeo (17, 18, 19, 20 y 21 de julio de 2020). Bruselas (EUCO 10/20).
- Franco Escobar, Susana Eva. (2017). *La autorización administrativa en los servicios de interés económico general. Intervención administrativa en los mercados de las comunicaciones, la energía y los transportes*. Tirant Lo Blanch.
- Fuentes i Gasó, Josep Ramon. (2019). La pervivencia de la gestión indirecta de los servicios públicos locales tras la nueva Ley de Contratos del Sector Público: las sociedades de economía mixta. *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 50, 14-51.
- Fuentes i Gasó, Josep Ramon. (2021a). *La concesión y el procedimiento administrativo: Dos instituciones administrativas en simbiosis*. Tirant lo Blanch.
- Fuentes i Gasó, Josep Ramon. (2021b). On public service and service of general economic interest: a conceptual approach. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, 12(2), 237-261.
- Fuentes i Gasó, Josep Ramon (ed.). (en prensa). *Externalización e interiorización de la gestión de los servicios públicos locales: entre público y privado*. Tirant lo Blanch.
- Gallego Córcoles, Isabel. (2020). El impacto de la crisis del COVID-19 sobre los contratos públicos en vigor. *Anuario del Gobierno Local*, 1, 419-446.
- García Rosa, Mirta. (2018). [*El nuevo contrato de concesión de servicios: claves para su fiscalización*](#). *Auditoría pública. Revista de los Órganos Autónomos de Control Externo*, 71, 91-100.
- Gimeno Feliú, José María. (2013a). Las nuevas directivas –cuarta generación– en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 159, 39-106.
- Gimeno Feliú, José María. (2013b). Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública. *Revista de Estudios Locales (CUNAL)*, 161, 15-44.
- Gimeno Feliú, José María. (2018). La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente. En José María Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 47-132). Thomson Reuters Aranzadi.
- Gimeno Feliú, José María. (2019). *La Ley de Contratos de Sector Público 9/2017. Sus principales novedades, los problemas interpretativos y las posibles soluciones*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Gimeno Feliú, José María. (2020). La crisis sanitaria COVID19 y su incidencia en la contratación pública. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 86-87, 42-53.
- Gimeno Feliú, José María. (2021a). Los fondos europeos “next generation” como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 214, 39-74.

- Gimeno Feliú, José María. (2021b). [De las ideas a la acción en la gestión de los fondos europeos: reflexiones propositivas para el diseño de una adecuada gobernanza de ejecución](#). *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 55, 88-114
- González Ríos, Isabel. (2018). La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material. En Isabel González Ríos (dir.), *Servicios de interés general y protección de los usuarios: (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, transportes y comunicaciones electrónicas)* (pp. 25-57). Dykinson.
- Hernández González, Francisco. (2018a). El riesgo operacional en los contratos públicos locales. *Anuario de Derecho Municipal*, 12, 129-164.
- Hernández González, Francisco. (2018b). *La Nueva Concesión de Servicios. Estudio del Riesgo Operacional*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Huergo Lora, Alejandro. (2018). Skin in the game: riesgo operacional y responsabilidad patrimonial administrativa. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 74, 20-33.
- Laguna de Paz, José Carlos. (2017). [Los contratos administrativos de concesión de servicios y de servicios a los ciudadanos](#). *Revista de Administración Pública*, 204, 41-68.
- López Mora, María Eugenia. (2019). *El nuevo contrato de concesión: el riesgo operacional*. Atelier.
- Martínez Fernández, José Manuel. (2019). [Los diferentes tipos de contratos para prestar servicios públicos tras la LCSP y el difícil equilibrio entre los riesgos y la atracción de inversiones privadas](#). *Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, 2, 753-782.
- Martínez Fernández, José Manuel. (2020). Efectos sobre los expedientes de contratación en tramitación y los contratos en ejecución de las medidas adoptadas por el Gobierno a raíz de la crisis sanitaria provocada por el coronavirus. *El Consultor de los Ayuntamientos*, II.
- Mestre Delgado, Juan Francisco. (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.
- Míguez Macho, Luís. (2019). [La nueva regulación del rescate en los contratos de concesión y sus implicaciones para la asunción por los ayuntamientos de la gestión directa de los servicios públicos](#). En Tomás Font i Llovet y Alfredo Galán Galán (dirs.), *Anuario del Gobierno Local 2018. Contratación pública y Administración Local* (pp. 173-203). Fundación Democracia y Gobierno Local.
- Moreno Molina, José Antonio. (2021). La ejecución de los fondos de recuperación europeos. Medidas sobre contratación pública introducidas por el Real Decreto-Ley 36/2020. *Revista Vasca de Administración Pública*, 119, 281-312.
- Muñoz Machado, Santiago. (2015). *Tratado de derecho administrativo y de derecho público general*. Boletín Oficial del Estado.
- Olesti Rayo, Andreu. (2020). La respuesta de la Unión Europea a la crisis derivada de la COVID-19. *Revista Catalana de Dret Públic*, (número especial), 89-104. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i0.2020.3514>
- Peiró Baquedano, Ana Isabel. (2019). *El sistema de reparto de riesgos en las concesiones: hacia una nueva gobernanza*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Ponce Solé, Juli. (2016). [Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones](#). *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, 40, 68-108.
- Sahún Pacheco, Rocío. (2019). [La distribución de riesgos en la concesión de servicios. Crítica del riesgo operacional](#) [Tesis doctoral]. Universidad Complutense de Madrid.

- Tornos Mas, Joaquín. (2017, 21 de diciembre). [La tarifa como contraprestación que pagan los usuarios en el contrato de concesión de servicios de la Ley 9/2017 de contratos del sector público](#). *La Administración al día*.
- Tornos Mas, Joaquín. (2018). El contrato de concesión de servicios. En José María Gimeno Feliú (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (pp. 1447-1484). Thomson Reuters Aranzadi.
- Tornos Mas, Joaquín. (2020). COVID-19, contratos concesionales y reequilibrio económico. En José María Gimeno Feliú (dir.), *Observatorio de los contratos públicos 2019* (pp. 113-146). Thomson Reuters Aranzadi.
- Valcárcel Fernández, Patricia. (2019). La colaboración público-privada en la LCSP. Algunas experiencias en el ámbito local. En José Manuel Martínez Fernández (coord.), *La gestión de los servicios públicos locales en el marco de la LCSP, la LRJSP y la LRSAL* (pp. 657-689). Wolters Kluwer.
- Valcárcel Fernández, Patricia. (2020). Works and service concession contracts: the way to foost PPP in Spain. En Piotr Bogdanowicz, Roberto Caranta y Pedro Telles (eds.), *Public-Private Partnerships and Concessions in the EU. An Unfinished Legislative Framework* (pp. 168-188). Edward Elgar Publishing.
- Valcárcel Fernández, Patricia. (2021). Ideas nucleares de la regulación sobre las concesiones de obra y de servicio en la LCSP. En Pablo Raúl Bonorino Ramírez, Rafael Fernández Acevedo y Patricia Valcárcel Fernández (eds.), *Justicia, Administración y Derecho: nuevos retos del Derecho en el siglo XXI* (pp. 43-69). Thomson Reuters Aranzadi.