

# Delimitación y plazos de duración de las concesiones de obras y servicios en la Ley de Contratos del Sector Público del 2017

**Blanca Lozano Cutanda**

Catedrática de Derecho Administrativo  
Consejera académica de GA\_P

**Irene Fernández Puyol**

Abogada senior del Área  
de Derecho Público de GA\_P

---

*Son muchas y muy importantes las novedades que introduce la nueva Ley de Contratos del Sector Público en los contratos de concesión de obras y de servicios, siendo esta última una nueva categoría contractual creada por la ley que viene a sustituir al extinto contrato de gestión de servicios públicos. En este primer análisis se aborda el concepto de estos contratos, su delimitación de otras figuras y su plazo de duración.*

La Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público (LCSP), crea la nueva figura del contrato de concesión de servicios y modifica de forma importante el contrato de concesión de obras, con la finalidad fundamental de transponer las prescripciones de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento y del Consejo, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

La ley ya no especifica que las concesiones deban recaer sobre una «obra pública» o un «servicio público», aunque eso será lo usual. Así lo reconoce la exposición de motivos de la ley cuando, al referirse al contrato de concesión de servicios que tiene por objeto servicios públicos, añade que esto «será el caso más general».

Sin embargo, al eliminarse la referencia a los servicios públicos que contenía el anterior contrato de gestión de servicios públicos, por un lado, ya no existen limitaciones para la atribución del contrato de concesión de servicios por parte de poderes adjudicadores distintos a las

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Administraciones Públicas y, por otro lado, algunas actividades que con anterioridad habían de calificarse de contrato de servicios por no ser servicios públicos, pero en los que concurría un riesgo operacional (pensemos, p. ej., en un servicio de cafetería), ahora podrán configurarse como concesiones de servicios.

El nuevo contrato de concesión de servicios es el que ocupa fundamentalmente la figura del desaparecido contrato de gestión de servicios públicos. Así será siempre que concurren los requisitos de este nuevo contrato, fundamentalmente la transferencia del riesgo operacional a la que haremos referencia a continuación. Por eso las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos deben entenderse hechas al contrato de concesión de servicios en la medida en que se cumplan estos requisitos (LCSP, disp. adic. 34.<sup>ª</sup>).

Aun siendo la concesión de obras y la concesión de servicios contratos distintos, el régimen jurídico aplicable a ambos tipos de contratos de concesión presenta muchas coincidencias, hasta el punto de que la ley prevé la aplicación supletoria al contrato de concesión de obras de la regulación establecida para el contrato de concesión de servicios siempre que resulte compatible con su naturaleza (art. 297).

Por ello abordaremos conjuntamente sus principales novedades, sin perjuicio de hacer referencia a las especialidades de ambos tipos contractuales.

## **1. Concepto del contrato de concesión de obras y del de concesión de servicios: la transferencia del riesgo operacional como elemento definidor de las concesiones**

La Ley de Contratos del Sector Público define el contrato de concesión de obras como aquel que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones propias del contrato de obra (cuyo objeto está definido por el artículo 13 en relación con el anexo I de dicha ley), incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como las de conservación y mantenimiento de elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél 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 (art. 14.1).

Por su parte, el contrato de concesión de servicios se define como 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 (art. 15.1).

En ambos casos, el elemento fundamental que define un contrato como concesión de obra o concesión de servicios es la transferencia al concesionario del «riesgo operacional», que ha de suponer una «exposición real a las incertidumbres del mercado».

Los elementos interpretativos que aporta la Ley de Contratos del Sector Público (art. 14.4) para determinar cuándo se transfiere al operador el riesgo operacional son los siguientes:

- a) El concesionario asume un riesgo operacional cuando «no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá 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». De esta forma, lo que caracteriza el contrato de concesión no es sólo el riesgo a no tener beneficios, sino también el riesgo a tener pérdidas derivadas de la explotación (lo que se conoce como *déficit de explotación*).
- b) Esa exposición a las incertidumbres del mercado puede consistir en un riesgo de demanda, en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Se entiende por riesgo de demanda «el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y [por] 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».

Los considerandos de la Directiva 2014/23 aportan explicaciones adicionales sobre el concepto de 'riesgo operacional':

- a) No estaremos ante un régimen de concesión «si la Administración aliviase al operador económico de cualquier posible pérdida garantizando unos ingresos mínimos que sean iguales o superiores a las inversiones y los costes que el operador económico deba asumir en relación con la ejecución del contrato» (cdo. 18).
- b) Del mismo modo, no estaremos ante un régimen de concesión «cuando la reglamentación específica del sector elimina el riesgo estableciendo una garantía en beneficio del concesionario en virtud de la cual se compensen las inversiones y costes sufragados para la ejecución del contrato» (cdo. 19).
- c) Ahora bien, una cosa es que se elimine el riesgo y otra distinta es que el riesgo esté limitado. Conforme a la directiva, «el hecho de que el riesgo esté limitado desde el inicio no impedirá que el contrato se considere una concesión. Lo mismo ocurre, por ejemplo, en sectores con tarifas reglamentadas, o cuando se limita el riesgo operacional mediante regímenes contractuales que prevén una compensación parcial, incluida la compensación en caso de adelantarse la caducidad de la concesión por motivos atribuibles al poder o entidad adjudicador, o por causas de fuerza mayor» (cdo. 19).
- d) Por último, la directiva precisa que «un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen al poder de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión,

a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión» (cdo. 20).

El concepto de ‘riesgo operacional’ recuerda al concepto de «riesgo y ventura» que ya se aplicaba, con carácter general, a los contratos administrativos. Ahora la Ley de Contratos del Sector Público utiliza este término para referirse al riesgo del concesionario en la ejecución de las obras, distinguiéndolo del riesgo operacional de la concesión (art. 254).

Sin embargo, como contrapeso a este principio de riesgo y ventura del concesionario, se reconocía su derecho al equilibrio económico de la concesión, de tal manera que el margen de beneficio planteado en el estudio económico-financiero se mantuviese estable en términos económicos durante la vida del contrato; este derecho es el que se va a ver sustancialmente reducido en la nueva regulación, como se expondrá en el siguiente análisis, hasta el punto de que puede decirse —como hizo el Consejo de Estado— que se priva al concesionario del derecho al equilibrio económico en los términos tradicionales (Dictamen 1.116/2015, de 10 de marzo del 2016, sobre el Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público).

## **2. La delimitación entre el contrato de concesión de obra y el contrato de obra**

La distinción entre el contrato de concesión de obras y el contrato de obra radica en que el primero comprende como elementos fundamentales tanto la ejecución de la obra como su explotación, siendo ambas actuaciones llevadas a cabo por el concesionario, mientras que la principal actuación del contrato de obras es la ejecución de ésta.

Por ello, para que exista contrato de concesión de obra es necesario que la obra sea susceptible de explotación por el concesionario, en cuanto dicha explotación constituye la contraprestación típica del contrato de concesión de obras, mientras que en el contrato de obra la contraprestación se determinará, normalmente, mediante un pago a tanto alzado por el coste de la obra. Ello no impide que en el contrato de concesión de obras la Administración pueda asumir parte del precio de la obra, siempre que ello no afecte a la asunción del riesgo operacional por parte del concesionario.

## **3. La delimitación entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios**

A partir de la Ley de Contratos del Sector Público, el criterio fundamental para diferenciar un contrato de servicios de otro de concesión de servicios estriba en que en este último se produce la transferencia al concesionario del riesgo operacional en los términos expuestos.

Por tanto, en el caso de que el riesgo operacional lo asuma el contratista, el contrato será de concesión de servicios y, por el contrario, cuando el riesgo operacional lo asuma la Administración, estaremos ante un contrato de servicios.

Se introduce, de esta forma, un nuevo criterio de delimitación pues, como explica la exposición de motivos de la ley, hasta ahora la distinción radicaba en el tipo de gestión del servicio; a saber:

- El contrato de concesión de servicios públicos era un supuesto de gestión indirecta del servicio, lo que implicaba que mediante este contrato la Administración le encomendaba a un tercero, el empresario (normalmente, el concesionario), que gestionase un determinado servicio público.
- En cambio, en las prestaciones susceptibles de ser objeto de un contrato de servicios, quien las prestaba y, por tanto, se relacionaba con el usuario era la Administración, la cual, en el caso de insuficiencia de medios, celebraba un contrato (contrato de servicios) con un empresario particular.

Pues bien, al aplicarse sobre este esquema el nuevo criterio de delimitación expuesto, determinados contratos que se calificaban como de gestión de servicios públicos, pero en los que el empresario no asumía el riesgo operacional, pasan ahora a ser contratos de servicios.

Ahora bien, dado que este cambio de calificación no altera la estructura de las relaciones jurídicas propias del antiguo contrato de gestión de servicios públicos (el empresario gestiona un servicio de titularidad de una Administración Pública, estableciéndose las relaciones directamente entre el empresario y el usuario del servicio), se considera necesario que todo lo relativo al régimen de la prestación del servicio sea similar.

Para ello, la Ley de Contratos del Sector Público aplica prescripciones similares al contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor del ciudadano (art. 312) y al contrato de concesión de servicios que tenga por objeto un servicio público, lo que será lo más frecuente. Para estos últimos, las reglas aplicables de forma específica al régimen sustantivo del servicio público se encuentran dispersas en varios preceptos de su regulación (*vid.*, entre otros, los arts. 284, 287.2 y 293.1).

#### **4. Plazo de duración de los contratos de concesión**

La Ley de Contratos del Sector Público (art. 29.6), siguiendo las prescripciones de la Directiva 2014/23, dispone que los contratos de concesión de obras y de concesión de servicios han de tener un plazo de duración limitado, el cual se calculará en función de las obras y de los servicios que constituyan su objeto y se hará constar en el pliego de cláusulas administrativas particulares.

Si la concesión de obras o de servicios sobrepasa el plazo de cinco años, su duración máxima no podrá exceder del tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones efectuadas 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. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las llevadas a cabo durante la vida de la concesión.

Esto es una novedad importante de la Ley de Contratos del Sector Público: cuando la duración de la concesión exceda de cinco años, habrá de justificarse en el pliego que no excede del tiempo necesario para la recuperación de las inversiones, que incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión.

Según precisa dicha ley, el periodo de recuperación de la inversión, que determinará, en su caso, la duración máxima de la concesión, se calculará conforme a lo establecido en el Real Decreto 55/2017, de desindexación de la economía española.

El artículo 10 de este Real Decreto regula el «periodo de recuperación de la inversión de los contratos», aplicando para ello una fórmula financiera en la que se valoran los flujos de caja procedente de las actividades de explotación y de las actividades de inversión en activos fijos, así como la tasa de descuento, que conforme a este precepto es «el rendimiento medio en el mercado secundario de la deuda del Estado a diez años en los últimos seis meses incrementado en un diferencial de 200 puntos básicos».

El problema de la tasa de descuento así establecida es, como ha puesto de relieve la doctrina, que «el coste medio ponderado de capital de las empresas puede ser muy superior (sólo el coste de la financiación ajena del adjudicatario puede doblar, en el mejor de los casos, la tasa de descuento permitida por el Real Decreto 55/2017)», lo que puede manifestar un panorama que no se corresponde con la realidad y que presente la «ilusión» de que la empresa va a recuperar la inversión en un periodo inferior al necesario<sup>1</sup>. Por eso la Ley de Contratos del Sector Público establece para las concesiones de obras —que exigen por lo general cuantiosas inversiones al concesionario— que uno de los elementos que han de integrar en el estudio de viabilidad previo a la tramitación del contrato es el del «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*» (art. 247.2j).

Se remite por tanto al estudio de viabilidad la determinación de la tasa de descuento que habrá de aplicarse en cada concesión y que incidirá en el cálculo del plazo de duración necesario para la recuperación de la inversión, partiendo del coste financiero real para los licitadores

---

<sup>1</sup> Vide GÓMEZ GUZMÁN, JUAN CARLOS, «Periodo de recuperación de la inversión» en el blog *Auditoría de Costes y Precios de Contratos*.

que en este tipo de concesión deben hacer importantes inversiones para poder completar satisfactoriamente la prestación del contrato.

En cualquier caso, el artículo 29 dispone que la duración de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios, no podrá exceder, incluidas las posibles prórrogas, de los siguientes números de años:

- a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras y para los de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio (se reduce, por tanto, en diez años el plazo máximo que permitía el contrato de gestión de servicio público).
- b) Veinticinco años en los contratos de concesión de servicios que comprendan la explotación de un servicio no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) 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).

Las concesiones relativas a obras hidráulicas se rigen, en cuanto a su duración, por lo previsto en el Texto Refundido de la Ley de Aguas (art. 134a). De acuerdo con este régimen especial, el plazo de la concesión para la construcción y explotación o solamente la explotación será el previsto en cada pliego de cláusulas administrativas particulares, para lo que se tendrán en cuenta la naturaleza de las obras y la inversión que se vaya a realizar, sin que pueda exceder en ningún caso de setenta y cinco años.

En cuanto a la posibilidad de alargar los plazos fijados en los pliegos de condiciones de los contratos de concesión, únicamente podrán ser ampliados en un 15 % de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias previstas en los artículos 270 y 290 de la ley.

Interesa señalar, por último, que, cuando el contrato de concesión de servicios se extinga por su cumplimiento, la Ley de Contratos del Sector Público impone al concesionario que siga prestando el servicio hasta que se formalice el nuevo contrato (art. 288 a). Se trata de una obligación que no contenía el texto refundido de dicha ley para el contrato de gestión de servicios públicos y que parece excesiva por cuanto, tal como está regulada, no aparece justificada en el principio de continuidad de los servicios públicos. Así resulta, en primer lugar, del hecho de que tal obligación se impone con independencia de que el objeto de la concesión sea o no un servicio público y, en segundo lugar, de que no se impone en el contrato de servicios de una forma tan ilimitada e incondicionada (*vide* art. 29.4), aunque su objeto puede ser también un servicio público.