

servicios, toda vez que, como es conocido, el elemento diferenciador entre las concesiones y los contratos de servicios, estriba en muchos casos en su peculiar sistema de retribución, consistente en el derecho a explotar el servicio o en dicho derecho acompañado de un pago, unido a la asunción por el contratista del riesgo operacional en la prestación del servicio.”

El contrato que nos ocupa, fue firmado el 28 de diciembre del año 2017, por lo que las Directivas Europeas todavía no se encontraban vigentes, y es por ello que se dio la denominación de Administrativo Especial. No obstante lo anterior, el Pliego de Prescripciones Técnicas que rige el citado contrato estableció:

#### **“RÉGIMEN JURÍDICO Y VALOR ECONÓMICO DEL CONTRATO**

La presente contratación tiene carácter administrativo. Las partes quedan sometidas expresamente a lo establecido en este Pliego y en sus anexos. Para lo no previsto en ellos, el contrato se regirá por lo establecido en el Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre, por el que se aprueba el TRLCSP, por el Real Decreto 817/2009, de 08 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público (RD 817/2009); por el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 2098/2001, de 12 de octubre (RGLCAP), en todo lo que no se oponga a la anterior, **por la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión;** Ley 7/1985 reguladora de las Bases de Régimen Local, de 02 de abril. La aplicación de estas normas se llevará a cabo en relación con todo lo que no haya resultado afectado por la disposición derogatoria única del TRLCSP”.

Es decir, el propio pliego ya recoge en ese momento, al encontrarse en un momento de transición, la normativa europea que le sería de aplicación una vez estuviese vigente ya la transposición de las directivas, y la calificación jurídica más acertada del contrato.

En efecto, la LCSP, enumera el contrato de concesión de servicios dentro de los contratos administrativos típicos en su artículo 12 y lo define en el artículo 15.1, que señala que “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.” Es importante destacar que el derecho de explotación de los servicios implicará, como elemento fundamental diferenciador de este tipo contractual frente al contrato de servicios, la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo 14 de la actual LCSP.

En el informe 87/18 JCAE dice la Junta Consultiva: “Esta conclusión es, por demás, congruente con la evolución de la legislación española sobre contratos públicos, en la cual se observa una pérdida de importancia de los contratos administrativos especiales, que si bien se han mantenido en el vigente texto legal aparentan ser ahora una categoría cuasi residual en la práctica cuya definición tiene una peculiaridad característica que impide que califiquemos de contrato administrativo especial a aquel que pueda incardinarse en un contrato administrativo típico”, como es sin duda el caso del contrato de la EXPLOTACIÓN DE LA RESIDENCIA DE ESTUDIANTES Y DEPORTISTAS, que de haberse tramitado 5 meses después estaría sin duda directamente catalogado como un contrato de **concesión de servicios**.

**SEGUNDO.-** El artículo 128.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (en adelante RSCL), establece entre las obligaciones de las empresas que gestionen indirectamente servicios de competencia de las corporaciones locales mediante concesión “prestar el servicio del modo dispuesto en la concesión u ordenado posteriormente por la corporación concedente, incluso en el caso de que circunstancias sobrevenidas e imprevisibles ocasionaren una subversión en la economía de la concesión, y sin más interrupciones que las que se habrían producido en el supuesto de gestión directa municipal o provincial”. Varias juntas consultivas han considerado que de esta previsión se desprende la posibilidad de imponer a las empresas concesionarias la continuidad de la prestación del servicio antes de que esta obligación se previera expresamente en la LCSP (informe 6/2022, de 28 de julio de la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, comisión permanente).

**TERCERO:** Los entes locales tienen atribuida la competencia en base a la legislación de régimen local, a través de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que en su artículo 25, determina que son competencias de los municipios:

- l) Promoción del deporte e instalaciones deportivas y de ocupación del tiempo libre.
- m) Promoción de la cultura y equipamientos culturales.

En el ámbito de la legislación de régimen local, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Canarias, en su Informe 4/2016 determinó que “Si la Legislación de contratos públicos no permite enmarcar jurídicamente el ejercicio de estas competencias, la legislación local habilita a adoptar un acuerdo motivado que garantice la prestación de este tipo de servicios y que cuente con el consentimiento del contratista. Se trata de una situación que garantiza el interés general y que queda al margen de la contratación pública, debido a la inexistencia de un cauce legal que dé solución. Esta vía no implica una vulneración de las disposiciones vigentes en materia de contratación pública, sino que pretende garantizar el interés general que sí encuentra recogido en la legislación de régimen local, no prevista en la otra normativa específica.”

**CUARTO.- El Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia 7263/1986, de 20 de diciembre,** recuerda que “El principio tradicional en la contratación administrativa de riesgo y ventura del contratista (...) y la regla de inalterabilidad de los contratos (...) sufren importantísimas atenuaciones en el campo de la concesión de