

# Cuatro apuntes sobre los contratos administrativos típicos

## Grupo de Contratos del Sector Público de GA\_P

---

*Fruto de la transposición de las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, acaba de ver la luz la nueva Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, que introduce importantes novedades en la materia. Incluso los denominados contratos administrativos típicos se ven afectados, desapareciendo el contrato de colaboración público-privada y perdiendo el calificativo de “público” todos los contratos de concesión, tanto de obras como de servicios.*

Desaparece, por haber caído en desuso – o por no haber llegado a usarse nunca más bien– el contrato de colaboración entre el Sector Público y el Sector Privado, si bien se mantiene el procedimiento de diálogo competitivo como procedimiento de adjudicación<sup>1</sup>.

### Contrato de obras

La regulación del contrato de obras que contienen los artículos 231 a 246 LCSP es muy similar a la actual<sup>2</sup> con cambios puntuales y una regulación mayor de la modificación contractual. Existen, además, otros preceptos a lo largo de la nueva norma que inciden en la regulación de esta modalidad contractual. Algunas novedades son las siguientes:

---

<sup>1</sup> En el Libro II, título I, capítulo I, sección 2ª, subsección 5ª, artículos 172 a 176 de la Ley 9/2017.

<sup>2</sup> Artículos 121 a 127 y 229 al 239 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

# G A \_ P

- Se prevé la responsabilidad del autor del proyecto si los errores de estudio geotécnico comportan el incremento de más 10% del precio inicial del contrato.
- Se eleva el umbral para la obligación del informe de supervisión de proyectos de 350.000 a 500.000 euros (artículo 235).
- Se limita la facultad de dar instrucciones sobre la ejecución de la obra a la Dirección facultativa (238)
- Se modifica en extenso la regulación de la modificación del contrato de obras (artículo 242):
  - Se eleva del 10% al 20% el umbral para que en caso de modificación pueda continuar provisionalmente la ejecución de las obras.
  - Se admite la posibilidad de emitir certificaciones durante el proceso de tramitación de una modificación cumpliendo ciertos requisitos.
- Se amplía el régimen de responsabilidad por vicios ocultos por mor de su extensión a los supuestos de deterioros graves incompatibles con la función de la obra; y a los vicios que afecten a elementos estructurales que comprometan directamente la resistencia mecánica y la estabilidad de la construcción.
- La acción para exigir responsabilidad prescribirá a los dos años desde que se produzcan o manifiesten daños, sin perjuicio de acciones por incumplimiento contractual.
- Se reducen plazos en caso de causa de resolución por suspensión de inicio de las obras (de 6 a 4 meses) y de suspensión durante la ejecución (de 12 a 8 meses). Y se diferencia en el caso de desistimiento, según sea antes (indemnización del 3%) o una vez iniciada la ejecución de las obras (indemnización del 6%).

## **Contratos de concesión de obras y de servicios**

Desaparece, en la nueva Ley de Contratos, el adjetivo “público” tanto de las concesiones de obras como de las concesiones de servicios, cuya regulación se mantiene en su mayor parte, pero con muy importantes novedades. Algunas de ellas son las siguientes<sup>3</sup>:

---

<sup>3</sup> La regulación de las concesiones es uno de los sectores que más novedades alberga si bien no es posible exponerlos en detalle en artículos que, como éste, pretenden ofrecer una información global pero breve de la situación derivada de la nueva Ley. Por tal motivo aquí se recogen sólo referencias sucintas a las novedades más relevantes.

El elemento esencial del contrato de concesión es la efectiva transferencia del riesgo operacional<sup>4</sup> que incluye el riesgo de demanda o el de suministro o ambos. La transferencia del riesgo implica que no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el concesionario vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión.

Para el otorgamiento de la concesión es necesario que, con carácter previo, se justifiquen las ventajas cuantitativas y cualitativas de la fórmula concesional<sup>5</sup>, la evaluación del riesgo concesional mediante la determinación del valor actual neto de las inversiones, costes e ingresos y criterios de valoración de la tasa de descuento, y el análisis sobre la existencia de una posible ayuda de Estado y su compatibilidad con la normativa comunitaria.

Otras novedades reseñables consisten en:

- La posibilidad de establecer distintos requisitos de solvencia en función de las distintas fases del contrato a los efectos de su posible cesión.
- Se considera expresamente una cesión del contrato el cambio de control de la sociedad concesionaria, entendiéndose por tal, cuando se ceda a un tercero el 51% de las participaciones.
- El plazo de duración de la concesión se debe vincular al periodo de recuperación de la inversión, calculándose ésta de conformidad con el Reglamento que desarrolla la Ley de Desindexación.
- Los pliegos deberán contener la distribución de los riesgos entre el concesionario y la Administración si bien en todo caso, el riesgo operacional deberá corresponder al contratista.
- La regulación de los **contratos de concesión de servicios** guarda muchas semejanzas con la del contrato de concesión de obras con las siguientes especificidades:
  - Se establece la necesaria división en lotes de las partes susceptibles de realización independiente, con la finalidad de promover la libre competencia.

---

<sup>4</sup> “Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable.”

<sup>5</sup> Con indicación de los niveles de calidad y de la estructura administrativa para verificar la prestación y las variables que impacten en la estabilidad presupuestaria

- Se establece la revisión de las tarifas ajustándose a procedimientos de revisión de precios de la Ley
- La duración máxima de los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio se fija en 40 años<sup>6</sup>.
- La contraprestación económica por la ejecución de la obra y gestión del servicio pasa a denominarse de forma común tarifa y a tener la naturaleza de prestación patrimonial de carácter público no tributario.
- Se reducen las circunstancias que puedan dar lugar al reequilibrio de la concesión<sup>7</sup> que sólo tendrá lugar ante actuaciones de la Administración pública obligatorias para el concesionario que determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato y las causas de fuerza mayor que tengan ese mismo efecto.
- Se recoge expresamente a cambio, la posibilidad de desistir del contrato cuando éste resulte “extraordinariamente oneroso” para el concesionario, en cuyo caso no habría compensación para ninguna de las partes.
- En materia de resolución contractual se establecen nuevos requisitos para el rescate de la concesión por la Administración concedente, exigiendo que la decisión lo sea i) por razones de interés público; ii) para la gestión directa por la Administración y iii) exigiéndose acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz que la concesional.

## **Contrato de suministro**

Las principales novedades en materia de suministro radican en:

- La inclusión de la posibilidad de, si el precio del contrato lo es por precios unitarios, aumentar el número de unidades a suministrar en un 10% sin tramitar un expediente de

---

<sup>6</sup> El artículo 29.6 establece una duración que no podrá exceder de a) Cuarenta años para los contratos de concesión de obras, y de concesión de servicios que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio; 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). Añade que sólo podrán ser ampliados en un 15 por ciento de su duración inicial para restablecer el equilibrio económico del contrato en las circunstancias específicamente fijadas para ello.

<sup>7</sup> Se elimina el reequilibrio por razón de la modificación de las condiciones de explotación impuesta por la Administración por razones de interés público y se elimina el derivado del incumplimiento de las previsiones de demanda.

modificación contractual siempre que se haya previsto en el pliego y cuente con la financiación correspondiente.

- Los contratos tendrán una duración máxima de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas ex artículo 29.4 (aunque la LCSP admite excepciones).
- La reducción de los plazos de suspensión que operan a efectos resolutivos, que pasan de 6 a 4 meses en el caso de suspensión de inicio suministro, y de 12 a 8 meses en el caso de suspensión durante la ejecución del contrato.
- Se diferencia en el caso de desistimiento, según sea antes de ejecutar o iniciada la ejecución del contrato.

## **Contrato de servicios**

La regulación del contrato de servicios se mantiene en sus líneas generales con algunas novedades reseñables, entre otras:

- La duración del contrato de servicios de prestación sucesiva será como máximo de cinco años, incluyendo las posibles prórrogas. Excepcionalmente, se podrá establecer un plazo de duración superior cuando lo exija el período de recuperación de las inversiones directamente relacionadas con el contrato y se cumplan las circunstancias legalmente previstas (artículo 29.4 LCSP) y en los contratos de servicios de mantenimiento que se concierte conjuntamente con el de la compra del bien a mantener y en aquéllos relativos a los servicios a las personas.
- La relevancia que se otorga a la contratación de personal: el artículo 308 prevé que en ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, y para evitar que se consolide el personal de la contrata como personal de la entidad contratante, se indica que los empleados de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades como parte de la relación jurídico laboral.
- Se permite que en los contratos de servicios que impliquen el desarrollo o mantenimiento de aplicaciones informáticas, el objeto del contrato se defina por referencia a componentes de prestación del servicio, debiéndose indicar en los pliegos el precio referido a cada componente, y las funcionalidades a desarrollar por cada uno de ellos, ajustándose el pago de dicho precio al ritmo requerido para su ejecución.

- En lo concerniente a la regulación del precio (artículo 309) se introducen ciertas previsiones:
  - Si el precio se determina por unidades de ejecución, la posibilidad de que se aumente hasta el 10% del precio del contrato, sin que se considere que ha existido una modificación contractual<sup>8</sup>.
  - Si el contratista tiene que llevar a cabo inversiones que van a incorporarse al patrimonio de la entidad contratista al finalizar el contrato, podrá establecerse un sistema de retribución que compense las misma<sup>9</sup>.
- Se regula el denominado contrato de servicios que conlleve prestaciones directas a favor de la ciudadanía (artículo 312) como subespecie que se propone dar cobertura a supuestos contractuales que con el TRLCSP se incardinaban en el contrato de gestión de servicios públicos<sup>10</sup>.
- En materia de resolución del contrato, el artículo 313 reduce los plazos en caso de suspensión del inicio del servicio (de 6 a 4 meses) y de suspensión durante la ejecución del contrato (de 12 a 8 meses); y distingue, ante un desistimiento, en función de si es anterior (el importe de la indemnización se reduce del 5% al 3%) o una vez iniciada (la indemnización se reduce 10% al 6%) la ejecución del contrato.

---

<sup>8</sup> Siempre que se haya previsto en el pliego y la variación se produzca exclusivamente en el número de unidades realmente ejecutadas sobre las previstas en el contrato.

<sup>9</sup> Previsión que tiene sentido en relación con las excepciones señaladas en lo concerniente al plazo de duración del contrato.

<sup>10</sup> Y que con la nueva LCSP no pueden calificarse ya como contratos de concesión de servicios en aquellos casos en los que no opere la transferencia del riesgo operacional. Existiendo así casos en los que sin esa transferencia, hay sin embargo prestaciones que presuponen una relación directa entre el prestador de servicios y los ciudadanos, el legislador ha querido contemplar de forma expresa esta posibilidad, fijando los parámetros que, en el marco de un contrato de servicios (y no en el de una concesión), servirán de referencia para regular las relaciones entre las diferentes partes implicadas (Administración titular del servicio, contratista encargado de prestar los servicios y ciudadanos destinatarios de los servicios prestados).

El Grupo de Contratos Públicos de Gómez-Acebo Pombo Abogados S.L.P. está integrado por Carlos Vázquez Cobos, José Luis Palma Fernández, Juan Santamaría Pastor, Pilar Cuesta de Loño, Irene Fernández Puyol y Miguel Ángel García Otero.

Para cualquier información adicional dirigirse a: José Luis Palma (jlpalma@ga-p.com) o al Área de Derecho Público, Grupo de Contratos Públicos, Gómez-Acebo & Pombo Abogados S.L.P., Paseo de la Castellana 216, Madrid – 28046 (tel.: 915 829 204)

© Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. Los derechos de propiedad intelectual sobre el presente documento pertenecen a Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P. No puede ser objeto de reproducción, distribución, comunicación pública incluida la puesta a disposición a través de internet, o transformación, en todo o en parte, sin la previa autorización escrita de Gómez-Acebo & Pombo Abogados, S.L.P.