

Nº Extraordinario
Marzo 2019

Gabilex

REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA



UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA LCSP 2017

© Junta de Comunidades de Castilla La Mancha

**NÚMERO EXTRAORDINARIO
DE LA REVISTA DEL
GABINETE JURÍDICO DE
CASTILLA-LA MANCHA.**

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA
CON LA LCSP 2017**

Volumen II

Número Extraordinario. Marzo 2019

**Revista incluida en Latindex, Dialnet, MIAR, Tirant lo
Blanch**

Solicitada inclusión en SHERPA/ROMEO y DULCINEA

Disponible en SMARTECA, VLEX y LEFEBVRE-EL DERECHO

Editado por Vicepresidencia Primera

D.L. TO 862-2014

ISSN 2386-8104

revistagabinetejuridico@jccm.es

Revista Gablex no se identifica necesariamente con las opiniones vertidas por sus colaboradores en los artículos firmados que se reproducen ni con los eventuales errores u omisiones.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley.

DIRECCIÓN

D^a Araceli Muñoz de Pedro

Directora de los Servicios Jurídicos de la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

CONSEJO DE REDACCIÓN

D^a Belén López Donaire

Letrada Coordinadora del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

D. Roberto Mayor Gómez

Letrado-Director de los Servicios Jurídicos de las Cortes de Castilla-La Mancha.

D. Jaime Pintos Santiago

Doctor en Derecho y Abogado-Consultor especialista en contratación pública.

Funcionario del Cuerpo Superior Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha en excedencia.

COMITÉ CIENTÍFICO

D. Salvador Jiménez Ibáñez

Ex Letrado Jefe del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Ex Consejero del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha.

D. José Antonio Moreno Molina



Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha.

D. Isaac Martín Delgado

Profesor Dr. Derecho Administrativo de la Universidad de Castilla-La Mancha. Director del Centro de Estudios Europeos "*Luis Ortega Alvarez*".

CONSEJO EVALUADOR EXTERNO

D. José Ramón Chaves García

Magistrado de lo contencioso-administrativo en Tribunal Superior de Justicia de Asturias.

D^a. Concepción Campos Acuña

Directivo Público Profesional. Secretaria de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Vigo.

D. Jordi Gimeno Bevia

Profesor Dr. Derecho Procesal la Universidad de Castilla-La Mancha. Director Académico de Internacionalización UCLM.

D. Jorge Fondevila Antolín

Jefe Asesoría Jurídica. Consejería de Presidencia y Justicia. Gobierno de Cantabria. Cuerpo de Letrados.

D. David Larios Risco

Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

SUMARIO

RELACION DE AUTORES	13
PRESENTACIÓN	
D. Jaime Pintos Santiago	15

Volumen I

I. COMPRA PÚBLICA Y VALORES

LOS PRINCIPIOS GENERALES DE LA LCSP 2017.	
D. José Antonio Moreno Molina	21

LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MENCIÓN ESPECIAL A LA FASE DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO.	
D. Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y D. José Ignacio Herce Maza	35

LAS OBLIGACIONES DE PUBLICIDAD ACTIVA PREVISTAS EN LA NUEVA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: UNA DE LAS CLAVES DE BÓVEDA PARA GARANTIZAR LA TRANSPARENCIA EN LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL.	
D. Francisco Puerta Seguido.....	61

COMPLIANCE EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: MAPA DE RIESGOS EN LA CORRUPCIÓN Y CLAVES PARA SU GESTIÓN.	
D ^a . Concepción Campos Acuña	101

II. AMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA COMPRA PÚBLICA

APLICACIÓN DE LA LCSP A LAS ENTIDADES DE SU LIBRO TERCERO. RÉGIMEN JURÍDICO. NECESARIAS INTERPRETACIONES DE SU REGULACIÓN LEGAL.
D. Álvaro García Molinero 119

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA COOPERACIÓN VERTICAL ENTRE LAS ENTIDADES PERTENECIENTES AL SECTOR PÚBLICO: LOS ENCARGOS A MEDIOS PROPIOS PERSONIFICADOS.
D^a. Beatriz Montes Sebastián 139

III. COMPRA PÚBLICA RESPONSABLE

CONTRATACIÓN PÚBLICA ECOLÓGICA.
D^a. Consuelo Alonso García 159

LAS CLÁUSULAS SOCIALES EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ESPECIAL REFERENCIA A LA DISCAPACIDAD.
D^a. Belén López Donaire 177

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO MOTOR DE COHESIÓN SOCIAL TRAS LA LEY 9/2017.
D. Javier Miranzo Díaz 207

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA AL SERVICIO DE LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS.
D^a. Beatriz Vázquez Fernández 229

COMUNIDADES VIRTUALES DE PROFESIONALIZACIÓN EN CONTRATACIÓN PÚBLICA.
D. Guillermo Yáñez Sánchez 247

IV. COMPRA PÚBLICA Y PROCEDIMIENTOS

LAS CONSULTAS PRELIMINARES DE MERCADO UN AÑO DESPUÉS.

D. Juan Carlos García Melián 271

LOS PROCEDIMIENTOS DE ADJUDICACIÓN CON NEGOCIACIÓN.

D. Martín María Razquin Lizarraga 289

HACIA LA SIMPLIFICACIÓN Y LA TRANSPARENCIA EN MATERIA PROCEDIMENTAL: LAS NUEVAS MODALIDADES DEL PROCEDIMIENTO ABIERTO.

D. Rafael Fernández Acevedo 309

LA INNOVACIÓN EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO: EL PAPEL DE LA ASOCIACIÓN PARA LA INNOVACIÓN.

D. José Ignacio Herce Maza 335

¿UN NUEVO MODELO DE CONTRATACIÓN MENOR EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

D. Antonio Villanueva Cuevas 361

V. COMPRA PÚBLICA Y ENTIDADES LOCALES

EL PAPEL DE LAS DIPUTACIONES PROVINCIALES EN LA NUEVA LCSP.

D. Juan Marquina Fuentes 385

LAS ENTIDADES LOCALES MENORES Y LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO, UN AÑO TRAS SU PUBLICACIÓN. DE DÓNDE VENIMOS, DÓNDE ESTAMOS Y A DÓNDE VAMOS CON LA LCSP.

D. Vicente Furió Durán 403

LA REINTERNALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS
LOCALES EN RELACIÓN A LAS MODALIDADES
CONTRACTUALES.

D. Juan Alemany Garcías 425

BASES DE PUBLICACIÓN..... 449

Volumen II

VI. COMPRA PÚBLICA ELECTRÓNICA

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA UN AÑO
DESPUÉS DE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LCSP 2017.

D. José Luis Aristegui Carreiro 466

EL DEUC Y SU MARCO DE UTILIZACIÓN EN LOS
PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D. Jaime Pintos Santiago 477

LA FIRMA ELECTRÓNICA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE
CONTRATACIÓN: UNA CUESTIÓN TODAVÍA PENDIENTE.

D. Jorge Fondevila Antolín 495

LOS CONTRATOS DE OPERADOR DE NOMBRES DE
DOMINIO DE INTERNET DESDE EL PUNTO DE VISTA DE
LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

D. Luis Moll Fernández-Figares 521

VII. PREPARACIÓN, EJECUCIÓN Y CONTROL DE LA COMPRA PÚBLICA

LA NECESIDAD DE LA PLANIFICACIÓN DE LA
CONTRATACIÓN COMO GARANTÍA DE TRANSPARENCIA,
DEL USO ESTRATÉGICO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Y DEL USO ADECUADO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN.

D^a. M^a. Rosario Delgado Fernández 545

VALORES ECONÓMICOS DE LOS CONTRATOS: COSTE Y BENEFICIO (EL PRECIO).

D. Juan Carlos Gómez Guzmán 567

CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA RESPECTO DE LA SOLVENCIA POR PARTE DE LOS OPERADORES ECONÓMICOS.

D^a. Aitana P. Domingo Gracia 585

LCSP Y REGISTROS OFICIALES DE LICITADORES.

D. Luis Gracia Adrián 605

EL TEST DE LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN.

D. José Miguel Carbonero Gallardo 621

RESPONSABLE DEL CONTRATO "IN VIGILANDO".

D. Julián de la Morena López 643

LA RESOLUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS.

D. Juan Antonio Gallo Sallent 657

LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN LA LEY 9/2017, DE 8 DE NOVIEMBRE, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

D. Roberto Mayor Gómez 673

CONTROL Y GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA UN AÑO DESPUÉS.

D. Francisco Javier García Pérez 689

EL RECURSO ESPECIAL EN MATERIA DE CONTRATACIÓN: UN AÑO DE APLICACIÓN DE LA LCSP.

D. Javier Píriz Urueña 709

VIII. TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA PÚBLICA

EL CONTRATO DE SUMINISTRO EN LA LEY 9/2017. D ^a . Patricia Valcárcel Fernández	729
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. D. José Manuel Martínez Fernández	753
LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER INTELECTUAL EN LA LCSP: UNA APROXIMACIÓN PRÁCTICA. D. Javier Mendoza Jiménez	783
LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. D ^a . Estela Vázquez Lacunza	799

IX. COMPRA PÚBLICA Y URBANISMO

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y URBANISMO. D. Ángel José Cervantes Martín	819
BASES DE PUBLICACIÓN	839



JAIME PINTOS SANTIAGO
Director

BELÉN LÓPEZ DONAIRE
Coordinadora

**UN AÑO DE COMPRA PÚBLICA CON LA
LCSP 2017**

José Antonio Moreno Molina	Jorge Fondevila Antolín
Jaime Rodríguez-Arana	Luis Moll Fernández-Figares
Muñoz	M ^a . Rosario Delgado
Francisco Puerta Seguido.	Fernández
Concepción Campos Acuña	Juan Carlos Gómez Guzmán
Álvaro García Molinero	Aitana P. Domingo Gracia
Beatriz Montes Sebastián	Luis Gracia Adrián
Consuelo Alonso García	José Miguel Carbonero
Belén López Donaire	Gallardo
Javier Miranzo Díaz	Julián de la Morena López
Beatriz Vázquez Fernández	Juan Antonio Gallo Sallent
Guillermo Yáñez Sánchez	Roberto Mayor Gómez
Juan Carlos García Melián	Francisco Javier García
Martín María Razquin	Pérez
Lizarraga	Javier Píriz Urueña
Rafael Fernández Acevedo	Patricia Valcárcel Fernández
Jose Ignacio Herce Maza	José Manuel Martínez
Antonio Villanueva Cuevas	Fernández
Juan Marquina Fuentes	Javier Mendoza Jiménez
Vicente Furió Durán	Estela Vázquez Lacunza
Juan Alemany Garcías	Ángel José Cervantes
Juan Luis Arístegui Carreiro	Martín
Jaime Pintos Santiago	



PRESENTACIÓN

El 9 de marzo se cumple un año de la entrada en vigor de la LCSP2017, de la inmensa mayoría de sus disposiciones, dado que unas pocas han entrado en vigor posteriormente y aun encontramos alguna aislada que todavía está pendiente para su entrada en vigor de desarrollo reglamentario.

Pero con tranquilidad se puede afirmar que la LCSP cumple un año, su primer aniversario, en el que ya ha tenido modificaciones y sobre la que se ciernen otras, ya en tramitación.

No trata esta presentación de hacer un balance de este primer año, algo que ya se ha realizado¹, sino de mirar al futuro y contribuir con este número extraordinario de la Revista Gabilex a la profesionalización de la contratación pública. Ese es el objetivo, contribuir en abierto a través de una herramienta como puede ser este manual que ahora publicamos para el uso y provecho de la comunidad de contratación pública.

¹ Véase por ejemplo MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., "Aciertos, desaciertos y visión de futuro de la LCSP a un año vista", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial Wolters Kluwer-LA LEY, núm. 159, ene-feb 2019, págs. 6-11. Número especial "La LCSP, un año después" coordinado por José Antonio Moreno Molina y Jaime Pintos Santiago.



Un gran número, por sus dimensiones, objetivos y autores/as, un destacadísimo número que hace del mismo algo extraordinario, dando cuenta así de lo que también representa para la Revista.

Un número que ideé, preparé y organicé desde cero, con la inestimable y siempre entregada colaboración en la coordinación de Belén López Donaire. Un número que humildemente me permito decir, después de tanto tiempo dedicado a la contratación pública y a esta Revista, me enorgullece dirigir.

Un número distribuido en bloques temáticos, que ya habla de compra pública y no de contratación pública. Bloques en los que encontramos asuntos concretos y autores/as de reconocida trayectoria. Un número que en definitiva dará mucho que leer.

Para ello no hay más que consultar el índice. 38 estudios, sobre temas importantes, escritos desde una visión plural y complementaria en la que se encuentra la visión del sector público estatal, autonómico, provincial, local, universitario, instrumental,... y el sector privado, también con representación diversificada; la visión jurídica, tecnológica, técnica, empresarial, académica y profesional, con varios puntos de vista (informático, jurista, auditor, abogado, gestor, ...); en conclusión la visión multisectorial y multidisciplinar que he pretendido enriquezca esta obra en abierto, en la Red de redes, para uso y disfrute de todos/as. Como decíamos al inicio, un gran número extraordinario.

Para finalizar, GRACIAS: a la Revista Gabilex, por la función jurídica y social que cumple y la oportunidad que supone para muchas personas (escritores y lectores); a la ya meritada coordinadora de este especial; a la totalidad de los/as autores/as partícipes del mismo, sin



cuyo trabajo no hubiera sido tampoco posible y, por supuesto, a los lectores que se acerquen a él, verdaderos protagonistas de este número extraordinario.

Jaime Pintos Santiago





**REVISTA DEL GABINETE
JURÍDICO
DE CASTILLA-LA MANCHA**

**BLOQUE VIII:
TIPOS DE CONTRATOS DE COMPRA
PÚBLICA**





LA DELIMITACIÓN DEL ÁMBITO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL EN LA LEY 9/2017 DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO.

THE SCOPE OF THE SPECIAL ADMINISTRATIVE CONTRACT UNDER LAW 9/2017 ON PUBLIC PROCUREMENT.

Estela Vázquez Lacunza

Jefa Área Contratación Administrativa AMAS.
Comunidad de Madrid
Doctora en Derecho por la UCLM

RESUMEN: Con la asunción en la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, de los tipos contractuales fijados en las Directivas de 2014, que como novedad incorpora la concesión de servicios y suprime el contrato de gestión de servicios públicos, la categoría del contrato administrativo especial ha quedado prácticamente eliminada, pudiendo en función de la configuración de su objeto calificarse como contrato de servicios o concesión de servicios.

PALABRAS CLAVE: contratos públicos, contrato administrativo, contrato privado, contrato administrativo especial.

ABSTRACT: Law 9/2017, on Public Procurement, incorporates the types of contracts covered by the



Directives 2014/23 and 2014/24. As a result, service concession is ruled and public services management contract is rule out. Special administrative contract has become irrelevant, as its subject matter may conform either a service contract or a service concession.

KEY WORDS: public contracts, administrative contract, private contract, special administrative contract.

SUMARIO: I. LA DUALIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.- II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL.- 1. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO DE SERVICIOS.- 2. LA INCORPORACIÓN DE UN NUEVO TIPO: LA CONCESIÓN DE SERVICIOS.- III. ¿SE PUEDEN SEGUIR CALIFICANDO COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES LOS SERVICIOS DE BAR, COMEDOR O CAFETERÍA EN DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN?.- IV. CONCLUSIONES.- V. RECOMENDACIONES.

I. LA DUALIDAD DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y PRIVADOS EN LA CONTRATACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Inicialmente todos los contratos se sujetaban al Derecho civil, pero paulatinamente se fue conformando un régimen específico para los contratos suscritos por la Administración que instaura la sumisión preferente al Derecho administrativo de determinados contratos en



atención a su objeto². Surge así un doble régimen en los contratos. Por una parte, aquellos calificados como contratos administrativos, por tener un determinado objeto: obras, gestión de servicios públicos, suministros y posteriormente servicios, que se regirán por el Derecho administrativo. Y, por otra parte, los contratos privados, que serán todos aquellos que no encajen en los citados supuestos, que mantendrán la aplicación preferente del Derecho civil.

La primera norma que regula todos los contratos celebrados por la Administración del Estado, tuvieran o no carácter administrativo, fue la Ley 5/1973, de 17 de marzo, que modificó el Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (en adelante LCE) y además incorporó la delimitación de los contratos administrativos especiales, aunque no utilizase esta denominación³. Así, la nueva regulación permitió atribuir carácter administrativo no solo a los contratos administrativos típicos o nominados, sino a cualquier otro contrato que se ajustara a las previsiones de la ley⁴. El resto de

² Este reconocimiento tiene lugar con la aprobación de la Ley 198/1963, de 28 de diciembre, de Bases de Contratos del Estado (Exposición de Motivos, apartado I).

³ Encontramos esta terminología en el Reglamento General de la Contratación del Estado, aprobado mediante el Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, que en su art. 5, para determinar el régimen jurídico aplicable, clasifica los contratos en: contratos administrativos, contratos administrativos especiales y contratos privados.

⁴ Según su art. 4.2 cualquier otro contrato podía tener carácter administrativo: "por declararlo así una ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público, o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una

contratos distintos a los anteriores tendría la consideración de contrato privado.

Las disposiciones que se han sucedido en materia de contratación pública han ido paralelamente modificando el objeto de los contratos administrativos nominados y fijando las prestaciones que debían incluirse dentro de los contratos privados. La variación de los contornos entre ambas categorías contractuales ha incidido en los contratos administrativos especiales, que si bien han perdurado con algunos cambios en los criterios que los calificaban, han visto reducido su marco. Por un lado, por la ampliación de los contratos administrativos por su objeto y, por otro, por la atracción hacia el Derecho privado de determinados contratos que fueron calificados en el pasado como administrativos especiales⁵.

Los contratos administrativos y los contratos privados se han mantenido en la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP). No obstante, es necesario recordar que por influencia del Derecho europeo de la contratación pública, desde la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, LCSP 2007) se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico una nueva configuración de las categorías

especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato”.

⁵ Para un examen de la evolución de su deslinde, *vid.* VÁZQUEZ LACUNZA, E. “La controvertida caracterización del contrato administrativo especial”, *Revista Galega de Administración Pública*, núm. 54, 2017, págs. 219-232.

contractuales, en la que los contratos típicos ya no tienen relación con los contratos administrativos.

De forma que, como su predecesora, la LCSP parte de la delimitación de los tipos contractuales, que se equiparan a los fijados en las Directivas de 2014, y después determina el régimen jurídico al que se someten: administrativo o privado, en función de los sujetos que los celebren⁶. Así, se mantiene la dualidad entre contratos administrativos y privados para los contratos suscritos por las Administraciones Públicas, mientras que tendrán carácter privado todos los contratos que celebren el resto de entidades que no tengan la consideración de Administración Pública.

La LCSP dedica su art. 25 a delimitar los contratos administrativos, manteniendo la clásica diferenciación entre nominados y especiales. Los contratos administrativos nominados se definen por su objeto, quedando integrados en este grupo los mismos que los establecidos por el Derecho europeo: “los contratos de obra, concesión de obra, concesión de servicios, suministro y servicios”. Aunque de entre éstos se excepcionan: los contratos de servicios financieros, los que tengan por objeto la creación e interpretación

⁶ Para un análisis de su tipología, se pueden consultar, entre otros, los trabajos de NOGUERA DE LA MUELA, B. “El ámbito subjetivo de aplicación de la ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. Compra conjunta y centrales de compra”, en GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 238-277, y el de DÍEZ SASTRE, S. “El ámbito subjetivo de la LCSP. La contratación de los poderes adjudicadores no Administración pública”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGUO CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 519-553.



artística y literaria y los de espectáculos, así como los referidos a suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos⁷, que tendrán naturaleza privada. Los contratos administrativos especiales lo serán porque lo declare expresamente una ley y aquellos que teniendo un objeto distinto a los nominados estén vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella.

También hay que advertir que los contratos celebrados con empresarios particulares que actúen como colaboradores en la ejecución de obras, fabricación de bienes muebles o realización de servicios, cuya ejecución esté a cargo de la Administración Pública, que fueron declarados administrativos especiales por la LCSP 2007, han dejado de serlo en la LCSP. Dichas colaboraciones ahora podrán convenirse mediante la celebración de contratos típicos en función de su objeto⁸.

Serán contratos privados los celebrados por la Administración que tengan un objeto distinto a los contratos administrativos (art. 26 LCSP).

⁷ Para mayor concreción, se identifican con el número de referencia CPV.

⁸ Las prestaciones de servicios se realizarán normalmente por la Administración con sus propios medios, salvo que se carezca de medios suficientes y se justifique en el expediente, pudiendo concertarse a través de contratos de servicios (art. 30.3 LCSP), y la ejecución de obras o la fabricación de bienes muebles efectuados en colaboración con empresarios a los que les será aplicable el régimen de los contratos de obras o de suministro (art. 30.4 LCSP).



También serán privados, los contratos y negocios excluidos de la LCSP, entre los que están los del ámbito demanial y patrimonial⁹, que se regirán por su normativa específica (art. 9). Para distinguirlos de los administrativos especiales, resulta aconsejable analizar cada negocio jurídico de forma individualizada para determinar la causa o finalidad perseguida por la Administración para dilucidar si existe un fin público más allá del puramente patrimonial. En el contrato se atenderá a la obtención de una finalidad pública, prevaleciendo el interés público en el servicio a obtener (ofrecer un mejor servicio, aunque el destinatario y pagador sea un usuario privado), mientras que en la concesión patrimonial prevalecerá el interés privado de instalación de un negocio que requiere la cesión de un bien demanial mediante su utilización privativa con beneficio del particular que ocupa el espacio cedido¹⁰. Por ejemplo, la instalación y explotación de quioscos en el marco de servicios de temporada de playas ha sido considerado como una concesión demanial¹¹.

II. LA INCIDENCIA DEL DERECHO EUROPEO EN LA TIPIFICACIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

La delimitación de los tipos contractuales en nuestro ordenamiento jurídico ha estado marcada por la

⁹ Su exclusión se incorpora por exigencia del art. 10.a) de la Directiva 2014/24/CE.

¹⁰ Resolución 49/2017, de 15 de febrero, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid (en adelante, TACP).

¹¹ Resolución 797/2018, de 14 de septiembre del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante, TACRC).

evolución que ha experimentado la regulación de la contratación pública en el Derecho de la Unión Europea. Este marco normativo, cuya pretensión ha sido establecer un régimen común en esta materia para todos los Estados miembros para lograr un mercado interior único, ha incidido también en la configuración del contrato administrativo especial. Ya que desde su definición en la LCSP 2007¹² precisa tener un objeto distinto a los contratos administrativos típicos¹³ y que no se le haya atribuido carácter privado, salvo que lo determine expresamente una ley¹⁴.

La configuración actual de los contratos de servicios y la incorporación de las concesiones de servicios en la LCSP, conforme a las Directivas de 2014, como analizaremos a continuación, ha reducido el marco de pervivencia de los contratos administrativos especiales. Principalmente, por la supresión del contrato de gestión de servicios públicos que ha provocado que los servicios que eran su objeto se reconduzcan a alguno de los dos tipos, utilizando como criterio diferenciador la transferencia o no del riesgo operacional. El resultado ha sido que tanto

¹² Vid. GALLEGO CÓRCOLES, I. "Contratos administrativos especiales", I y II, *Contratación Administrativa Práctica*, núms. 100 y 101, 2010. También, BERNAL BLAY, M. A. "Contrato administrativo especial", en BERMEJO VERA, J. (Dir.) *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, págs. 155-161.

¹³ Como remarcó el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público en su Resolución 92/2014, de 27 de junio, en la que sostuvo que solo podían ser así calificados aquellos contratos que no encajasen en ninguno de los contratos típicos.

¹⁴ Para la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat de Valencia el margen era tan estrecho que quedaron posiblemente reducidos a los supuestos que fueran declarados por una ley (Informe 9/2009, de 14 de diciembre).

el contrato de servicios como la concesión de servicios pueden tener por objeto servicios públicos y los que no tengan dicho carácter. En definitiva, ambas figuras contractuales se han expandido como consecuencia de la nueva delimitación.

1. LA AMPLIACIÓN DEL OBJETO DEL CONTRATO DE SERVICIOS

Con la aprobación de la LCSP 2007, los contratos administrativos especiales ya fueron considerados como la categoría residual¹⁵ debido a la reducción de su ámbito por la ampliación del objeto del contrato de servicios, que incorporó los de consultoría y asistencia. Precisamente la definición eminentemente negativa de los contratos de servicios, por exclusión de los contratos de obra y suministro, y consistente en una obligación de hacer vinculada a una de las actividades enumeradas en el anexo II de la LCSP 2007, determinó que algunos Tribunales de recursos contractuales considerasen que prestaciones que habían sido tipificadas como contratos administrativos especiales, como los de atención domiciliaria, debían calificarse como contratos de servicios¹⁶.

¹⁵ *Vid.* Informe 13/2014, de 22 de julio, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Catalunya. También el Informe 19/2008, de 4 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Aragón (en adelante, JCCAAr) para la que el carácter residual del contrato administrativo especial deriva de que en la regulación prima la tipificación, al margen del régimen jurídico.

¹⁶ Por ejemplo, en la Resolución 32/2014, de 19 de marzo, del Órgano Administrativo de Recursos Contractuales de la Comunidad Autónoma de Euskadi (en adelante, OARC) o en la Resolución 197/2015, de 26 de noviembre, del TACP.



La definición del contrato de servicios que encontramos en el art. 17 de la LCSP es similar a la que hacía la LCSP 2007, en cuanto a que se define por exclusión de los contratos de obra o suministro, y que consiste en una obligación de hacer u obtener un resultado, aunque pierde su remisión al anexo II, que desaparece, e incluye la ejecución de servicios de forma sucesiva y precio unitario.

Sin embargo, a pesar de no encontrar ninguna referencia en su definición, del examen del preámbulo de la ley se desprende que su objeto es ahora más amplio, pues también incluye prestaciones que, en la normativa anterior, eran contratos de gestión de servicios públicos en los que el contratista no asumía el riesgo operacional¹⁷. Por ello, se incluye en la LCSP el art. 312 que se refiere a los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía. Su finalidad es salvaguardar los principios básicos de los servicios públicos, cuando éstos se presten mediante un contrato de servicios por no trasladarse al contratista el riesgo operacional.

2. LA INCORPORACIÓN DE UN NUEVO TIPO: LA CONCESIÓN DE SERVICIOS

A las Directivas europeas de contratación pública encargadas de tipificar los contratos públicos, inicialmente centradas en regular la preparación y adjudicación de los contratos y que pasaron después a ocuparse también de su ejecución y resolución, se ha

¹⁷ Ya fueron calificados como contratos de servicios por esta causa, por ejemplo, los servicios de pre-recogida, recogida y transporte de residuos urbanos generados por una mancomunidad de municipios (Resolución 80/2017, de 10 de julio, del OARC).

sumado una Directiva de concesiones¹⁸ que por primera vez regula las concesiones de servicios¹⁹.

Los tres elementos esenciales para delimitar el ámbito de la concesión de servicios se extraen de la conjugación de dos preceptos, el art. 15²⁰ y el art. 284.1²¹ de la LCSP. En primer lugar, se precisa que los servicios que se liciten sean de la titularidad o competencia del poder adjudicador. Se ha interpretado que con la inclusión de estos dos términos se da cobertura tanto a servicios públicos como a servicios no públicos²². En segundo

¹⁸ 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.

¹⁹ Aunque definidas en la Directiva 2004/18/CE, estaban excluidas de su aplicación.

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

²¹ “La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato de concesión de servicios los servicios de su titularidad o competencia siempre que sean susceptibles de explotación económica por particulares (...)”.

²² TORNOS MAS, J. “El contrato de concesión de servicios”, en GIMENO FELIÚ, J.M. (dir.), *Estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pág. 1457. Asimismo, LAZO VITORIA, X. “El contrato de concesión de servicios”, en GAMERO CASADO, E. y GALLEGO



lugar, resulta preciso que los servicios sean susceptibles de explotación económica, ya que la retribución del concesionario por la prestación de los servicios debe provenir en todo caso de su explotación, si bien puede ir acompañada del pago de un precio abonado por la Administración. Y, en tercer lugar, resulta imprescindible que la explotación implique la transferencia del riesgo operacional al concesionario, pues de lo contrario, como ya se ha indicado, estaríamos ante un contrato de servicios.

Debido a que el elemento diferenciador de la concesión de servicios ya no es que el objeto de la prestación sea un servicio público, desaparece una de las notas que determinaron que algunas prestaciones fuesen calificadas en el pasado como contratos administrativos especiales. Así, en base a esta nueva delimitación el OARC calificó como concesión de servicios un contrato consistente en la recepción, selección, clasificación y acondicionamiento de cartón y papel procedente de la recogida selectiva de residuos para su reciclaje, en el que en base a su configuración el poder adjudicador no garantizaba a la adjudicataria la cobertura íntegra de los costes soportados por la gestión de las actividades (Resolución 149/2018, de 6 de noviembre).

También encontramos otro ejemplo en la Resolución del TACRC 790/2018, de 14 de septiembre, relativa a la prestación de transporte con un mini tren turístico, que había sido calificado como contrato administrativo especial. Para el tribunal el contrato debe calificarse como concesión de servicios debido a que el adjudicatario tiene que prestar un servicio de titularidad

CÓRCOLES, I. (dirs.), *Tratado de Contratos del Sector Público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, págs. 2588 y 2589.



municipal, por ser los railes y el itinerario propiedad del Ayuntamiento, abonando un canon y corriendo en su ejecución con el riesgo operacional.

III. ¿SE PUEDEN SEGUIR CALIFICANDO COMO CONTRATOS ADMINISTRATIVOS ESPECIALES LOS SERVICIOS DE BAR, COMEDOR O CAFETERÍA EN DEPENDENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN?

De entre los contratos tipificados como administrativos especiales, el más recurrente ha sido el que tenía por objeto servicios de restauración, cafetería, bar o similares en instalaciones de la Administración contratante. Su calificación ha generado gran controversia debido a los cambios en los tipos contractuales, a que para su prestación se utiliza el patrimonio público y a que no todos los servicios se han configurado del mismo modo, sino que las condiciones fijadas para su prestación han sido dispares.

La doctrina reiterada de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (en adelante, JCCAE) ha sostenido que los servicios de comedor, cafetería y análogos podían ser contratos de servicios o contratos administrativos especiales. Cuando la prestación se realizaba a la propia Administración a cambio de un precio, debía calificarse como contrato de servicios. Sin embargo, cuando los servicios se realizaban a favor de usuarios distintos a la Administración que abonaban los servicios, como funcionarios, estudiantes o público en general, la tipificación apropiada era la de contrato administrativo especial porque no eran servicios públicos, pero se trataba de un servicio vinculado al giro o tráfico de la Administración, complementario para la consecución de sus fines.



Sin embargo, con la ampliación del objeto del contrato de servicios en la LCSP 2007, la JCCAAr²³ y el Tribunal de Administrativo de Contratos Públicos de Aragón²⁴ sostuvieron que los contratos de explotación de bares y cafeterías debían ser calificados como contratos de servicios de la categoría 17 del anexo II, dado el carácter residual del contrato administrativo especial. Criterio que no fue compartido por otras Juntas y Tribunales, en particular, tanto la JCCAE como el TACRC persistieron en considerarlos contratos administrativos especiales²⁵.

Pero los cambios en la delimitación conceptual de los contratos públicos, como consecuencia de la aprobación de la Directiva 2014/23/UE que regula las concesiones de servicios y la ampliación de la definición de los contratos de servicios en la Directiva 2014/24/UE, ha llevado al TACRC a revisar la calificación de los contratos de cafetería y comedor como contratos administrativos especiales²⁶. El Tribunal ya no se centra en la naturaleza pública o no de los servicios al analizar las prestaciones definidas en los pliegos para establecer su calificación. Lo relevante es determinar si el contratista obtiene la explotación de los servicios y se le transfiere el riesgo

²³ Informe 19/2008, de 4 de septiembre.

²⁴ Entre otros, el Acuerdo 34/2014, de 20 de junio, relativo a la explotación del bar y cafetería del Palacio de Congresos de Zaragoza.

²⁵ Por ejemplo, en el Informe JCCAE 25/2012, de 20 de diciembre y en la Resolución TACRC 29/2014, de 17 de enero.

²⁶ *Vid.* Resolución 411/2017, de 5 de mayo, en la que estima que el arrendamiento de locales para actividades de restauración en el aeropuerto de Barcelona a favor de viajeros y público en general, si bien no es en puridad un servicio público, encaja en la concesión de servicios si se transfiere el riesgo operacional.



operacional. Así lo hizo, por ejemplo, en su Resolución 300/2018, de 23 de marzo, relativa al servicio de cafetería-autoservicio en diversos edificios del Ministerio de Defensa que en el anuncio de licitación fue calificado como contrato de servicios. Para el Tribunal, el contrato debe conceptuarse como concesión de servicios²⁷, ya que el adjudicatario explotará los servicios asumiendo el riesgo operacional, al no estar garantizado que en condiciones normales de funcionamiento pueda cubrir los costes de explotación²⁸.

Los mismos argumentos han llevado a otros Tribunales de recursos contractuales a considerar que la explotación de servicios de cafetería, que venían calificándose como administrativos especiales, tienen encaje en la figura de la concesión de servicios cuando exista riesgo operacional, pues su diferencia con el contrato de servicios no radica en el objeto²⁹ sino precisamente en

²⁷ Del mismo modo que, por efecto directo de las Directivas, estimó que era correcta la calificación de un servicio de cafetería y comedor de un hospital universitario como concesión de servicios (Resolución 86/2018, de 2 de febrero).

²⁸ En el mismo sentido, *vid.*, entre otras, la Resolución 693/2018, de 20 de julio, de adjudicación del servicio de cafetería y comedor en dependencias de la Guardia Civil; la Resolución 261/2018, de 16 de marzo, sobre el servicio de cafetería en un campus de la Universidad Politécnica de Valencia; o la Resolución 872/2018, de 1 de octubre, relativa al servicio de bar/restaurante en las instalaciones de un hipódromo.

²⁹ Como advierte el TACRC en la Resolución 417/2018, de 27 de abril, las prestaciones son las mismas tanto si se incardinan dentro del contrato de servicios como en la concesión de servicios, ya que el anexo IV de la Directiva 2014/23/UE y el anexo XIV de la Directiva 2014/24/UE, referidos a servicios sociales y otros servicios específicos, se incluyen como servicios de hostelería y restauración. El contrato examinado



la traslación del riesgo al adjudicatario. Como sostuvo el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía, que determinó que en un contrato de explotación de bar-cafetería de varios centros de la Universidad de Granada calificado como contrato administrativo especial, en el que el contratista asumía los gastos de explotación y era el único responsable de la conservación y mantenimiento de las instalaciones, así como de los eventuales daños que el funcionamiento pudiera originar a terceros, era una concesión de servicios.

Por último, debido a que los servicios de explotación de un bar o cafetería pueden ubicarse en instalaciones de la Administración, también será preciso analizar cuál es la causa o finalidad del uso privativo del espacio, ya que el régimen contractual será aplicable cuando la actividad a realizar se pueda considerar como prestación de servicios por la finalidad pública que persigue. Por el contrario, cuando la causa del negocio jurídico se limita a autorizar el uso privativo de instalaciones de titularidad pública, permitiendo la utilización por el adjudicatario en su propio provecho, persiguiendo con la ocupación del espacio únicamente una rentabilidad económica, el contrato tendrá carácter patrimonial. Atendiendo a estas

que consistía en el servicio de cafetería y restauración de un hospital, tenía un doble objeto: la explotación de cafeterías para el personal del hospital y el público en general, cuyos servicios abonarían los usuarios y por cuya gestión el adjudicatario debía pagar un canon a la Administración, y los servicios de comidas para el personal de guardia que pagaría la Administración. Para el Tribunal la explotación de las cafeterías, calificada como de naturaleza administrativa especial era una concesión de servicios, mientras que coincidió con el órgano de contratación en calificar el servicio de comedor para el personal de guardia como contrato de servicios.



consideraciones, la JCCAAr descarta la calificación como patrimonial de un contrato para la gestión del bar y cafetería de una piscina municipal, en el que se asumen otros servicios, por ser la causa del contrato dar servicio a los usuarios de la instalación, fijando las condiciones para su explotación, como horarios o precios³⁰. Dicha prestación en la que el adjudicatario asume el riesgo de explotación y la responsabilidad frente a terceros ha de calificarse como concesión de servicios (Informe 13/2018, de 30 de mayo)³¹.

IV. CONCLUSIONES

La ampliación del objeto de los contratos de servicios y de las concesiones de servicios ha limitado el ámbito de aplicación del contrato administrativo especial. Solo los contratos celebrados por una Administración Pública podrán tener naturaleza administrativa especial, pero debido a que dicha calificación exige que lo haya declarado expresamente una ley o que tengan por objeto prestaciones distintas a los contratos nominados y a los calificados como contratos privados por la LCSP, su marco ha quedado reducido.

³⁰ *Vid.* en el mismo sentido, la Resolución TACP 153/2017, de 17 de mayo, relativa a la explotación de la cafetería de un auditorio municipal.

³¹ Sin embargo, la explotación de un bar-cafetería-restaurant en un terreno de dominio público, fue considerada una concesión administrativa debido a que la esencia del negocio era la elección de la solución más ventajosa para la concesión del demanio portuario para su explotación comercial, lo que excluía la idea de que la autoridad portuaria hubiera asumido los servicios para su explotación directa o indirecta (Resolución TACRC 603/2018, de 22 de junio).



V. RECOMENDACIONES

La Administración para realizar una prestación tiene varias opciones: efectuarla con sus propios medios, mediante gestión directa, o a través de la contratación pública, que engloba los contratos de servicios, concesiones de servicios o contratos administrativos especiales.

Para dilucidar si un contrato puede ser calificado como administrativo especial en primer lugar habría que examinar el elemento subjetivo, pues solo puede celebrarlos una Administración Pública. A continuación, sería preciso descartar su encaje en alguno de los contratos típicos. En este sentido, y debido a la nueva configuración del contrato de servicios y a la inclusión de la concesión de servicios, debiera cuestionarse si ciertos contratos considerados administrativos especiales en el pasado pueden mantener su calificación o deben incluirse en alguna de estas categorías contractuales.