

Persevera

AL ALCANCE DE QUIEN ESTUDIA

BLOQUE III · DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL

Tema 5

La actividad administrati- va

Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado

INGRESO LIBRE · EDICIÓN 2026

perseveraoposiciones.com

AL ALCANCE DE QUIEN ESTUDIA

Estudiar una oposición ya cuesta bastante. Dinero, tiempo, esfuerzo. Lo que se ofrece habitualmente añade fricción: temarios caros y no redistribuibles, academias con horarios fijos y mensualidades que no todos pueden pagar.

Persevera publica los temarios enteros, en abierto. Lees, copias, imprimes y compartes con quien quieras.

Esta es la primera entrega. Los siguientes cuerpos los decidiremos contigo: nos cuentas qué oposición te interesa.

El temario es un producto vivo: hay erratas, hay matices que pueden afinarse, hay decisiones de redacción que pueden discutirse. Si encuentras algo que pueda mejorar, escríbenos. Lo leemos todo y publicamos las correcciones.

ÍNDICE

Epígrafe 1 — Procedimientos y formas de la actividad administrativa. La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento	4
1. El procedimiento administrativo como cauce formal de la actuación	4
2. El deber constitucional de servir al interés general	4
3. Las formas de actividad administrativa: clasificación	5
4. La actividad de limitación o policía administrativa	6
5. La actividad de servicio público	7
6. La actividad de fomento	8
7. La actividad arbitral	12
Epígrafe 2 — Formas de gestión de los servicios públicos	14
1. Concepto y clases de servicio público	14
2. Las dos grandes modalidades de gestión	14
3. Gestión directa: las cuatro modalidades del art. 85.2.A LRBRL	17
4. Gestión indirecta: la concesión de servicios tras la LCSP 2017	18
5. Ejecución, responsabilidad y cumplimiento del contrato de servicios (art. 311 LCSP)	21
6. Especialidades de los contratos con prestaciones directas a la ciudadanía (art. 312 LCSP)	23
7. Adjudicación a sociedades de economía mixta (DA 22. ^a LCSP)	25
8. Cuadro comparativo: gestión directa vs. gestión indirecta	27

TEMA 5

Epígrafe 1 — Procedimientos y formas de la actividad administrativa. La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento

1. El procedimiento administrativo como cauce formal de la actuación

Toda actividad de la Administración —cualquiera que sea su forma material— se manifiesta a través de un **cauce formal** que el ordenamiento impone: el **procedimiento administrativo**. Su régimen general se contiene en la **Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC)** y en la **Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP)**, examinadas en el **Tema 3 BIII** al que se remite. En este Tema 5 el foco se desplaza del cauce formal a las **formas de actividad**: las modalidades materiales mediante las cuales la Administración satisface el interés general.

2. El deber constitucional de servir al interés general

Para el logro de sus fines, todas las Administraciones Públicas —estatal, autonómica y local— han de desarrollar una actividad dirigida a satisfacer el interés general. Ese deber no es una opción ni una aspiración: está constitucionalizado desde el primer artículo de la Constitución que regula a la Administración.

Artículo 103.1 CE · Principios de la Administración Pública

1. La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentrali-

zación, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Dos ideas vertebran el precepto: la **objetividad** en la satisfacción del interés general — la Administración no sirve intereses particulares ni políticos— y el **sometimiento pleno a la ley y al Derecho** (principio de legalidad). Junto a ellas, el 103.1 CE enumera **cinco principios de actuación**: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación.

MATIZ

El art. 103.1 CE enumera **exactamente cinco principios de actuación**: eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación. No confundir con los **valores superiores** del art. 1.1 CE (libertad, justicia, igualdad, pluralismo político) ni con los **principios garantizados** por el art. 9.3 CE (legalidad, jerarquía normativa, publicidad, irretroactividad, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad).

3. Las formas de actividad administrativa: clasificación

La doctrina administrativista ha distinguido tradicionalmente **tres grandes formas** de actividad de los entes públicos: la actividad de **limitación** (o policía), la de **fomento** y la de **servicio público**. A esa trilogía clásica, parte de la doctrina —Parejo Alfonso y, especialmente, Parada Vázquez— añade una cuarta: la actividad **arbitral**.

Forma de actividad	Qué hace la Administración	Mecanismo típico	¿Clásica?
Limitación (policía)	Restringe o condiciona la actividad privada para adecuarla al interés público	Autorizaciones, órdenes, sanciones	Sí

Fomento	Estimula la actividad privada útil al interés público sin coaccionarla ni sustituirla	Subvenciones, exenciones, crédito oficial, distinciones	Sí
Servicio público	Satisface directamente la necesidad pública, por sí o mediante terceros	Gestión directa o indirecta del servicio	Sí
Arbitral (doctrinal)	Resuelve conflictos entre particulares actuando como árbitro imparcial	Jurados, laudos, resolución de controversias	No (cuarta forma doctrinal)

RECUERDA

La **tríada clásica** es **limitación – fomento – servicio público** (Jordana de Pozas). La **actividad arbitral** se reconoce como cuarta modalidad por Parejo Alfonso y Parada Vázquez, pero carece de respaldo normativo expreso unitario y no tiene consenso unánime en la doctrina. Cuando se habla de las formas «tradicionales» o «clásicas», la respuesta son **tres**.

4. La actividad de limitación o policía administrativa

La actividad de limitación es aquella mediante la cual la Administración persigue que los particulares **adecúen obligatoriamente su conducta o su patrimonio al interés público**. No suprime el derecho del particular: lo **condiciona y controla**. Garrido Falla la describe, en formulación clásica, como el conjunto de medidas coactivas mediante las cuales la Administración fuerza al particular a ajustar su actividad a un fin de utilidad pública.

En sentido amplio, la doctrina la entiende como aquella actividad que **subordina el ejercicio de derechos individuales** a la intervención singular y transitoria de un elemento de control administrativo, para verificar su adecuación a las exigencias del interés público.

La plasmación más cotidiana de esta actividad es la **técnica de las autorizaciones**. La Administración controla *ex ante* la actividad o el ejercicio del derecho del particular para

verificar su adecuación a la normativa previamente establecida; permite o limita ese ejercicio en el caso concreto. Las **licencias de obras** expedidas por los Ayuntamientos son el ejemplo más conocido: verifican que la edificación proyectada cumple la normativa urbanística y los requisitos legal o reglamentariamente exigidos.

MATIZ

La actividad de limitación **no suprime el derecho** del particular: lo **condiciona** para su ejercicio adecuado al interés público. La **autorización no crea el derecho** —el derecho preexiste en el particular—, simplemente habilita su ejercicio en el caso concreto. Esa es la diferencia clave con la **concesión**, que sí crea un derecho nuevo a favor del concesionario donde antes no había ninguno (típico en el dominio público y en los servicios públicos).

5. La actividad de servicio público

Mediante la actividad de servicio público, la Administración —sin limitar ni incentivar la actividad privada— **satisface directamente** una necesidad pública mediante la prestación de un servicio a los administrados: transporte, abastecimiento, enseñanza, sanidad, etc. Jordana de Pozas la define como la modalidad de la acción administrativa consistente en satisfacer la necesidad pública de manera directa, con exclusión o en concurrencia con los particulares.

Artículo 128.2 CE · Iniciativa pública en la actividad económica

2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.

El art. 128.2 CE habilita al Estado para **gestionar servicios públicos e intervenir en la economía**. La reserva al sector público de recursos o servicios esenciales —la denominada *publicatio* o publicación— sólo puede hacerse **mediante ley**, no por reglamento ni por

mero acuerdo del Ejecutivo. Parejo Alfonso advierte que esta actividad prestacional no debe confundirse con la actividad netamente económica o industrial del Estado.

La prestación del servicio público genera entre la Administración y el ciudadano una **relación jurídica bilateral**: el ciudadano tiene **derecho a ser admitido** al disfrute del servicio cuando reúna las condiciones legalmente establecidas, y asume **obligaciones** determinadas por las normas públicas que rigen el funcionamiento del servicio (pago del precio o tarifa, uso conforme a su destino, etc.).

MATIZ

La reserva al sector público del art. 128.2 CE exige **ley** —no reglamento ni acuerdo del Ejecutivo— y no implica automáticamente monopolio: el precepto menciona el monopolio como **caso especialmente cualificado** (*especialmente en caso de monopolio*), no como regla general. Lo que reserva la ley es la **titularidad** del recurso o servicio esencial; la gestión puede luego articularse por gestión directa o indirecta (Ep. 2 del tema).

6. La actividad de fomento

6.1 Concepto y rasgos distintivos

Mediante la actividad de fomento, la Administración **estimula la acción de los particulares** orientada a satisfacer el interés público, sin coaccionarla ni sustituirla. Jordana de Pozas la formuló como la acción de la Administración encaminada a promover actividades que satisfacen necesidades públicas de utilidad general, sin recurrir a la coacción. El particular actúa libremente, pero la Administración le ofrece **incentivos** para que dirija su actividad hacia fines de utilidad pública.

El fomento se distingue con nitidez de las otras dos formas clásicas:

- Frente a la **actividad de policía** —que previene y reprime—, el fomento **protege y promueve sin coaccionar**.

- Frente al **servicio público** —en el que la Administración realiza directamente el fin perseguido—, en el fomento son los **propios particulares** quienes, por su voluntad y estimulados por la Administración, cumplen indirectamente ese fin.

6.2 Clases de medios de fomento

La doctrina distingue tres grandes categorías de medios de fomento, según su naturaleza:

Categoría	En qué consiste	Ejemplos
Honoríficos	Distinciones y reconocimientos que otorgan prestigio social sin valor económico directo	Condecoraciones, títulos, trofeos, diplomas, Premios Nacionales
Económicos	Incentivos de naturaleza patrimonial que mejoran la situación económica del particular	Subvenciones, primas, premios en metálico, exenciones fiscales, crédito oficial, avales
Jurídicos	Otorgamiento de una situación jurídica de privilegio o ventaja en el ordenamiento	Concesión de derechos de explotación, preferencias en contratación pública, protección arancelaria

6.3 Las subvenciones como medio típico de fomento

Las **subvenciones** constituyen el medio económico de fomento más relevante y el más densamente regulado del ordenamiento. Su régimen jurídico básico se contiene en la **Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (LGS)**, complementada por su Reglamento de desarrollo (Real Decreto 887/2006).

Artículo 2.1 LGS · Concepto de subvención

1. Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos:
 - a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios.
 - b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia

de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido.

c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.

El concepto se construye sobre **tres requisitos acumulativos** que han de concurrir simultáneamente: **(i) disposición dineraria** —sólo dinero, no entregas en especie—; **(ii) sin contraprestación directa** del beneficiario, lo que la separa del contrato; y **(iii) finalidad pública** —fomento de utilidad pública, interés social o promoción de una finalidad pública—. La ausencia de cualquiera de los tres elementos hace que la entrega no sea subvención a efectos de la LGS.

RECUERDA

Tres requisitos acumulativos del concepto de subvención del art. 2.1 LGS: **(a) disposición dineraria, (b) sin contraprestación directa, (c) finalidad de fomento de utilidad pública o interés social o promoción de finalidad pública.** Si falta cualquiera de los tres, no hay subvención en sentido legal: las entregas en especie se rigen por la legislación patrimonial; las prestaciones recíprocas dan lugar a contratos.

Artículo 4 LGS · Exclusiones del ámbito de aplicación de la ley

Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley:

- a) Los premios que se otorguen sin la previa solicitud del beneficiario.
- b) Las subvenciones previstas en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.
- c) Las subvenciones reguladas en la Ley Orgánica 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos.

d) Las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Cámaras de las Cortes Generales, en los términos previstos en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, así como las subvenciones a los grupos parlamentarios de las Asambleas autonómicas y a los grupos políticos de las corporaciones locales, según establezca su propia normativa.

MATIZ

El art. 4.c) LGS sigue citando literalmente la **LO 3/1987, de 2 de julio, de Financiación de los Partidos Políticos**, pero esa Ley Orgánica fue **derogada por la LO 8/2007, de 4 de julio, sobre financiación de los partidos políticos** (disposición derogatoria única). El literal del art. 4.c) LGS no se ha actualizado, pero la exclusión debe entenderse hecha al régimen vigente: el de la **LO 8/2007**.

Las cuatro letras del art. 4 LGS comparten la nota común de afectar a **sujetos o supuestos con régimen jurídico propio** (procesos electorales, partidos, grupos parlamentarios) o a **modalidades de entrega no rogada** (premios sin solicitud).

MATIZ

La distinción clave del art. 4.a) LGS es la **solicitud previa del beneficiario**: el premio que se otorga **sin solicitud previa** queda excluido de la LGS; si exige solicitud previa, **se rige por la LGS** como cualquier otra subvención. La cuantía y el carácter del premio son irrelevantes para esta delimitación.

El **régimen procesal** de las subvenciones —procedimiento de concesión (concurrentia competitiva o concesión directa), gestión y justificación, reintegro, infracciones y sanciones— se desarrolla en el **Bloque V** del programa, en la frase «Gestión económica y financiera de subvenciones», que es donde el programa BOE 2024 lo ubica expresamente. En este Tema 5 BIII basta con anclar el concepto y las exclusiones para entender por qué la subvención es el **medio económico paradigmático** de la actividad de fomento.

7. La actividad arbitral

Junto a la trilogía clásica, Parejo Alfonso y, especialmente, Parada Vázquez reconocen la **actividad arbitral** como cuarta modalidad de actividad administrativa. Es la función mediante la cual la Administración Pública **resuelve conflictos entre particulares actuando como árbitro**, siempre que la ley expresamente lo permita.

El arbitraje es un método alternativo de solución de controversias en el que un tercero —árbitro o tribunal arbitral— pone fin al conflicto mediante una resolución denominada **laudo**. La **Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje** regula con carácter general el arbitraje en España.

Artículo 2 Ley 60/2003 · Materias objeto de arbitraje

1. Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho.
2. Cuando el arbitraje sea internacional y una de las partes sea un Estado o una sociedad, organización o empresa controlada por un Estado, esa parte no podrá invocar las prerrogativas de su propio derecho para sustraerse a las obligaciones dimanantes del convenio arbitral.

El criterio delimitador del ámbito objetivo del arbitraje es la **libre disposición**: sólo pueden someterse a arbitraje las materias sobre las que las partes tengan poder de disposición conforme al ordenamiento. Quedan fuera, por tanto, las **materias de orden público** y aquellas en las que está implicado el interés general (régimen patrimonial básico de la familia, estado civil, etc.).

Artículo 1.4 Ley 60/2003 · Exclusión de los arbitrajes laborales

4. Quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta ley los arbitrajes laborales.

Los **arbitrajes laborales** quedan **expresamente excluidos** del ámbito de la Ley 60/2003 y se rigen por su régimen propio: el art. 91 del Estatuto de los Trabajadores (texto refundido

aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015) y el Acuerdo sobre Solución Autónoma de Conflictos Laborales (ASAC), entre otros instrumentos sectoriales.

MATIZ

La exclusión de los arbitrajes laborales del art. 1.4 Ley 60/2003 está **literalmente vigente** y ha sobrevivido a todas las reformas de la Ley 60/2003 (incluida la Ley 11/2011, que sólo modificó los arts. 8 y 11). **No todos los arbitrajes se rigen por la Ley 60/2003**: los laborales tienen régimen propio (art. 91 ET y acuerdos interprofesionales aplicables).

El arbitraje institucional —en el que la administración del procedimiento se encomienda a una institución especializada— corresponde típicamente a **corporaciones de derecho público y entidades públicas** con funciones arbitrales según sus normas reguladoras (Cámaras de Comercio, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tras la Ley 3/2013, etc.) y a **asociaciones y entidades sin ánimo de lucro** cuyos estatutos las prevean (cortes de arbitraje colegiales y similares).

Manifestaciones de la actividad arbitral en sede administrativa

Supuesto	Descripción
Jurados Provinciales de Expropiación Forzosa	Dirimen el justiprecio cuando existe discrepancia entre la Administración expropiante y el expropiado.
Laudos laborales de la autoridad laboral	La autoridad laboral puede emitir laudos de obligado cumplimiento en conflictos colectivos, conforme al art. 91 ET y a los acuerdos interprofesionales aplicables (régimen propio, no Ley 60/2003).
Recursos con intereses contrapuestos	Recursos en los que un particular pretende un derecho reconocido a otro por el acto administrativo impugnado, resolviendo la Administración entre ambos como árbitro.

TEMA 5

Epígrafe 2 — Formas de gestión de los servicios públicos

1. Concepto y clases de servicio público

Los **servicios públicos** son las actividades o prestaciones de **titularidad administrativa** que la Administración gestiona —directamente o a través de terceros— para satisfacer necesidades de interés general de los ciudadanos. La nota esencial es la **titularidad pública**: es la Administración quien asume y garantiza la prestación, con independencia de quién la ejecute materialmente.

En el ámbito local, el art. 85 de la Ley 7/1985, reguladora de las Bases del Régimen Local (LRBRL), ofrece la definición normativa más concisa:

Artículo 85.1 LRBRL · Concepto de servicio público local

1. Son servicios públicos locales los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias.

La definición es **competencial**: sólo son servicios públicos locales los que se prestan en el ámbito de las competencias de la entidad local. No toda actividad prestacional de un ente local es servicio público; ha de encuadrarse en el ámbito competencial atribuido por el ordenamiento.

2. Las dos grandes modalidades de gestión

El art. 85.2 LRBRL —en su redacción dada por la Ley 27/2013, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local (LRSAL)— articula las dos grandes modalidades de gestión y fija el **criterio rector de elección**:

Artículo 85.2 LRBRL · Modalidades de gestión de los servicios públicos locales

2. Los servicios públicos de competencia local habrán de gestionarse de la forma más sostenible y eficiente de entre las enumeradas a continuación:

A) Gestión directa:

a) Gestión por la propia Entidad Local.

b) Organismo autónomo local.

c) Entidad pública empresarial local.

d) Sociedad mercantil local, cuyo capital social sea de titularidad pública.

Solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

B) Gestión indirecta, mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

La forma de gestión por la que se opte deberá tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 9 del Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por

Ley 7/2007, de 12 de abril, en lo que respecta al ejercicio de funciones que corresponden en exclusiva a funcionarios públicos.

El precepto fija tres ideas clave: **(i) criterio rector** de la elección — la forma «más sostenible y eficiente» de entre las enumeradas; **(ii) bipartición** clásica entre gestión directa (cuatro modalidades a-d) y gestión indirecta; **(iii) reserva** del ejercicio de autoridad al personal funcionario por remisión al art. 9 del texto refundido del Estatuto Básico del Empleado Público.

MATIZ

El art. 85.2 LRBRL conserva **dos remisiones a normas derogadas**: (i) el apartado B menciona el «**texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011**» —derogado por la LCSP 2017 (Ley 9/2017), cuyo cierre se hace por la **DA 34.^a LCSP** que se examina más adelante—; y (ii) el último párrafo cita el «**Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado por Ley 7/2007**» —derogado por el **Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre**, que aprobó el **TREBEP**—. Las remisiones se entienden hechas a la norma vigente (art. 9 TREBEP y régimen de la LCSP 2017). El literal de la LRBRL no se ha actualizado.

MATIZ

El criterio rector del art. 85.2 LRBRL no es la libre voluntad política del gobierno local, sino la **forma más sostenible y eficiente**. La opción por las modalidades subsidiarias (entidad pública empresarial o sociedad mercantil) exige **memoria justificativa** que la acredite, **informe del interventor local** sobre sostenibilidad financiera y **aprobación del Pleno**. Sin esos tres requisitos, la elección no cumple las exigencias del art. 85.2 LRBRL.

3. Gestión directa: las cuatro modalidades del art. 85.2.A LRBRL

Forma	Personalidad jurídica	Régimen del gestor	Posición en la prelación
a) Gestión por la propia Entidad Local	No (la del propio ente)	Derecho público	1.ª preferente
b) Organismo autónomo local	Sí, propia	Derecho público	2.ª preferente
c) Entidad pública empresarial local	Sí, propia	Derecho público para potestades públicas y derecho privado para el resto	3.ª subsidiaria – triple requisito
d) Sociedad mercantil local de capital de titularidad pública	Sí, propia	Derecho privado, salvo materias presupuestarias, contables, control financiero y contratación	4.ª subsidiaria – triple requisito

El régimen jurídico detallado de las modalidades b), c) y d) se contiene en los arts. 85 bis y 85 ter LRBRL. El art. 85 bis somete a los organismos autónomos y a las entidades públicas empresariales locales a las normas reguladoras de los organismos públicos estatales (Ley 40/2015 LRJSP), con las especialidades propias del régimen local. El art. 85 ter regula las sociedades mercantiles locales: capital íntegra o mayoritariamente público y sujeción al ordenamiento jurídico privado, salvo en materia presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y de contratación.

RECUERDA

Las cuatro modalidades del art. 85.2.A LRBRL están **prelacionadas**: a) y b) son preferentes c) y d) son subsidiarias y sólo caben con triple requisito acumulativo —memoria justificativa, informe del interventor local sobre sostenibilidad financiera (art. 4 LO 2/2012) y aprobación del Pleno—, más publicidad del coste y del apoyo técnico recibido.

4. Gestión indirecta: la concesión de servicios tras la LCSP 2017

4.1 De la supresión del «contrato de gestión de servicios públicos» a la concesión de servicios

Hasta la **Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP)**, el instrumento central de la gestión indirecta era el **contrato de gestión de servicios públicos** del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público de 2011 (RDLeg 3/2011, TRLCSP). La LCSP 2017 —en transposición de la **Directiva 2014/23/UE** sobre adjudicación de contratos de concesión— **suprime** ese tipo contractual y lo sustituye por el **contrato de concesión de servicios** del art. 15 LCSP, cuya nota definitoria es la **transferencia del riesgo operacional** al concesionario.

El art. 85.2.B LRBRL —cuya redacción no se ha actualizado tras la LCSP 2017— sigue mencionando literalmente «las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre». Esa remisión a una norma derogada se cierra mediante la **Disposición Adicional 34.^a LCSP**:

Disposición Adicional 34.^a LCSP · Referencias a contratos de gestión de servicios públicos

Las referencias existentes en la legislación vigente al contrato de gestión de servicios públicos se entenderán realizadas tras la entrada en vigor de la presente Ley al contrato de concesión de servicios, en la medida en que se adecuen a lo regulado para dicho contrato en la presente Ley.

MATIZ

El **contrato de gestión de servicios públicos** del TRLCSP 2011 **no existe** desde la entrada en vigor de la LCSP 2017 (9 de marzo de 2018). El **art. 85.2.B LRBRL sigue mencionándolo literalmente** porque la LRBRL no ha sido reformada al efecto: es un desfase ley/realidad clásico. La pieza que cierra el círculo es la **DA 34.ª LCSP**, que ordena entender toda referencia al «contrato de gestión de servicios públicos» como hecha al **contrato de concesión de servicios** (art. 15 LCSP), siempre que se adecue a su régimen.

4.2 El contrato de concesión de servicios (art. 15 LCSP)

Artículo 15 LCSP · Contrato de concesión de servicios

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, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.

Dos elementos lo definen: **(i) encomienda onerosa** de la gestión de un servicio de titularidad pública a un particular; **(ii) la contraprestación** consiste en el derecho a explotar el servicio (con o sin precio adicional). El criterio que lo distingue del contrato de servicios ordinario es la **transferencia del riesgo operacional** al concesionario (art. 15.2 en remisión al art. 14.4 LCSP).

4.3 El riesgo operacional como criterio delimitador (art. 14.4 LCSP)

El **riesgo operacional** es la pieza que separa la concesión de servicios del contrato de servicios ordinario. Aunque el art. 14.4 LCSP regula la concesión de obras, el art. 15.2 LCSP lo declara aplicable también a la concesión de servicios:

Artículo 14.4 LCSP · Riesgo operacional en la concesión

4. El derecho de explotación de las obras, a que se refiere el apartado primero de este artículo, deberá implicar la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se entiende por riesgo de demanda el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato y 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. 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.

El precepto identifica **dos categorías** de riesgo —**de demanda** (¿cuántos usuarios acuden?) y **de suministro** (¿puede prestarse el servicio conforme a la demanda?)— que pueden transferirse al concesionario una, otra o ambas. Lo decisivo es que la transferencia sea **real**: la pérdida potencial no puede ser «meramente nominal o desdeñable».

MATIZ

Sin riesgo operacional no hay concesión de servicios: si la Administración garantiza al contratista la recuperación de la inversión o cubre las pérdidas en cualquier caso, el contrato será de **servicios ordinario** (art. 17 LCSP), no concesión de servicios. Es la diferencia más relevante entre las dos figuras y el criterio que importó el legislador europeo desde la Directiva 2014/23/UE.

5. Ejecución, responsabilidad y cumplimiento del contrato de servicios (art. 311 LCSP)

El régimen general de ejecución del **contrato de servicios** se contiene en el art. 311 LCSP. Conviene situar bien las figuras: los arts. 311 y 312 LCSP regulan el **contrato de servicios** (art. 17 LCSP), no la **concesión de servicios** del art. 15 LCSP, cuya ejecución se rige por los arts. 287 y ss. LCSP. La distinción material —presencia o ausencia de **riesgo operacional**— determina cuál de los dos regímenes resulta aplicable. La inclusión del art. 311 en este Tema 5 se justifica porque el **contrato de servicios con prestaciones directas a la ciudadanía** del art. 312 LCSP absorbe parte del antiguo régimen de gestión de servicios públicos sin riesgo operacional.

Artículo 311 LCSP · Ejecución, responsabilidad y cumplimiento

1. El contrato se ejecutará con sujeción a lo establecido en su clausulado y en los pliegos, y de acuerdo con las instrucciones que para su interpretación diere al contratista el responsable del contrato, en los casos en que se hubiere designado. En otro caso, esta función le corresponderá a los servicios dependientes del órgano de contratación.
2. El contratista será responsable de la calidad técnica de los trabajos que desarrolle y de las prestaciones y servicios realizados, así como de las consecuencias que se deduzcan para la Administración o para terceros de

las omisiones, errores, métodos inadecuados o conclusiones incorrectas en la ejecución del contrato.

3. La Administración determinará si la prestación realizada por el contratista se ajusta a las prescripciones establecidas para su ejecución y cumplimiento, requiriendo, en su caso, la realización de las prestaciones contratadas y la subsanación de los defectos observados con ocasión de su recepción. Si los trabajos efectuados no se adecuan a la prestación contratada, como consecuencia de vicios o defectos imputables al contratista, podrá rechazar la misma quedando exento de la obligación de pago o teniendo derecho, en su caso, a la recuperación del precio satisfecho.
4. Si durante el plazo de garantía se acreditase la existencia de vicios o defectos en los trabajos efectuados el órgano de contratación tendrá derecho a reclamar al contratista la subsanación de los mismos.
5. Terminado el plazo de garantía sin que la Administración haya formalizado alguno de los reparos o la denuncia a que se refieren los apartados anteriores, el contratista quedará exento de responsabilidad por razón de la prestación efectuada, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 314 y 315 sobre subsanación de errores y responsabilidad en los contratos que tengan por objeto la elaboración de proyectos de obras.
6. Los contratos de mera actividad o de medios se extinguirán por el cumplimiento del plazo inicialmente previsto o las prórrogas acordadas, sin perjuicio de la prerrogativa de la Administración de depurar la responsabilidad del contratista por cualquier eventual incumplimiento detectado con posterioridad.
7. El contratista tendrá derecho a conocer y ser oído sobre las observaciones que se formulen en relación con el cumplimiento de la prestación contratada.

El precepto fija tres ejes: **(i) sujeción** al clausulado y a los pliegos; **(ii) responsabilidad** del contratista por la calidad técnica de la prestación y por sus consecuencias frente a la Administración o a terceros; **(iii) facultad** de la Administración de rechazar la prestación defectuosa y exigir subsanación durante el plazo de garantía. El derecho del contratista a ser oído (ap. 7) es garantía procedimental de contradicción.

MATIZ

El art. 311.5 LCSP establece que, **terminado el plazo de garantía** sin reparos formalizados, el contratista queda **exento de responsabilidad** por la prestación efectuada. Ese plazo opera como **límite temporal de la responsabilidad general por ejecución**, distinto de la responsabilidad por daños a terceros del art. 312.b) LCSP, que no está sujeta a ese plazo de garantía.

6. Especialidades de los contratos con prestaciones directas a la ciudadanía (art. 312 LCSP)

Cuando el contrato de servicios conlleva **prestaciones directas a favor de la ciudadanía**, la LCSP impone garantías adicionales sobre el régimen general del art. 311:

Artículo 312 LCSP · Especialidades de los contratos con prestaciones directas a la ciudadanía

En los contratos de servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se deberán cumplir las siguientes prescripciones:

- a) Antes de proceder a la contratación de un servicio de esta naturaleza deberá haberse establecido su régimen jurídico, que declare expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

b) El adjudicatario de un contrato de servicios de este tipo estará sujeto a las obligaciones de prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono en su caso de la contraprestación económica fijada; de cuidar del buen orden del servicio; de indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, con la salvedad de aquellos que sean producidos por causas imputables a la Administración; y de entregar, en su caso, las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato en el estado de conservación y funcionamiento adecuados.

c) Los bienes afectos a los servicios regulados en el presente artículo no podrán ser objeto de embargo.

d) Si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar el secuestro o intervención del mismo hasta que aquella desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya ocasionado.

e) La Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía de que se trate.

f) Con carácter general, la prestación de los servicios que conlleven prestaciones directas a favor de la ciudadanía se efectuará en dependencias o instalaciones diferenciadas de las de la propia Administración contratante. Si ello no fuera posible, se harán constar las razones objetivas que lo motivan. En estos casos, a efectos de evitar la confusión de plantillas, se intentará que los trabajadores de la empresa contratista no compartan espacios y lugares de trabajo con el personal al servicio de la Administración, y los trabajadores

y los medios de la empresa contratista se identificarán mediante los correspondientes signos distintivos, tales como uniformidad o rotulaciones.

g) Además de las causas de resolución del contrato establecidas en el artículo 313, serán causas de resolución de los contratos de servicios tratados en el presente artículo, las señaladas en las letras c), d), y f) del artículo 294.

El art. 312 LCSP impone tres grandes garantías sobre el régimen general del art. 311: (i) **publicatio previa** (letra a) — el régimen jurídico ha de estar establecido antes de contratar, declarando que la actividad queda asumida por la Administración como propia; (ii) **continuidad** del servicio (letras b y d) — incluso mediante secuestro o intervención si el incumplimiento del contratista produce perturbación grave; (iii) **poderes de policía** retenidos por la Administración (letra e) — la externalización del servicio no los transfiere al concesionario.

MATIZ

Tres claves del art. 312 LCSP que se confunden con frecuencia: (i) los **bienes afectos** al servicio son **inembargables** con carácter absoluto (letra c); (ii) la Administración **conserva los poderes de policía** sobre el servicio (letra e), por lo que la externalización no los transfiere al concesionario; y (iii) la letra g) **amplía las causas de resolución** del contrato remitiéndose a las letras c), d) y f) del art. 294 LCSP, además de las del art. 313.

7. Adjudicación a sociedades de economía mixta (DA 22.^a LCSP)

La LCSP regula en su Disposición Adicional 22.^a una modalidad especial: la concesión puede otorgarse **directamente** a una sociedad de economía mixta —capital público mayoritario más capital privado— siempre que la elección del socio privado se haya hecho conforme al procedimiento de adjudicación de la propia LCSP.

Disposición Adicional 22.ª LCSP · Adjudicación de concesiones a sociedades de economía mixta

1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

La modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente según lo establecido en el párrafo anterior, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4.ª de la Sección 3.ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos.

2. En el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 anterior, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la presente Ley.
3. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán:
 - a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.

b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.

La adjudicación directa garantiza la **libre competencia** por una vía indirecta: no se licita el contrato (se adjudica a la sociedad), pero sí se licita la **entrada del socio privado** en la sociedad. Para contratos distintos del que motivó su constitución, la sociedad debe concurrir al procedimiento ordinario de licitación.

MATIZ

La adjudicación directa de concesiones a sociedades de economía mixta (DA 22.^a LCSP) **no exime de licitación**: lo que se sustituye es la licitación del contrato por la **licitación previa del socio privado** conforme al procedimiento de adjudicación de la LCSP. Si el socio privado no fue seleccionado por ese procedimiento, no cabe adjudicación directa. Y para concesiones distintas de la que motivó la sociedad, ésta debe **licitar normalmente** en igualdad con cualquier otro operador.

8. Cuadro comparativo: gestión directa vs. gestión indirecta

Aspecto	Gestión directa	Gestión indirecta (concesión de servicios)
Titular del servicio	Administración pública	Administración pública (siempre)
Gestor material	La propia Administración o ente dependiente	Particular concesionario
Riesgo económico	Lo asume íntegramente la Administración	Riesgo operacional transferido al concesionario (art. 15.2 LCSP)

Régimen jurídico del gestor	Derecho público (o privado en la sociedad mercantil local)	Derecho privado con obligaciones públicas (art. 15 + arts. 287 y ss. LCSP)
Responsabilidad por calidad técnica	Directa de la Administración	Del contratista (art. 311.2 LCSP)
Poderes de policía	Propios	Los conserva la Administración (art. 312.e LCSP)
Continuidad del servicio	Garantizada directamente	Obligación del concesionario · secuestro o intervención si incumplimiento grave (art. 312.d LCSP)
Base normativa principal	Art. 85.2.A LRBRL	Art. 15 + arts. 287 y ss. + DA 22. ^a LCSP (con DA 34. ^a LCSP cerrando el desfase del 85.2.B LRBRL)

TRES FORMAS DE EMPEZAR

La app Persevera complementa este temario con las herramientas para estudiarlo:

tests · flashcards con repaso espaciado · supuestos
simulacros · mindmaps · tutor IA · planificador

Suscripción mensual sin permanencia. Cancelas cuando quieras desde la app.



WEB

perseveraoposiciones.com



IOS

iPhone / iPad



ANDROID

Google Play