

ANÁLISIS DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO ESPAÑOL Y DEL COMUNITARIO. PERSPECTIVAS DE FUTURO

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

*Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid.
Jefe del Departamento de Actividades Educativas; Dirección General de Familia,
Infancia, Educación y Juventud; Ayuntamiento de Madrid.*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don FRANCISCO MONTERDE FERRER, don JOSÉ LUIS MARTÍNEZ MORALES, don JOSÉ MANUEL PALAU NAVARRO, doña REMEDIO SÁNCHEZ FERRIZ y don RICARDO DE VICENTE DOMINGO.

EXTRACTO

La nueva regulación comunitaria de los contratos administrativos obligará a mudar las bases institucionales sobre las que se asienta el contrato de gestión de servicio público en nuestro país; esas modificaciones permiten abundar en el régimen jurídico de los contratos públicos, y reflexionar sobre la necesaria unidad del ordenamiento jurídico regulador de la contratación pública. Nos encontramos inmersos en una época de cambios constantes, los mismos provocan una mutación de la visión a la hora de enfocar la regulación legal de una materia. En el presente artículo se reconoce expresamente la influencia del derecho comunitario regulador de la materia contractual, y se plantean una serie de cuestiones generales que afectan a la regulación sectorial, y que singularizan el contrato de gestión de servicio público.

Palabras claves: derecho comunitario, contratos públicos, contrato de servicios y contrato de gestión de servicio público.

Fecha de entrada: 03-05-2013 / Fecha de aceptación: 09-07-2013

ANALYSIS OF CONTRACT MANAGEMENT PUBLIC SERVICE FROM THE POINT OF VIEW OF SPANISH LAW AND THE EUROPEAN UNION. FUTURE PROSPECTS

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

ABSTRACT

The new EU regulation on administrative contracts, obliged to change the institutional foundations on which the management contract of public service in our country is based, these modifications allow elaborate on the legal regime of public contracts, and reflect on the necessary unity the regulatory law of public procurement. We find ourselves in an era of constant change, the same mutation causes a vision in approaching the legal regulation of a subject. This article explicitly acknowledges the influence of the regulatory community law in contract cases, raising a number of general issues that affect the sector regulation, and that single management contract in the public service.

Keywords: community law, public procurement, contract services and contract management utility.

Sumario

1. Introducción
2. La importancia del derecho comunitario regulador de la contratación pública. Valor jurídico de las directivas reguladoras de la contratación pública
 - 2.1. Consideraciones generales
 - 2.2. El progresivo interés del legislador comunitario por los distintos tipos de contratos del sector público
 - 2.3. Valor del derecho comunitario regulador de la contratación pública en el ordenamiento jurídico español
3. Tratamiento jurídico del contrato de gestión de servicio público por el legislador español
 - 3.1. Nota introductoria
 - 3.2. Evolución histórica de la regulación del contrato
 - 3.3. Núcleo del concepto de contrato de gestión de servicio público en el ordenamiento jurídico español
4. Tratamiento jurídico del contrato de gestión de servicio público por el legislador comunitario
 - 4.1. Evolución normativa de la figura en el derecho comunitario
 - 4.2. Concepto aportado por la Directiva de Contratos
 - 4.3. Análisis de la futura regulación del contrato de concesión de servicios
5. Análisis de los posibles puntos de conflicto entre el derecho español y el comunitario en materia de contratos de gestión de servicio público
6. Consideraciones finales

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales rasgos definitorios del derecho administrativo en la actualidad es el fenómeno de la *motorización legislativa*, o entre nosotros, llamado *legislación incontinente*¹, con base en el mismo el derecho administrativo se encuentra en continuo cambio o movimiento. Ese movimiento afecta a los propios conceptos jurídicos², que sufren cambios conceptuales significativos, inmersos en la vorágine de nuevas regulaciones, mutaciones de interpretaciones jurisprudenciales, etc.

Dentro del complicado mundo en el que se mueve el ordenamiento jurídico español, merece una mención especial el derecho comunitario. Así, las normas que emanan de las instituciones comunitarias cobran cada vez un mayor protagonismo a la hora de interpretar los conceptos nacionales, haciendo que esa interpretación no pueda considerarse desde un punto de vista aislado, y tomando únicamente la perspectiva que ofrecen los clásicos conceptos nacionales; ahora la mayor garantía de una interpretación adecuada ofrece, en determinados ámbitos del derecho público (como en el caso de la contratación administrativa), la visión comunitaria.

Lejos quedan las afirmaciones de Savigny cuando diferenciaba dos elementos en el derecho: uno *político*, que lo vinculaba con la tradición normativa del país espíritu de su pueblo; y otro *técnico*, relativo a su vida científica³. El proceso de integración supranacional que supone la integración comunitaria implica, en muchas ocasiones, la ruptura del elemento político del derecho, debido principalmente a que la necesidad de armonizar las legislaciones de varios países obliga a la utilización de conceptos amplios, comunes a todos los países miembros y susceptibles de ser interpretados y conocidos por todos los operadores jurídicos de los países afectados, anulando esta amplitud las viejas categorías jurídicas nacionales.

Uno de los principales motores de los cambios normativos en materia de contratación pública lo constituye sin lugar a la duda el derecho comunitario. El motivo de esa importancia le viene

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (1999, reimpresión 2000), Civitas, pág. 48, dice que: «Frente a lo que Maurice Hauriou llamaba aún, a comienzos de este siglo, la *sage lenteur*, la sabia lentitud, de las Asambleas deliberantes en el estudio y reflexión sobre las Leyes, que venían de cuando a perfeccionar y pulir el cuadro riguroso que habían establecido los grandes Códigos, Carl Schmitt pudo hablar ya en 1946 de la "legislación motorizada"». Ortega (individuo y organización, conferencia Darmstaad) denunció igualmente en 1953 «la legislación incontinente».

² VERDÚ, P. L.: *Reforma y mutación de la constitución (estudio preliminar)*, JELLINEK, G. (1991), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pág. XLIII, dice que: «... los conceptos jurídicos son meras abstracciones que se infieren del mundo con que se disponen las reglas jurídicas».

³ SAVIGNY, F. C.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho* (1814), traducción y prólogo Adolfo POSADA, Comares (2008), pág. 16.

dado por dos razones: en primer lugar, porque cada vez es más frecuente encontrarse con regulaciones comunitarias sobre esta materia que obligan a realizar un esfuerzo por parte del legislador nacional para transponer todo ese elenco normativo al ordenamiento nacional (*motor externo*)⁴; y por otro lado, porque las erróneas transposiciones del derecho comunitario provocan cambios normativos constantes con el objeto de alinear definitivamente la legislación nacional con la comunitaria y cumplir de esa manera con los compromisos del Estado español (*motor interno*). De los dos motores de cambios legislativos en el derecho nacional provenientes del derecho comunitario, uno no se puede controlar (*motor externo*) por el legislador español, mientras que el otro (*motor interno*) sí que es susceptible de control mediante una correcta praxis legislativa.

El término «praxis legislativa» empleado en el apartado anterior requiere una aclaración. Por medio de lo anterior me quiero referir al hecho de que a la hora de proceder a la transposición de una directiva comunitaria, debido a la naturaleza jurídica que tiene este instrumento normativo peculiar⁵, la operación puede enfocarse desde dos puntos de vista o planos de transposición diferenciados: en primer lugar, se puede hacer de *abajo arriba*; este plano supone que la transposición se articule desde la óptica del derecho nacional, tratando de encajar sobre los moldes nacionales la nueva regulación comunitaria; esta visión de la transposición es más respetuosa con el *elemento político del derecho*, que es aquel que se engarza con la tradición normativa del país, con su espíritu⁶, por medio de la misma se busca el respeto de las tradiciones normativas propias, el compaginar innovación y tradición. Esta visión de la transposición es, sin lugar a la duda, la más respetuosa con las tradiciones normativas de un país y por lo tanto la más respetuosa con su soberanía⁷, siendo esta

⁴ HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: «Jurisprudencia en materia de contratos administrativos: el concepto de poder adjudicador y las garantías jurisdiccionales», *Estudios de Derecho Judicial 113*, Consejo General del Poder Judicial (2006), págs. 227 y ss., realiza un análisis de la normativa comunitaria en materia de contratación pública, resultando de ese análisis una diversidad de normas jurídicas que han tenido que ser objeto de transposición.

⁵ MILLETT, T.: «El efecto directo de las directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto horizontal?», traducción Joaquín HUELÍN, *Estudios de derecho judicial 95*, Consejo General del Poder Judicial (2007), pág. 106, dice acerca de la directiva: «Se trata de un acto legislativo específicamente comunitario, distinto de la mayoría de actos legislativos nacionales que conocemos. La diferencia reside esencialmente en el hecho de que la producción de la norma planteada se realiza en dos etapas sucesivas. Mediante la primera, el legislador comunitario fija, en sus grandes líneas, los objetivos a alcanzar, dejando al legislador de cada uno de los Estados miembros la tarea de precisar el detalle de las normas y las modalidades de su aplicación. En principio, es únicamente este segundo acto, el acto de puesta en marcha de la directiva el que adopta el legislador nacional, el que surte efecto respecto del justiciable».

⁶ MONEREO PÉREZ, J. L.: «Savigny y la nostalgia de la jurisprudencia como ciencia hegemónica», en *La vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho* (SAVIGNY), Comares (2008), pág. XIV, dice que: «El Derecho tiene una doble dimensión vital: como ámbito de la vida total de un pueblo donde se resalta su vinculación con el espíritu popular en su desarrollo (elemento político) y como elaboración científica realizada por la actividad de los juristas, marcada por la utilización del método histórico constructivo y sistemático (elemento técnico)».

⁷ MILLETT, T.: «El efecto directo de las directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto horizontal?», traducción Joaquín HUELÍN, *Estudios de derecho judicial 95*, Consejo General del Poder Judicial (2007), pág. 106, dice que: «Generalmente, se estima que la directiva corresponde a los ámbitos ligados estrechamente al ejercicio de la soberanía nacional o que afectan, de forma íntima, al modo de vida de un pueblo, que el gobierno nacional está más capacitado para apreciar: Por esa razón las directivas se utilizan en ámbitos como el Derecho fiscal, el Derecho social y el Derecho laboral...».

su principal ventaja. No obstante lo anterior, la principal desventaja de esta forma de transposición es el riesgo que se corre de realizar una transposición errónea de la normativa comunitaria que aumente la inestabilidad normativa, o de que se mantengan categorías jurídicas que por el devenir de los tiempos están llamadas a extinguirse. En el esquema de transposición de una directiva, las normas internas deben ser el conductor que garantice la aplicación completa del derecho comunitario, sin que admitan fisuras ni puntos muertos. El propio Savigny admite la modificación del derecho vigente por dos motivos: para purgar el derecho existente o cuando altos fines políticos así lo requieran⁸. En este caso, los altos fines políticos que se persiguen con las directivas reguladoras de la contratación pública demandan la adopción de un cambio de enfoque en la manera de realizar la transposición que permita asegurar la plena aplicación del derecho comunitario y, por lo tanto, la regulación y consecución de los objetivos programados por las instituciones comunitarias.

La segunda manera de afrontar la transposición es mediante un plano de *arriba a abajo*; en este caso, lo que se propone es que se dé una mayor primacía al derecho comunitario, a las categorías jurídicas establecidas en las directivas, adaptando los moldes nacionales a las exigencias de la nueva regulación. Esta solución encaja menos con la tradición normativa del país, pero como contrapartida coadyuva en favor de la seguridad jurídica, ya que reduce el elemento de incertidumbre normativa que introduce una mala transposición. Además, la experiencia se muestra invariable al demostrar que las resistencias y la terquedad en adaptar los moldes nacionales al derecho comunitario es tanto como resistirse a lo inevitable. Me complace destacar que esta necesidad de cambio de enfoque, a la hora de proceder a la transposición de las directivas reguladoras de la contratación pública, ha sido ya advertida por los mayores especialistas en contratación pública de nuestro país (MORENO MOLINA, J. A.⁹ y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.¹⁰), quienes destacan el mérito que ha tenido el legislador nacional al abordar la transposición de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, desde un plano diferenciado a la tradición normativa española.

Nuevamente el legislador comunitario va a poner al nacional en la tesitura de elegir entre un enfoque de *abajo arriba* o de *arriba abajo*, al entrar a regular un tipo contractual que hasta ahora carecía de importancia en el ámbito comunitario, como es el contrato de concesión de servicios¹¹.

⁸ SAVIGNY, F. C.: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho* (1814), traducción Adolfo POSADA, Comares, pág. 19.

⁹ MORENO MOLINA, J. A.: «La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la ley de contratos del sector público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico XI, sección 3 (2009), pág. 55, dice que: «La LCSP ha incorporado por fin en nuestro Derecho de la contratación pública el cambio de perspectiva que desde hace años había impuesto en este sector el Derecho comunitario y que sin embargo nuestra legislación se resistía a asumir plenamente».

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Ámbito de aplicación de la ley», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección de GÓMEZ FERRER MORANT), Civitas, Madrid, 2.ª edición (2004), pág. 82, cuando destaca que la Ley de Contratos de 1995 había sido adaptada desde una óptica diferente a la tradicional de nuestro derecho por influencia del derecho comunitario.

¹¹ En este sentido, la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 20 de diciembre de 2011, va a regular el contrato de concesión de servicios.

Como veremos, la nueva regulación se asienta sobre bases conceptuales diferenciadas a las nacionales, lo que pondrá en serios aprietos la supervivencia del contrato administrativo de gestión de servicio público.

Uno de los principales retos del regulador comunitario consiste precisamente en armonizar la legislación de diversos países miembros, entre los cuales existen grandes diferencias conceptuales¹². Ese proceso requiere del uso de instrumentos jurídicos adecuados (como la directiva), del control por parte de las instituciones comunitarias encargadas de esa labor (Comisión y Tribunal de Justicia), y de generosidad y amplitud de miras por parte de los reguladores de los países miembros, que deben adoptar una visión transnacional a la hora regular la contratación pública, visión que exige, en ocasiones, renunciar a la tradición normativa interna.

2. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO COMUNITARIO REGULADOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. VALOR JURÍDICO DE LAS DIRECTIVAS REGULADORAS DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

2.1. CONSIDERACIONES GENERALES

El Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas no habla específicamente de los contratos públicos; no obstante, el artículo 2 del tratado en su versión consolidada alude al establecimiento de un mercado común¹³; es indudable que dentro de ese mercado común que se pretende crear por el tratado juegan un papel destacado los contratos públicos¹⁴. Se debe advertir que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoce la aplicación directa de los principios del tratado en la materia que estamos tratando¹⁵; no obstante lo anterior, las instituciones comunitarias

¹² COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de derecho administrativo* (novena edición) (1998), pág. 397, dice que: «No todos los ordenamientos jurídicos, nos referimos naturalmente a los regímenes administrativos, admiten la existencia de los contratos administrativos. Singularmente, no lo hacen los ordenamientos alemán e italiano, y sí lo admiten los de directa influencia francesa, entre ellos el español».

¹³ MEILÁN GIL, J. L.: *La estructura de los contratos públicos*, Iustel (2008), pág. 93.

¹⁴ PIÑAR MAÑAS, J. L.: «El derecho comunitario como marco de referencia del derecho español», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, coordinada por Rafael GÓMEZ FERRER MORANT, Thomson-Civitas, (2004), pág. 29, dice que: «El sector de la contratación pública en el ámbito comunitario es de una extraordinaria importancia. Según datos de la Comisión Europea, "en 1986 la compras de las Administraciones Públicas stricto sensu representaban aproximadamente un 9% del producto interior bruto de la Comunidad. Si se añaden los pedidos de las entidades paraestatales y de las empresas públicas, dicha cifra se eleva a un 15% del Producto Interior Bruto de la Comunidad" (1986: equivale a 530.000 millones de euros, aproximadamente). Esta cantidad considerable, que refleja el volumen de la actividad contractual pública, experimentó un notable incremento tras el ingreso de España y Portugal y como consecuencia del proceso de unificación Alemana».

¹⁵ También HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: «Jurisprudencia en materia de contratos administrativos: el concepto de poder adjudicador y las garantías jurisdiccionales», en *Análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia tribu-*

han sido conscientes de que los principios del tratado se muestran insuficientes en esta materia para conseguir un objetivo tan ambicioso como es armonizar los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de todos los países miembros de la Unión¹⁶, por ese motivo se ha buscado la armonización de procedimientos utilizando un instrumento jurídico peculiar como es la directiva¹⁷ que impone una obligación de resultado dejando en manos de los países miembros los mecanismos para la consecución de ese resultado¹⁸. Como ya hemos apuntado, son diversas las razones que impulsan al legislador comunitario a utilizar este instrumento jurídico para intervenir en un determinado sector de actividad¹⁹; en el caso de la contratación pública el uso de la directiva como técnica para la consecución de los objetivos marcados es doble: en primer lugar, la creación de un mercado de contratos públicos entre los países miembros no precisa de un instrumento jurídico más agresivo, sino que se entiende que los objetivos se pueden lograr con un instrumento más respetuoso con la soberanía nacional; y en segundo término, yo creo que esta es la razón principal, la figura del contrato administrativo (esto es, el contrato que se rige por las reglas del derecho administrativo, no por las del derecho común) no existe en todos los países miembros, en particular se niega su existencia en Italia, Inglaterra o Alemania, y se reconoce en España o Francia²⁰. En

taria, de contratos y de medio ambiente, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial (2006), pág. 227, dice que: «El derecho originario de la Unión Europea no contiene ninguna disposición particular sobre los contratos administrativos. No obstante, los principios generales que proclama son directamente aplicables a la contratación pública, en virtud de la regla de la primacía del Derecho comunitario».

- ¹⁶ MEILÁN GIL, J. L.: *La estructura de los...*, *op. cit.*, págs. 94 y ss., dice que: «Las Directivas respondieron a la convicción de que las prohibiciones establecidas en los Tratados eran insuficientes para la realización del mercado único, en cuanto se refiere a los contratos públicos. No se trataba solo de prohibir prácticas contrarias a los principios y libertades reconocidas, sino de garantizar unas pautas de actuación de los Estados de conformidad con criterios de igualdad, para la participación en dichos contratos y de transparencia de los procedimientos de adjudicación de los mismos. De esta manera se hacían más efectivas las libertades anteriormente citadas».
- ¹⁷ El considerando 2 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, dice que: «No obstante, para la adjudicación de contratos públicos por importes superiores a una determinada cantidad, es conveniente elaborar a escala comunitaria disposiciones de coordinación de los procedimientos nacionales de adjudicación que estén basadas en dichos principios, de forma que queden garantizados sus efectos, y abrir a la competencia la contratación pública. Por consiguiente, dichas disposiciones de coordinación deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado».
- ¹⁸ MILLETT, T.: *El efecto directo de las directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, *op. cit.*, dice sobre la directiva que: «Se trata de un acto legislativo específicamente comunitario, distinto de la mayoría de actos legislativos que conocemos. La diferencia reside esencialmente en el hecho de que la producción de la norma planteada se realiza en dos etapas sucesivas. Mediante la primera, el legislador comunitario fija, en sus grandes líneas, los objetivos a alcanzar, dejando al legislador de cada uno de los Estados miembros la tarea de precisar el detalle de las normas y las modalidades de aplicación. En principio, es únicamente este segundo acto, el acto de puesta en marcha de la directiva adoptada por el legislador nacional, el que surte efecto respecto del justiciable».
- ¹⁹ MILLETT, T.: *El efecto directo de las directivas...*, *op. cit.*, pág. 106, dice que: «¿Por qué se han previsto en el Tratado estas dos categorías de actos distintos? ¿No era suficiente contar únicamente con los reglamentos?... Generalmente, se estima que la directiva corresponde a los ámbitos ligados estrechamente al ejercicio de la soberanía nacional o que afectan, de forma íntima, al modo de vida de un pueblo, que el gobierno nacional está más capacitado para apreciar».
- ²⁰ SAMANIEGO BORDIÚ, G.: «El control del derecho comunitario de los contratos públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 133 (1994), pág. 403, dice que: «La disparidad de las legislaciones nacionales de control de los contratos

este caso, si la normativa comunitaria hubiese optado por configurar los contratos públicos como administrativos o privados, habría impactado de una manera escandalosa en el ordenamiento de alguno de los países miembros encontrando fuertes resistencias internas a su aplicación.

Por lo tanto, el objetivo perseguido por las instituciones comunitarias mediante la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, es la creación de un mercado común en materia de contratos públicos, sobre la base de unos principios como los de publicidad, transparencia, igualdad de trato y libertad de acceso a las licitaciones. Mediante el mercado común se conseguirá una mayor eficacia en el uso de los recursos públicos, fomentando la competencia entre las empresas.

La directiva como técnica normativa presenta como principal ventaja el respeto a la soberanía de los países miembros, siendo su principal inconveniente que se corre el riesgo de que a la hora de proceder a la transposición esta se haga de una manera errónea, produciendo este error la inaplicación de la misma, dificultando la consecución de los objetivos marcados. Por ese motivo dentro de los países miembros se debe adoptar una visión espiritualista, trascendiendo a las formas con las que internamente se regule una determinada figura, para permitir la consecución de los objetivos perseguidos por las instancias comunitarias.

Individualizando el problema general apuntado al caso que me ocupa en estas líneas, se puede decir que la Directiva de Contratos considera prioritario para la creación de un mercado común en la materia la regulación de determinados tipos contratos, para lo cual da una definición de los mismos y elabora un listado de prestaciones a las que exige una determinada publicidad²¹.

Los criterios de interpretación o calificación jurídica de los contratos públicos, utilizados por los países miembros, en ningún caso pueden conducir a eludir la aplicación de la Directiva de Contratos, ya que en la medida en que un criterio eluda su aplicación está dificultando la consecución de los objetivos marcados, haciendo este hecho que deba ser rechazado. En los países miembros las personas que nos acercamos a la calificación jurídica de un contrato público tenemos que ser conscientes de la realidad en la que se mueve este sector de actividad actualmente, en particular, debemos olvidarnos de realizar esa calificación acudiendo exclusivamente a factores del derecho patrio; ahora hay que tomar en consideración siempre el derecho comunitario regulador de este sector de actividad, calificando en la línea que permita cumplir los objetivos marcados por la directiva para el tipo de que se trate.

públicos resulta mucho más acusada en el plano jurisdiccional. El origen de estas diferencias se encuentra en las distintas naturalezas jurídicas de los contratos e incluso la técnica de transposición... Así, en algunos países, los contratos tienen un carácter marcadamente privado (como en Dinamarca o en la RFA), mientras que en otros es totalmente público (como Francia)».

²¹ Para ver los importes a partir de los cuales se debe proceder a la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004

2.2. EL PROGRESIVO INTERÉS DEL LEGISLADOR COMUNITARIO POR LOS DISTINTOS TIPOS DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La creación del Mercado Común de los Contratos Públicos (MCCP) ha sido el resultado de una evolución histórica que se ha asentado sobre la base interna del interés transfronterizo que iban adquiriendo determinadas categorías contractuales que impulsaba al legislador a regularlas. En el plano externo, la definición de los distintos tipos de contratos se ha hecho de una manera general o amplia que permitiera cobijar bajo su paraguas las diversas categorías existentes en todos los países miembros.

Así, en un primer momento el legislador comunitario entendió que el MCCP debía asentarse sobre la base del contrato público de obras, por lo que dictó la Directiva 71/305/CEE, del Consejo, de 26 de Julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, que tras diversas modificaciones fue objeto de una codificación en la Directiva 93/37/CEE, de 14 de junio de 1993, que lleva igual título²². Así, el contrato de obras fue el primer contrato público que presentó interés transfronterizo y sobre su base se asentó la legislación comunitaria ulterior.

La siguiente integración dentro del MCCP se produjo mediante la regulación del contrato de suministro, en un primer momento por medio de la Directiva 77/62/CEE, del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, después modificada por la Directiva 93/36/CEE, del Consejo, de 14 de junio de 1993.

La integración del contrato público de servicios se produjo por medio de la Directiva 92/50/CEE, del Consejo, de 18 de junio de 1992. Esta categoría comunitaria se encuentra mediatizada por la heterogeneidad de sus prestaciones, y por el interés asimétrico que ha suscitado tradicionalmente al legislador comunitario, que enumeraba en el anexo II de la directiva las prestaciones de este contrato, diferenciando entre unos servicios denominados *prioritarios*, que tenían interés transfronterizo; y otros llamados *no prioritarios*, que no lo tenían.

Otro paso destacable que se produjo es el que se da por medio de la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento y del Consejo Europeo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, suministros y servicios. El objetivo de esta directiva no es otro que simplificar y modernizar la regulación existente, incluyendo los tres tipos de contratos con interés transfronterizo en una única norma jurídica²³. Es indudable que la simplificación y modernización apuntadas redundarán en una mayor eficiencia en la utilización de los recursos públicos, siendo esta preocupación una novedad en la materia, ya que, hasta ahora, el legislador comunitario quería abrir la competencia al mercado de los contratos públicos;

²² Buena muestra de la progresiva preocupación del legislador comunitario por los distintos contratos públicos la encontramos en el trabajo, ya citado, de HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J.: *Jurisprudencia en materia de contratos administrativos: el concepto de poder adjudicador y las garantías jurisdiccionales*, op. cit., pág. 228.

²³ Así lo dice expresamente el considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE.

ahora ya no solo se conforma con esa apertura, sino que va a más, quiere una mayor eficiencia en la utilización del dinero público asignado para la adjudicación de los contratos, concibiéndolos como un instrumento transversal por medio del cual se pueden lograr finalidades diversas como objetivos de tipo ambiental o social, entre otros²⁴.

El futuro de la contratación pública se encuentra marcado por la propuesta de directiva del Parlamento y del Consejo relativa a la contratación pública de 20 de diciembre de 2011, en adelante Directiva de Contratación, que tiene entre sus objetivos declarados aumentar la eficiencia del gasto público²⁵ y mejorar la contratación pública en apoyo de los objetivos sociales y de protección del medioambiente comunes a los países miembros²⁶, contribuyendo a estimular el crecimiento y al logro de las prioridades establecidas por medio de la Estrategia Europa 2020, a saber, el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación; promoción de una economía con pocas emisiones de carbón, que haga un uso eficaz de los recursos y que sea competitiva; y fomento de una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial²⁷.

También hay que destacar la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de los contratos de concesión, de 20 de diciembre de 2011, en adelante, Directiva de Concesión. Por medio de esta directiva, se pretende crear un mercado europeo de los contratos de concesión, que ahora pasan a tener un interés transfronterizo y a ser por lo tanto objeto de regulación. Esta directiva regula tres tipos de contratos: los contratos de concesión de obras públicas, los contratos de obras públicas y los contratos de concesión de servicios (ver art. 2 de la Directiva de Concesión).

El análisis de la evolución histórica de las diferentes directivas de contratación nos hace ver cómo las preocupaciones del legislador comunitario presentan dos núcleos diferenciados: por un lado, encontramos la preocupación por crear un MCCP; y por otro, los intentos recientes de au-

²⁴ Dice el considerando 1 *in fine* de la Directiva 2004/18/CE que: «... clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales enumerados en el considerando 2».

²⁵ La Exposición de Motivos de la Directiva de Contratación dice, al hablar de los objetivos complementarios de la misma, sobre la eficiencia en el gasto público: «Incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio. Esto implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes. Unos procedimientos más racionales y eficientes beneficiarán a todos los operadores económicos y facilitarán la participación de las PYME y de los licitadores transfronterizos».

²⁶ Por lo que respecta a los objetivos sociales, la Exposición de Motivos de la Directiva de Contratación dice que: «Permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles».

²⁷ Comunicación de la Comisión Europa 2020: *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3 de marzo de 2010 [COM (2010) 2020].

mentar la eficiencia y la calidad de las intervenciones públicas que se canalizan por medio de los contratos, al entender que los contratos constituyen un instrumento de intervención transversal que puede ser el vehículo para el logro de objetivos sociales o medioambientales. Finalmente, se puede comprobar cómo el contrato de concesión de servicios ha sido uno de los últimos tipos contractuales que han suscitado el interés del legislador al regular el MCCP.

2.3. VALOR DEL DERECHO COMUNITARIO REGULADOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El derecho comunitario regulador de la contratación pública constituye la cúspide de la pirámide normativa reguladora de este sector de la actividad de la Administración. La necesaria coherencia y unidad que exige el ordenamiento jurídico impone que todas las normas que penden de ella se encuentren alineadas con la misma.

Está claro que la directiva constituye una norma peculiar, propia del derecho comunitario, y que se encuentra caracterizada porque tiene un contenido flexible²⁸. No obstante, la directiva persigue un resultado determinado, para cuya consecución establece un plazo (plazo de transposición) y ese objetivo no puede eludirse mediante la ausencia de transposición de la directiva, ni mediante una transposición errónea de la misma. La directiva tiene una finalidad que impone la interpretación del derecho nacional a la luz del texto y finalidad de la misma²⁹.

Así, desde el momento en el que nace un concepto comunitario o un nuevo tipo contractual comunitario, por medio de una directiva, y finaliza el plazo de transposición de la misma, nace una obligación a nivel interno en el país miembro de rediseñar toda su legislación conforme con el nuevo concepto, interpretando cualquier duda o controversia que pudiera surgir acerca del mismo conforme a los criterios de la nueva directiva.

Debido a la pluralidad de ordenamientos jurídicos a armonizar por las directivas reguladoras de la contratación pública, las mismas se pronuncian, en ocasiones, en términos muy genéricos que permiten que tengan cobijo bajo la misma las distintas concepciones que entorno a los contratos se tienen en los diferentes países miembros. No obstante lo anterior, en ocasiones la amplitud conceptual responde a la idea de crear un mercado de los contratos públicos de radio extenso. Es importante tomar en consideración este matiz, para tratar de entender cuándo el legislador comunitario pretende dar cobijo a la figura del contrato administrativo o al contrato privado, y cuándo quiere crear un mercado comunitario.

²⁸ ALONSO GARCÍA, R.: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas (2007), pág. 106, dice que: «Por la propia finalidad de la directiva estamos, por consiguiente, ante una norma de contenido flexible a concretar por cada Estado, frente al reglamento».

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gebroeders/Países Bajos 31/87, de 20 de septiembre de 1988, dice que: «... el órgano jurisdiccional nacional está obligado a interpretar su derecho nacional a la luz del texto y de la finalidad de la Directiva».

Se podría decir a modo de síntesis del presente apartado del trabajo, relativo al valor del derecho comunitario regulador de la contratación pública, que el mismo tiene para los contratos regulados y que por lo tanto forman parte del MCCP, el valor de norma superior, o de cúspide de la pirámide normativa en materia de contratación pública, determinando el contenido las normas inferiores³⁰. La validez del ordenamiento regulador de los contratos públicos se encuentra condicionada por la eficacia del mismo³¹, una errónea interpretación o aplicación del derecho comunitario afecta a su eficacia, ya que esa porción de interpretación errónea invalida la parte correspondiente del derecho comunitario. La unidad del derecho regulador de la contratación pública impone que a nivel interno se hagan los máximos esfuerzos para garantizar la aplicación de las normas consignadas en la directiva, ya que por medio de esta medida se garantiza la eficacia de esta normativa, siendo lo anterior requisito de validez de este ordenamiento.

3. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL

3.1. NOTA INTRODUCTORIA

En el ordenamiento jurídico español la noción de contrato de gestión de servicio público se asienta sobre la base de un concepto decimonónico, el cual es el de servicio público. Así que un contrato es de gestión de servicio público cuando existiendo un servicio público el mismo se gestiona de una manera indirecta mediante su encomienda a un empresario.

El concepto de servicio público ha atravesado por diferentes etapas que van desde un momento de máxima expansión, en el que se afirma que el derecho público es el conjunto de reglas que regulan los servicios públicos, existiendo por lo tanto una identidad sustancial entre servicio público y derecho público, siendo el derecho público el regulador de los servicios públicos³², hasta la actualidad, en la que por influencia del derecho comunitario se utiliza el concepto de servicios de interés general, no siendo posible ni conveniente aportar un concepto comunitario de servicio de interés general³³.

³⁰ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho* (primera edición) (1934), editorial Trotta, presentación Gregorio ROBLES (2011), pág. 90, dice que: «La relación existente entre la norma que determina la creación de otra y la norma creada en virtud de dicha determinación puede ser visualizada en una imagen de tres dimensiones (espacial) que contenga un nivel superior y otro inferior. La norma previsor de la creación es la superior; y la generada por dicha previsión es la inferior. De esta manera el ordenamiento jurídico es concebido no como un sistema de normas situadas unas al lado de otras, sino como un orden escalonado en diferentes niveles de normas jurídicas».

³¹ KELSEN, H.: *Teoría pura del derecho* (primera edición) (1934), editorial Trotta, presentación Gregorio Robles, *op. cit.*, pág. 87, dice que: «La validez del ordenamiento jurídico se encuentra relacionada con su eficacia».

³² DUGUIT, L.: *Las transformaciones del derecho público y privado* (1917), traducción Adolfo POSADA y Ramón DE JAÉN, editorial Comares (2007), pág. 19, dice que: «La noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del derecho público».

³³ Sobre la evolución del concepto de servicio público y su situación actual, resulta especialmente valioso el trabajo del profesor FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150 (1999), págs. 57 y ss.

Así, el concepto de servicio público adolece de una inconsistencia dogmática en los países en los que se reconoce su existencia, como el nuestro (inconsistencia interna); y por otro lado, en el ámbito comunitario es una noción que no se utiliza debido a las amplias posibilidades de conceptualarlos que se reconocen a los países miembros³⁴ (inconsistencia externa). Por ese motivo, ahora en vez de hablar de servicio público, se prefiere hablar de obligaciones de servicio público³⁵.

Así, cuando se construye el concepto «contrato administrativo de gestión de servicio público» en el ordenamiento jurídico español sobre la base de arenas movedizas, haciendo que la inconsistencia del servicio público afecte al contrato administrativo, contagiándolo de su incertidumbre.

La base del principio de seguridad jurídica consiste en dar estabilidad a las relaciones jurídicas, permitiendo a los operadores jurídicos conocer las normas y los conceptos que las mismas crean, y que los mismos puedan desarrollarse en el tiempo de una manera permanente; así, el tiempo que dura un concepto jurídico genera un clima de estabilidad y de conocimiento por parte de los operadores jurídicos llamados a manejarlo que sin lugar a la duda es alimento del principio de seguridad jurídica.

La estabilidad de los conceptos jurídicos depende de que los mismos se asienten sobre la base de conceptos sólidos, poco volubles, que permitan que los mismos no cambien y solidifiquen una manera de entender la categoría de que se trate, creando un concepto sólido e inmutable que incrementa la seguridad jurídica.

La construcción del concepto de contrato de gestión de servicio público, sobre la base de un concepto como el de gestión de servicio público que, como sabemos, actualmente se encuentra en claro repliegue, no aporta estabilidad al contrato, obligándolo a continuas reinterpretaciones a medida que vaya variando la conceptualización de la categoría principal (servicio público).

3.2. EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DEL CONTRATO

La primera regulación sistemática de los contratos administrativos en el ordenamiento jurídico español la encontramos en la Ley de Contratos del Estado, aprobada por Decreto de 8 de abril de 1965. Este cuerpo normativo diferenciaba tres tipos de contratos administrativos, a saber, obras, suministros y gestión de servicios públicos (art. 1 Ley 1965). Así, el contrato de gestión de servicio público fue uno de los tres primeros tipos contractuales que adquirió sustantividad propia, así el servicio que se encomendaba al contratista debería estar incluido dentro del Olimpo de

³⁴ Así el Libro Blanco sobre los servicios de interés general, de 12 de mayo de 2004, dice en su página 16 que: «... los Estados miembros disponen de amplias facultades para decidir la manera de organizar los servicios de interés general». Se puede comprobar cómo en el ámbito comunitario se sustituye el concepto de servicio público, privativo de los ordenamientos jurídicos de directa influencia francesa, por el concepto de servicio de interés general.

³⁵ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, *op. cit.*, pág. 68.

los servicios que tienen la consideración de público; tenía que tener un contenido económico que lo hiciera susceptible de explotación económica (art. 63 Ley 1965); podía gestionarse mediante concierto, gestión interesada, sociedad de economía mixta o concesión (art. 66 Ley 1965); y podía tener una duración máxima de 99 años (art. 64 Ley 1965).

El siguiente paso se produjo por medio de la Ley de 17 de marzo de 1973, que modifica la Ley de Contratos de 1965. Este texto no introduce grandes novedades en la materia objeto de estudio en el presente trabajo; simplemente apuntar que llama la atención la amplitud con la que el legislador utiliza el concepto de servicio público, siendo la misma una manifestación más de la problemática que presenta esta categoría jurídica. Así, en la Exposición de Motivos de la Ley se alude a que todos los contratos administrativos sirven para la consecución de los fines del servicio público, identificándose cualquier actividad de la Administración como servicio público³⁶; por otro lado, el artículo 4 de la ley habla del contrato de gestión de servicio público como un tipo contractual. Es indudable que si toda la actividad de la Administración es de servicio público, como mantenía el legislador de 1973, únicamente sería admisible la existencia de un tipo contractual, el cual es el del contrato de gestión de servicio público, no siendo necesarios los contratos de obras o los de suministros.

Con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (Ley 13/1995, de 18 de mayo), se mantiene el contrato de gestión de servicio público dentro del selecto grupo de los contratos administrativos típicos [art. 5.2 a)]; apareciendo en el esquema contractual habitual, hasta el momento, un requisito hasta ahora desconocido, que era la declaración expresa que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma (art. 156.2. *in fine*). Este requisito no es más que una manifestación sectorial de la *publicatio*, que es la declaración formal de actividades como servicio público³⁷.

Pero ¿por qué aparece este requisito en el año 1995?; pues bien, creo que el mismo aparece porque con la ley se introducen tres nuevas categorías contractuales susceptibles de confundirse con el contrato de gestión de servicio público, las cuales son el contrato de servicios, el contrato de consultoría y asistencia y el contrato para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales [art. 5.2 a) de la ley]. Todos estos nuevos tipos contractuales podrían ser susceptibles de calificarse como servicio público, siendo el único elemento que evitaba esta calificación la ausencia de *publicatio*, que es el instrumento técnico por medio del cual cualquier actividad puede elevarse al altar de los servicios públicos.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas se mantiene en términos similares, en cuanto a este contrato, a como lo hizo el legislador en el año 1995, exigiendo la *publicatio*.

³⁶ Dice la Exposición de Motivos de la Ley que: «La consecución de los fines del servicio público, meta última de la inversión presupuestaria y de todo el gasto público, se hace posible a través de la figura del contrato administrativo...».

³⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, *op. cit.*, pág. 66.

En la actualidad el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre), artículo 8, mantiene el requisito de la *publicatio* al establecer que el servicio debe ser asumido como de competencia propia de la Administración encomendante (art. 8), si bien el mismo se diluye al no exigirse la declaración formal y expresa, como venía haciendo la legislación precedente.

Otro aspecto destacable del contrato de gestión de servicio público es el que viene marcado por el elemento subjetivo, así desde la Ley de 1965 hasta la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, el contrato de gestión de servicio público únicamente podía ser concertado por una Administración pública. El anterior criterio subjetivo de diferenciación se ha visto modificado por el TRLCSP (2011), que ha permitido que concierten este contrato las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social.

Por otro lado, desde el año 1965 hasta la actualidad se mantienen cuatro formas de encomendar la prestación del servicio, las cuales son: la concesión³⁸, el concierto³⁹, la gestión interesada⁴⁰ y la sociedad de economía mixta⁴¹, que no son sino una manifestación de diferentes sistemas de reparto de los riesgos económicos asociados a la prestación del servicio entre la Administración y el contratista.

³⁸ GARCÍA TREVILJANO GARNICA, J. A.: «Aspectos de la Administración Económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12 (1953), pág. 48, diferencia dos tipos de concesiones, en función de que sea necesaria o no la primera instalación; así, habla de concesiones puras y de ejercicio.

³⁹ MOREL OCAÑA, L.: «La organización y las formas de gestión de los servicios públicos en los últimos cincuenta años», *Revista de Administración Pública*, núm. 159 (1999), pág. 405, dice que: «Aunque ha pasado desapercibido durante largo tiempo, tiene una gran importancia el concierto, hasta su adopción formal por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Se trata de un convenio entre la Administración titular de un servicio público y un entidad pública o privada que sea propietaria de las instalaciones idóneas, cediendo esta a la Administración la utilización de tales instalaciones a cambio del pago de un "tanto alzado"; esto es, una cantidad resultante de la estimación de diversos factores: valor de la utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. La legislación local establece, lo que no deja de ser una innecesaria rigidez precedente del clásico planteamiento del principio de riesgo y ventura...».

⁴⁰ NIEVES BORREGO, J.: «La gestión interesada en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, núm. 26 (1958); también ALBI CHOLBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales* (1960), pág. 725, dice en relación con las características que presenta la gestión interesada que: «a) Las instalaciones materiales son propiedad de la Administración. El gestor no financia el coste de primer establecimiento del servicio. No es capitalista; aporta exclusivamente su trabajo; b) Los gastos de explotación se hallan a cargo de la Administración pública, la cual también percibe los devengos económicos de los usuarios, c) el riesgo de la empresa lo soporta solo la Administración pública, d) La Administración confía a un particular no funcionario, la prestación del servicio público de que se trate, e) Al gestor le retribuye directamente la Administración, no los usuarios; y dicha remuneración puede consistir en una asignación fija o proporcional al gasto, en primas de diversa naturaleza, en participación de beneficios netos, o en alguna fórmula mixta que combine todos o alguno de los procedimientos apuntados».

⁴¹ NIEVES BORREGO, J.: «La gestión interesada en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, núm. 26 (1958), *op. cit.*, pág. 73, dice que: «La sociedad de economía mixta es un caso claro de actividad de la Administración sometida al campo del derecho privado; y los caracteres de estas sociedades son dos fundamentalmente: a) Participación de la Administración en el capital social de la compañía creada o que se vaya a crear; b) Participación en la administración de la misma con normas especiales y excepcionales».

3.3. NÚCLEO DEL CONCEPTO DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Como se ha visto, el concepto de contrato de gestión de servicio público en el ordenamiento jurídico español descansa sobre la base de que el servicio que se encomienda al contratista haya accedido al Olimpo de los servicios, mediante su calificación como público, por medio de un acto formal, el cual es el de la *publicatio*. Se echa de menos un criterio objetivo para calificar una determinada actividad como servicio público, ya que la *publicatio* permite que sea cada Administración la que decida con base en criterios de apreciación, no tasados legalmente, qué servicios merecen la consideración de públicos y cuáles no. Circunstancia que puede llevar a que, en función de la Administración de que se trate, un determinado servicio haya sido declarado como público o no, hecho este que genera importantes distorsiones e inseguridad jurídica, ya que abre la puerta a un sinfín de eventuales calificaciones jurídicas de los servicios, en función de las percepciones subjetivas de los gobernantes.

Al requisito de la *publicatio* se une otro de carácter accesorio como que el servicio que se encomienda al empresario debe tener un *contenido económico que lo haga susceptible de explotación*⁴². Sobre este requisito accesorio no tiene un peso conceptual significativo, por dos motivos: el primero es que la Administración puede dotar fácilmente de contenido económico a un servicio que en principio no lo tiene⁴³, lo que nos lleva a diferenciar dentro de los servicios públicos entre unos que tienen un contenido económico intrínseco y otros que no lo tienen, si bien a estos puede dárselo la Administración; o por otro lado, el contenido económico del servicio resulta imprescindible para los que se contratan usando el sistema de concesión; sin embargo, no tiene esa trascendencia para el resto de modalidades en las que el sistema de reparto de riesgos puede llegar a ser inexistente, siendo asumida la totalidad del riesgo por la Administración.

Así, vemos cómo en el ordenamiento jurídico español la calificación de un contrato como de gestión de servicio público se fundamenta en un concepto jurídico voluble como es el de servicio público, de tal manera que pueden ser objeto de este tipo contractual los servicios que se elevan, por medio de la *publicatio*, al Olimpo de los servicios públicos. La *publicatio* es tratada por el legislador español de una manera desregulada⁴⁴, creando unos contornos de inseguridad jurídica sobre la figura que se materializan porque la misma se asienta sobre un concepto en continua crisis, como es el de servicio público y que como se ha visto actualmente se encuentra en un momento de replie-

⁴² BOQUERA OLIVER, J. M.: *Derecho administrativo*, 10.ª edición, Civitas (1996), pág. 219, clasifica los servicios públicos con fin lucrativo (económicos) y sin fin lucrativo.

⁴³ En este sentido el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, de 30 de junio de 2000, por el que se resuelve la discrepancia, alude a un convenio de colaboración que se había celebrado con una fundación para prestar un servicio asistencial a drogodependientes; este servicio no tiene un contenido económico intrínseco, si bien la Administración le dotó de este contenido al establecer un coste plaza día.

⁴⁴ Por desregulación, me refiero a que se trata de un requisito cuyos límites no se encuentran claramente delimitados, de tal manera que resulta un requisito imprescindible para que aparezca el tipo contractual, si bien, no se delimitan los criterios sobre los que la actividad puede ser declarada de servicio público.

gue, por influencia del derecho comunitario; y por otro lado, la declaración de una actividad como de servicio público, que no se realice por una norma jurídica determinada⁴⁵, resulta arbitraria y asistemática, llevando en un mismo país a soluciones normativas diversas⁴⁶. Esta diversidad no parece deseable en un sector como el de la contratación pública, que se encuentra sometido, de por sí, a cambios continuos; es preferible que las categorías jurídicas se asienten sobre la base de pilares sólidos y estables, y que la calificación jurídica de un determinado tipo contractual sea igual en todo el país, no dependiendo de apreciaciones subjetivas realizadas por una determinada Administración.

A todo lo anterior, se une un problema el cual es que actualmente el contrato de gestión de servicio público carece de regulación comunitaria, y la alternativa, desde el punto de vista comunitario, al contrato de gestión de servicio público, es el contrato de servicios. Así una errónea calificación del contrato puede conducir a eludir la aplicación del derecho comunitario afectando, como ya hemos visto, a la validez de este ordenamiento jurídico.

En este trabajo se defiende que, a la hora de abordar la regulación de cualquier aspecto relacionado con la contratación pública, es necesario que se haga sobre la base de la alineación con el derecho comunitario. El tratamiento de la normativa reguladora de la contratación pública, como un sistema, exige la utilización de conceptos y nociones similares, puesto que el uso de términos no alineados conduce a soluciones asistemáticas. Por la posición que ocupa el legislador español, en el sistema de fuentes comunitario (ejecutor de la legislación creada por la Unión), el sacrificio en esa unidad sistemática debe provenir del legislador español.

4. TRATAMIENTO JURÍDICO DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO POR EL LEGISLADOR COMUNITARIO

4.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA FIGURA EN EL DERECHO COMUNITARIO

4.1.1. Análisis de la jurisprudencia comunitaria

Ya hemos visto que no toda actividad económica del sector público materializada por medio de contratos interesa al legislador comunitario, más al contrario, este únicamente se preocupa de aquellos sectores de actividad que sirven para la creación de un MCCP, además el legisla-

⁴⁵ Determinadas actividades pueden ser declaradas como de servicio público, por normas jurídicas; en este caso, la declaración se realiza por una norma jurídica que resulta de general aplicación a todas las Administraciones públicas, lo que garantiza una homogeneidad. No obstante lo anterior, este tipo de servicio no plantea problemas, el problema surge en aquellos casos en los que la *publicatio* se hace sobre la base de la apreciación subjetiva de una determinada Administración pública.

⁴⁶ Por ejemplo, una determinada actividad como la recogida de basuras puede ser declarada como servicio público por un Ayuntamiento y ser objeto de un contrato de gestión de servicios públicos; y por otro lado, en el municipio vecino no tener tal consideración siendo contratada por medio de un contrato administrativo de servicios.

dor comunitario no prescribe ninguna forma jurídica determinada para el ejercicio de las funciones públicas⁴⁷.

Hasta el momento el legislador comunitario no ha sentido la necesidad de integrar a los contratos de gestión de servicio público dentro del M CCP, si bien es cierto que, motivado principalmente por las diferencias existentes entre estos contratos (concesión de servicios) y los contratos de servicios, sí que se han ido produciendo pronunciamientos jurisprudenciales y definiciones legales de la figura que juegan con carácter excluyente ya que las mismas sirven para excluir de la regulación comunitaria al contrato de concesión de servicios. Por medio de los anteriores pronunciamientos se puede ir construyendo un concepto de contrato de concesión de servicios.

En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto C-458/03, de 13 de octubre de 2005, Praking Brixen, se trataba de dilucidar si la adjudicación de la gestión de un aparcamiento público de pago por una autoridad pública a un prestador de servicios, en contrapartida de la cual el prestador percibe como retribución las cantidades abonadas por terceros para el uso de dicho aparcamiento, constituye un contrato de servicios o un contrato de concesión de servicios, excluido del ámbito de la normativa en materia de contratación pública. Para dilucidar la cuestión el tribunal despieza el concepto comunitario de contrato de servicios diciendo que la Directiva 92/50 define los contratos de servicios como: «Los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora», señalando que de esta definición se deduce que el contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios. Al no provenir las retribuciones de la entidad adjudicadora sino de los terceros usuarios del servicio, el contrato no puede ser calificado como de servicios, sino que es de concesión de servicios, estando excluido de la aplicación de las directivas de contratos. Por lo tanto, en todos aquellos casos en los que el contrato no presenta un carácter oneroso para el poder adjudicador, por asumir el pago de de las prestaciones objeto del mismo un tercero, el contrato será de concesión de servicios.

De la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05, se extraen tres importantes conclusiones en torno a la figura del contrato de concesión de servicios:

- En primer lugar, que la calificación de si un determinado contrato debe ser considerado o no como de concesión de servicios debe apreciarse exclusivamente a la luz del derecho comunitario. Recuerda el tribunal que la calificación de los convenios controvertidos conforme al derecho italiano no permite dilucidar si los mismos cumplen con el derecho comunitario. De lo anterior se extrae la doctrina de que la calificación de un contrato de concesión de servicios debe realizarse conforme a los principios y

⁴⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 18 de mayo de 2012, sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública [2009/2175/(INI)]: «10. Señala que la Comisión ha dejado claro que no todas las actuaciones de las autoridades públicas están sujetas a la legislación en materia de contratación pública; y que, mientras la legislación comunitaria no exija la creación de un mercado en un sector determinado, los Estados miembros pueden decidir si desean prestar servicios públicos por sí mismos y en qué medida».

criterios establecidos en el derecho comunitario, criterio que a su vez aniquila cualquier calificación jurídica del contrato existente en un país miembro que contravenga los criterios establecidos en el ámbito comunitario. Como ya se ha visto, la unidad sistemática del ordenamiento regulador de la contratación pública impone la alineación de las legislaciones de los países miembros con los principios comunitarios.

- En segundo término, el tribunal pone el acento en la forma de retribución, recordando que existe concesión cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador de servicios a explotar su propia prestación y suponga que este asume el riesgo vinculado a la explotación de los servicios. De este razonamiento se infiere que el contrato de concesión de servicios está compuesto de dos elementos: *elemento sustantivo*, consistente en el derecho a la explotación del servicio; y otro *económico*, consistente en la asunción del riesgo vinculado a la explotación del servicio. Abundando en el análisis de los dos elementos que integran el contrato, vemos que el elemento sustantivo implica que el contratista debe tener amplias facultades para organizar el servicio, pudiendo tomar decisiones trascendentes que influyan en la explotación del mismo; en el contrato de concesión de servicios el contratista es algo más que un simple ejecutor del contrato, debe tener capacidad de decisión y de organización del servicio pudiendo influir estas decisiones sobre la cuenta de explotación, si bien esta autonomía en la ejecución no es determinante de por sí de la existencia de un contrato de concesión de servicios⁴⁸. Por lo que respecta al elemento económico, el contratista debe asumir un riesgo económico vinculado a la explotación del servicio, siendo esta la clave de la calificación jurídica del contrato.
- El tribunal abunda en el concepto de riesgo económico, señalando que el hecho de que el contratista perciba, además de la retribución que le da el poder adjudicador, ingresos accesorios de terceras personas el contrato continúa siendo de servicios. Con esta consideración el tribunal matiza el carácter oneroso del contrato de servicios, admitiendo una colaboración económica que tenga carácter accesorio por parte de los usuarios del servicio.

También analiza lo relativo a las inversiones iniciales, señalado que las mismas no determinan la calificación del contrato como de concesión de servicios, ya que las mismas se dan tanto en los contratos de concesión de servicios como en los contratos públicos de servicios.

Analizando los rasgos caracterizadores del contrato de concesión de servicios ofrecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia, vemos que la calificación del contrato debe realizarse exclusivamente conforme a los criterios que ofrece el legislador comunitario. La jurisprudencia analizada sirve para determinar que en el contrato de concesión de servicios hay dos elementos, un

⁴⁸ En la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05, dice el tribunal que: «Para terminar, tampoco resulta determinante, en orden a calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, la circunstancia de que llegado el caso, las prestaciones ofrecidas por el operador puedan requerir de este una total autonomía de ejecución».

elemento sustantivo (explotación del servicio), que supone amplias facultades sobre la forma de ejecutar el servicio, y un elemento económico (riesgo asociado a la explotación), siendo esta la clave sobre la que descansa la calificación jurídica del contrato.

4.2. CONCEPTO APORTADO POR LA DIRECTIVA DE CONTRATOS

El legislador comunitario ha optado por aportar definitivamente una calificación del contrato de concesión de servicios que sirva para delimitarlo de una manera adecuada de la categoría; por medio de esta operación se añadirá una mayor seguridad jurídica al concepto que revertirá en una mejor aplicación de las normas relativas al contrato público de servicios. Así, el nuevo concepto se contiene en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; la definición es la siguiente:

«La "concesión de servicios" es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios, consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

De la definición propuesta resulta que el legislador comunitario toma las siguientes decisiones acerca de esta categoría:

- Primero, mimetiza las prestaciones del contrato de concesión de servicios con las del contrato de servicios («las mismas características que el contrato público de servicios»).
- Segundo, sitúa el centro de gravedad en el derecho a la explotación del servicio, debiendo ser entendido, ese derecho, como la suma del *elemento sustantivo* y el *económico*. Así, el contratista debe asumir un riesgo económico asociado a la explotación del servicio, siendo admisible que ese riesgo se vea mitigado por medio del pago de un precio, si bien ese pago no puede compensar el riesgo hasta el punto de hacerlo desaparecer.

Así, el legislador comunitario sitúa la base de la distinción en el aspecto económico inherente a toda concesión de servicios, que es el riesgo que asume el contratista al prestar el servicio.

El riesgo debe identificarse con la posibilidad de pérdida o de no recuperación de las inversiones realizadas, siendo este el auténtico centro de gravedad del concepto.

En cuanto a los tipos de riesgos posibles en el desarrollo de una actividad, resulta imprescindible citar las observaciones realizadas por González García, J. V., quien siguiendo los criterios de Eurostat diferencia dos tipos básicos de riesgo: los *riesgos de la construcción*, que se refieren a los sobrecostes que se producen durante la construcción de una obra (retrasos, deficiencias técnicas, etc.); y los *riesgos que afectan al desarrollo de la actividad*, que se subdividen en *riesgos de disponibilidad*, que hacen referencia a aquellos casos en los que, como consecuencia de una actuación del contratista, el volumen de servicios es inferior al pactado, o se prestan con una calidad inferior a la

convenida; y finalmente el *riesgo de la demanda*, que alude a las variaciones de la demanda que no dependen del contratista⁴⁹.

Dependiendo de la modalidad de contrato de concesión de servicios elegida, los riesgos variarán; así, si se utiliza el sistema de *concesión pura* (elaboración de obras y gestión del servicio), es posible la concurrencia de los tipos básicos de riesgos vistos (*riesgo de la construcción* y *riesgo del desarrollo de la actividad*); sin embargo, si se utiliza la modalidad de *concesión de ejercicio*, el único riesgo posible es el del *desarrollo de la actividad*⁵⁰.

4.3. ANÁLISIS DE LA FUTURA REGULACIÓN DEL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS

El legislador comunitario, consciente de la problemática jurídica que plantean los contratos de concesión, especialmente en lo relativo a su calificación jurídica, y su confusión con los contratos públicos de servicios, ha decidido regular la figura⁵¹. Mediante esta nueva regulación se conseguirán dos objetivos esenciales, que son incrementar la seguridad jurídica del tráfico asociado a estos tipos contractuales⁵²; y por otro lado, aumentar el ámbito del MCCP incrementado la transparencia, concurrencia y competitividad en este sector de la actividad pública⁵³.

En la línea de la evolución jurisprudencial y normativa del concepto, que se ha venido analizando en las líneas precedentes, el legislador comunitario no nos sorprende y vuelve a situar la clave de la distinción en el derecho a la explotación del servicio, depurando más si cabe el concepto al señalar una línea divisoria entre el contrato de concesión y el de servicios, que se basa en el concepto de *pérdida potencial de la inversiones necesarias para la ejecución del contrato, que llama riesgo operacional sustancial*⁵⁴, siendo el mismo el límite para la ecuación financiera

⁴⁹ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Contrato de colaboración público privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, (2006), pág. 21.

⁵⁰ GARCÍA TREVILJANO GARNICA, J. A.: «Aspectos de la administración económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12 (1953), pág. 48, diferencia dos tipos de concesiones, en función de que sea necesaria o no la primera instalación, así habla de concesiones puras y de ejercicio.

⁵¹ Dice en la Exposición de Motivos de la propuesta de directiva: «Esta laguna jurídica ocasiona falseamientos graves del mercado interior, en concreto al limitar el acceso de las empresas europeas, en especial las pequeñas y medianas empresas, a las oportunidades económicas que ofrecen los contratos de concesión. La falta de seguridad jurídica es también motivo de la aparición de ineficiencias».

⁵² La Exposición de Motivos de la propuesta de directiva dice que: «Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y contrato público han sido fuente de continua inseguridad jurídica».

⁵³ Dice la Exposición de Motivos de la propuesta de directiva: «Es necesario instaurar un marco jurídico adecuado en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantice a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado y que afiance la seguridad jurídica, favoreciendo así la inversión pública en infraestructuras y servicios estratégicos para el ciudadano».

⁵⁴ Por coste de ejecución del contrato debe entenderse el coste mínimo necesario para poner en marcha el servicio. Este coste será diferente, en función de que se trate de concesiones puras o de ejercicio.

del contrato; si el contrato contiene fórmulas para paliar las pérdidas y cubrir ese mínimo⁵⁵, no puede calificarse como de concesión de servicios.

Así, en el artículo 2.1 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, se contiene la siguiente definición del contrato de concesión de servicios:

«"Concesión de servicios": un contrato a título oneroso celebrado por escrito entre uno o más operadores económicos y uno o más poderes o entidades adjudicadores, cuyo objeto es la prestación de servicios diferentes de los recogidos den los puntos 2 y 4, y la contrapartida de dichos servicios es, bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunto con un pago».

Así, cuando para la prestación de un servicio cualquiera se concede al contratista el derecho a la explotación del mismo, el contrato es de concesión de servicios. Además, en el derecho comunitario, al contrario que en el nuestro, pueden adjudicar este tipo de contratos quienes tienen la consideración de Administración, junto con entes que operan bajo formas privadas de personificación, no siendo por lo tanto el elemento subjetivo un criterio de distinción válido.

Como hemos visto, la clave del sistema se sitúa en el derecho a la explotación del servicio, que el legislador comunitario traduce cuando se transfiere al contratista el riesgo operacional sustancial. Por ese motivo, en el artículo 2.2 se contiene una definición de riesgo operacional sustancial, que es la siguiente:

«2. El derecho a explotar obras y servicios, contemplado en los puntos 2, 4 y 7 del apartado 1, implica la transferencia al concesionario del *riesgo operacional sustancial*. Se considera que el concesionario asume el riesgo operacional sustancial cuando no esté garantizado que vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión.

El riesgo económico puede ser de los tipos siguientes:

a) riesgo relacionado con la utilización de las obras o la demanda de prestación del servicio;

⁵⁵ Resulta especialmente clarificadora la Exposición de Motivos de la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adjudicación de contratos de concesión, de 20 de diciembre de 2011, que dice, en su considerando 7, que: «Las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión y contrato público han sido fuente de continua inseguridad jurídica para las partes interesadas y han dado lugar a numerosas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea a este respecto. Por lo tanto, debe aclararse la definición de concesión, en particular haciendo referencia al concepto de riesgo operacional sustancial. La característica principal de la concesión, el derecho a explotar las obras o los servicios, implica siempre la transferencia al concesionario de un riesgo económico que conlleva la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que hayan contraído para explotar las obras o los servicios adjudicados. La regulación de la adjudicación de concesiones mediante normas específicas no estaría justificada si el poder adjudicador o la entidad adjudicadora aliviase al contratista de cualquier pérdida potencial garantizando unos ingresos mínimos iguales o superiores a los costes que el contratista deba asumir en relación con la ejecución del contrato».

b) riesgo relacionado con la disponibilidad de las infraestructuras proporcionadas por el concesionario o utilizadas para la prestación de servicios a los usuarios».

El legislador comunitario ampara los tres tipos de riesgos analizados más arriba, a saber: el riesgo de la construcción, el riesgo de la demanda y el riesgo de la disponibilidad.

Para que exista un contrato de concesión de servicios, no es necesario que se transfieran todos los riesgos al contratista, ni que se haga una transferencia total de cada tipo de riesgo; sino que el concepto exija que no se garantice la cobertura de las inversiones realizadas.

5. ANÁLISIS DE LOS POSIBLES PUNTOS DE CONFLICTO ENTRE EL DERECHO ESPAÑOL Y EL COMUNITARIO EN MATERIA DE CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIO PÚBLICO

El primer y principal problema conceptual entre los dos tipos contractuales consiste en el *diferente centro de gravedad* sobre el que se asienta el concepto en el ordenamiento español y en el comunitario, así mientras que, conforme al derecho español, para que un contrato pueda ser calificado como de gestión de servicios públicos, debe referirse a un servicio público, esto es un servicio elevado a la máxima categoría de los servicios por medio de la *publicatio*; en el ámbito comunitario lo anterior resulta intrascendente siendo necesario para que el contrato pueda calificarse como de concesión de servicios que el contratista asuma el riesgo de explotación del servicio⁵⁶. Este problema se plantea en la actualidad, que el concepto comunitario juega con carácter excluyente, esto es para determinar la no aplicación de las Directivas de Contratos; y como hemos visto se producirá con la nueva regulación, con la que el concepto tendrá una naturaleza doble (excluyente e incluyente)⁵⁷. No hay que olvidar que, incluso actualmente, que el legislador comunitario no pretende incluir el contrato de concesión de servicios dentro del M CCP, la calificación del contrato debe realizarse exclusivamente a la luz del derecho comunitario⁵⁸. Se impone, por lo tanto, una nueva definición de este tipo de contrato que descansa sobre las mismas bases institucionales que el mismo tipo comunitario, esto es, sobre el derecho a la explotación del contrato junto con la asunción del riesgo económico asociado a dicha explotación.

Motivado por el problema expuesto en el párrafo anterior, surge otro nuevo problema accesorio que afecta a tres de las cuatro diferentes modalidades bajo las cuales se puede presentar

⁵⁶ Así lo dice la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Parking Brixen, asunto c-458/03, de 13 de octubre de 2005: «... Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos».

⁵⁷ Excluyente porque determinará la no aplicación de la categoría de contrato de servicios, e incluyente porque servirá para justificar la vis atractiva de la regulación del contrato de concesión de servicios.

⁵⁸ La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de julio de 2007, asunto C-382/05, de 18 de julio de 2007, dice que: «La calificación de si un determinado contrato debe ser considerado o no, como de concesión de servicios debe apreciarse exclusivamente a la luz del derecho comunitario».

este contrato en el derecho español; las mismas gozan de un gran arraigo en nuestro ordenamiento jurídico, ya que provienen de la Ley de Contratos de 1965; estas son: la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta (ver art. 277 del TRLCSP). Estos tipos de modelos de explotación del contrato, analizados al amparo del concepto de contrato comunitario de concesión de servicios, esto es, sobre la base del riesgo en la explotación, pudiera ser que no resistieran la calificación como contrato de concesión de servicios, surgiendo entonces una importante duda entorno a su calificación jurídica que oscilaría entre la consideración como contrato de servicios o como contrato de concesión de servicios. Procede analizar las tres modalidades de explotación:

- *La gestión interesada*: el contratista gestiona un servicio que es de la Administración, aportando esta las instalaciones necesarias para prestar el servicio, soportando los riesgos económicos asociados a la explotación generalmente la Administración, siendo ella la que retribuye al contratista, pudiendo estar condicionada esa retribución a la utilización del servicio por los usuarios del mismo⁵⁹. Únicamente en el caso de que la retribución estuviera vinculada a la utilización por los usuarios, y que mediante el uso de ese sistema se creara un riesgo de no recuperación de las inversiones realizadas, el contrato podría ser calificado como de concesión de servicios; en todos los demás supuestos se impone su calificación como contrato de servicios, estando sometido en la actualidad a la Directiva de Contratos.
- *Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituye el servicio*: en esta modalidad, la Administración concierta el servicio con una entidad que dispone de las instalaciones, a la que retribuye por medio de un canon⁶⁰. En este sistema, el canon sirve como instrumento de compensación de los riesgos que asume el contratista, ya que la cuantía se calcula tomando

⁵⁹ NIEVES BORREGO, J.: «La gestión interesada en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, op. cit.; también ALBI CHOLBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*, op. cit., pág. 725, dice en relación con las características que presenta la gestión interesada que: «a) Las instalaciones materiales son propiedad de la Administración. El gestor no financia el coste de primer establecimiento del servicio. No es capitalista; aporta exclusivamente su trabajo; b) Los gastos de explotación se hallan a cargo de la Administración pública, la cual también percibe los devengos económicos de los usuarios, c) el riesgo de la empresa lo soporta solo la Administración pública, d) La Administración confía a un particular no funcionario, la prestación del servicio público de que se trate, e) Al gestor le retribuye directamente la Administración, no los usuarios; y dicha remuneración puede consistir en una asignación fija o proporcional al gasto, en primas de diversa naturaleza, en participación de beneficios netos, o en alguna fórmula mixta que combine todos o alguno de los procedimientos apuntados».

⁶⁰ MOREL OCAÑA, L.: «La organización y las formas de gestión de los servicios públicos en los últimos cincuenta años», *Revista de Administración Pública*, núm. 159, op. cit., pág. 405, dice que: «Aunque ha pasado desapercibido durante largo tiempo, tiene una gran importancia el concierto, hasta su adopción formal por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Se trata de un convenio entre la Administración titular de un servicio público y un entidad pública o privada que sea propietaria de las instalaciones idóneas, cediendo esta a la Administración la utilización de tales instalaciones a cambio del pago de un "tanto alzado"; esto es, una cantidad resultante de la estimación de diversos factores: valor de la utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. La legislación local establece, lo que no deja de ser una innecesaria rigidez procedente del clásico planteamiento del principio de riesgo y ventura...».

en consideración el valor de la utilización de las instalaciones, los costes de amortización, etc. Aquí no hay riesgo económico asociado a la explotación, por lo que este tipo de contratos deben calificarse, conforme al derecho comunitario, como de concesiones de servicios.

- *Sociedad de economía mixta*: bajo esta modalidad, es la sociedad la que asume los riesgos asociados a la prestación de los servicios, dentro de cuyo capital se encuentra la Administración⁶¹. En este supuesto, debido al sistema de reparto de riesgos, el contrato podría ser calificado como de concesión de servicios, estando sometido a la futura regulación comunitaria de las concesiones, y por lo tanto excluido de la actual regulación de los contratos públicos. El hecho de la participación de la Administración en el capital social de la empresa no puede llevar a dudas sobre la aplicación de las normas reguladoras de la contratación, principalmente porque la adjudicación de contratos públicos a sociedades de economía mixta es un tema que ya ha sido tratado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que aboga por la existencia de un vínculo contractual y por el sometimiento a la normativa de contratos⁶².

Resulta indudable que las tres modalidades de explotación analizadas (gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) suponen una distorsión del concepto comunitario de concesión de servicios en la actualidad, hurtando al contrato público de servicios de prestaciones que le pertenecen y que resultan necesarias para la realización del M CCP; y que en el futuro, con la nueva regulación de las concesiones, la distorsión será mayor. Me parece de mérito la regulación que en Navarra se ha realizado de este tipo contractual (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, LFCP), que admite la concesión como única forma de explotación, alineándose claramente con la noción que del contrato da el derecho comunitario⁶³; así el legislador Navarro acierta de pleno a la hora de transponer la normativa comunitaria adoptando una visión de arriba hacia abajo, que a mi entender es una garantía del éxito de la regulación navarra del contrato⁶⁴.

⁶¹ NIEVES BORREGO, J.: «La gestión interesada en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, núm. 26, *op. cit.*, pág. 73, dice que: «La sociedad de economía mixta es un caso claro de actividad de la Administración sometida al campo del derecho privado; y los caracteres de estas sociedades son dos fundamentalmente: a) Participación de la Administración en el capital social de la compañía creada o que se vaya a crear; b) Participación en la administración de la misma con normas especiales y excepcionales».

⁶² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, asunto Stadt Halle C-26/03, de 11 de enero de 2005, dice que: «... la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa probada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores».

⁶³ El artículo 4.5 de la LFCP dice que: «Se entiende por contrato de concesión de servicios, aquel en el que una entidad o entidades sujetas a la presten Ley Foral o concedente encarga a un empresario o profesional denominado concesionario la prestación de un servicio de los enumerados en el Anexo II de este Ley Foral a cambio de una retribución consistente en su explotación económica o bien en la explotación acompañada de un precio».

⁶⁴ ALENZA GARCÍA, J. F.: «Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios», en la obra colectiva coordinada por ALLI ARANGUREN, J. C.: *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*

6. CONSIDERACIONES FINALES

Se impone, por lo tanto, una modificación de la regulación que actualmente se hace en los contratos de concesión de servicios, la misma debe procurar alinearse con el derecho comunitario regulador de la contratación pública permitiendo cumplir con el objetivo de crear un MCCP. La integración dentro de ese mercado impone olvidar las viejas categorías jurídicas (*publicatio*, gestión interesada, concesión, sociedad de economía mixta, etc.), apostando por los nuevos conceptos, caracterizadores de la nueva regulación.

El derecho de la contratación pública forma un sistema que se puede representar como una pirámide, situándose en la cúspide de la misma el derecho comunitario; a partir de ahí el resto de normas deben ser coherentes con el mismo, no siendo admisible que lo contravengan. El principio de seguridad jurídica y la necesaria unidad y coherencia del sistema exigen un esfuerzo por parte del legislador nacional, quien debe ser generoso y, en ocasiones, renunciar a figuras jurídicas que gozan de amplio arraigo, e incluso renunciar a denominaciones nacionales de contratos⁶⁵ para acoplar mejor las piezas del sistema.

Bibliografía

ALBI CHOLBI, F. [1960]: *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*.

ALENZA GARCÍA, J. F. [2006]: «Las clases de contratos. Contratos de obras, concesión de obras públicas y concesión de servicios», en la obra colectiva coordinada por ALLI ARANGUREN, Juan CRUZ, *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos (Ley Foral 6/2006, de 9 de junio)*, colección Pro libertate 15.

ALONSO GARCÍA, R. [2007]: *Sistema jurídico de la Unión Europea*, Thomson-Civitas.

BOQUERA OLIVER, J. M.^a [1996]: *Derecho administrativo*, 10.^a edición, Civitas.

COSCULLUELA MONTANER, L. [1998]: *Manual de derecho administrativo* (novena edición).

(*Ley Foral 6/2006, de 9 de junio*), colección Pro libertate 15 (2006), pág. 534, dice que: «Y recordando aquel viejo romance castellano en el que se lamenta la pérdida de don Beltrán, hoy podemos decir que en la "grande polvareda" levantada por la transposición de la legislación europea de contratos, perdieron al contrato de gestión de servicios públicos».

⁶⁵ Ejemplo de esta renuncia lo tenemos con la aprobación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, que acabó con la figura del contrato de consultoría y asistencia, integrando sus prestaciones dentro del concepto de contrato de servicios. Es por todos sabido que la denominación del contrato de consultoría y asistencia le es desconocida al derecho comunitario, que solo reconoce la categoría de contrato de servicios. También debido al tipo de instrumento jurídico utilizado por el legislador comunitario (directiva), el legislador nacional podría haber mantenido la antigua denominación, pero no lo hizo; por medio de la anterior se realizó un acto de unidad sistemática manejándose en los dos ordenamientos (nacional y comunitario) la misma denominación, para el mismo tipo de contrato (servicios), lo que facilita el entendimiento de la categoría por los operadores jurídicos de todos los países miembros, que no se ven obligados a conocer las clásicas denominaciones de los países miembros de la Unión.

- DUGUIT, L. [1917]: *Las transformaciones del derecho público y privado*, traducción Adolfo POSADA y Ramón DE JAÉN, editorial Comares (2007).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. [1999]: «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. [1999]: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas* (reimpresión 2000), Civitas.
- [2004]: «Ámbito de aplicación de la ley», en VV. AA.: *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección de GÓMEZ FERRER MORANT), Civitas, Madrid, 2.^a edición.
- GARCÍA TREVIJANO GARNICA, J. A. [1953]: «Aspectos de la administración económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. [2006]: «Contrato de colaboración público privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170.
- HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. [2006]: «Jurisprudencia en materia de contratos administrativos: el concepto de poder adjudicador y las garantías jurisdiccionales», *Estudios de Derecho Judicial 113*, Consejo General del Poder Judicial.
- KELSEN, H.: [1934] *Teoría pura del derecho*, (primera edición), editorial Trotta, presentación Gregorio ROBLES (2011).
- MEILÁN GIL, J. L. [2008]: *La estructura de los contratos públicos*, Iustel.
- MILLET, T. [2007]: «El efecto directo de las directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto horizontal?», traducción Joaquín HUELÍN, *Estudios de derecho judicial 95*, Consejo General del Poder Judicial.
- MONEREO PÉREZ, J. L. [2008]: «Savigny y la nostalgia de la jurisprudencia como ciencia hegemónica», en *La vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho* (SAVIGNY), Comares.
- MOREL OCAÑA, L. [1999]: «La organización y las formas de gestión de los servicios públicos en los últimos cincuenta años», *Revista de Administración Pública*, núm. 159.
- MORENO MOLINA, J. A. [2009]: «La insuficiente incorporación del derecho comunitario de la contratación pública en la ley de contratos del sector público», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, monográfico XI, sección 3.
- NIEVES BORREGO, J. [1958]: «La gestión interesada en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, núm. 26.
- SAMANIEGO BORDIÚ, G. [1994]: «El control del derecho comunitario de los contratos públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 133.
- SAVIGNY, F. C. [2008]: *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho* (1814), traducción y prólogo Adolfo POSADA, Comares.
- VERDÚ, P. L. [1991]: *Reforma y mutación de la constitución (estudio preliminar)*, JELLINEK, G., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.