

ALTERNATIVAS, NO COMPLEJAS, A LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA PARA PRESTAR SERVICIOS SIN CONSOLIDAR DEUDA. CONSIDERACIONES SOBRE LOS CONTRATOS ATÍPICOS EN EL MOMENTO ACTUAL

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

*Doctor en Derecho Administrativo en la Universidad Complutense de Madrid.
Jefe del Departamento de Actividades Educativas de la Dirección General de Familia, Infancia,
Voluntariado, Educación y Juventud del Área de Gobierno de Familia, Servicios Sociales
y Participación Ciudadana del Ayuntamiento de Madrid*

EXTRACTO

El momento histórico en el que se encuentran inmersas las Administraciones públicas en la actualidad demanda el uso de sistemas de prestación de servicios que sean eficientes desde el punto de vista financiero. Hay que buscar nuevas fórmulas, o resucitar las viejas ya existentes, para prestar servicios sin consolidar deuda. Aquí se propone resucitar la figura del contrato administrativo especial para esta labor. Esta propuesta sirve para analizar el valor de la tipicidad en el campo de la contratación pública, y para contraponer el contrato administrativo especial con el de colaboración público-privada, presentando el primero como una alternativa, no compleja, para prestar servicios sin consolidar deuda.

Palabras claves: contrato administrativo, tipo, sostenibilidad financiera y derecho comunitario.

Fecha de entrada: 01-10-2013 / Fecha de aceptación: 21-10-2013

ALTERNATIVES TO THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP TO PROVIDE DEBT UNBOUND. CONSIDERATIONS ON CONTRACTS IN THE CURRENT TIME ATYPICAL

Luis Salvador Giraldes Gutiérrez

ABSTRACT

The historical moment in which they are immersed Public Administration currently requires the use of service delivery systems that are efficient from a financial standpoint. We must find new ways, or resurrect the old, existing to serve unconsolidated debt. We propose to resurrect the figure of special contract for this work. This proposal serves to analyze the typical value in the field of public procurement, and to oppose the special contract with the public-private collaboration, presenting the former as an alternative, not complex, to serve unconsolidated debt.

Keywords: public contract, type, financial sustainability and community law.

Sumario

1. Introducción
2. Influencia del contexto económico actual sobre la contratación pública. La necesaria sostenibilidad financiera de los servicios públicos
3. La tipicidad en el derecho regulador de la contratación pública. Orígenes y situación actual
 - 3.1. Consideraciones preliminares. Diferencia entre negocios jurídicos típicos y nominados
 - 3.2. El valor de la tipicidad y de la atipicidad en el derecho civil. Significado y limitaciones
 - 3.3. La tipicidad de los contratos en el campo del derecho administrativo. Significado actual
4. El contrato de colaboración público-privada como un negocio jurídico atípico y nominado
 - 4.1. Consideraciones sobre la tipicidad de los contratos de colaboración público-privada
 - 4.2. El contrato de colaboración público-privada como un negocio jurídico «exclusivo»
5. El contrato administrativo especial como alternativa no compleja para prestar servicios a los ciudadanos sin consolidar gasto
 - 5.1. Breve referencia a la evolución histórica del contrato administrativo especial
 - 5.2. Significación actual del contrato administrativo especial. Consideraciones acerca de su importancia en la actualidad
6. Perspectivas de futuro del contrato administrativo especial
 - 6.1. Introducción. Consideraciones generales sobre la evolución normativa del contrato
 - 6.2. La futura regulación comunitaria de la concesión de servicios como regulación de cierre del espacio vital del contrato administrativo especial
7. Conclusiones

Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos en un estado de excepción económica que viene motivado por el contexto de crisis que está viviendo España en la actualidad; este contexto está provocando lo que podríamos calificar como una *mutación* del régimen jurídico de todas las Administraciones públicas¹. La complejidad del Estado diseñado por la Constitución española de 1978 (CE), mediante el reconocimiento de autonomía de gestión a diversos entes territoriales (art. 137 de la CE), con la correspondiente autonomía financiera, ha provocado una auténtica catarsis financiera del sistema que se diseñó en el año 1978 que está afectando al propio sistema de distribución de competencias que se creó en aquel momento. Motivado por ese clima de crisis económica, el constituyente español ha tomado recientemente una decisión, poco habitual, cual es modificar el texto constitucional para introducir el principio de estabilidad presupuestaria en el seno de nuestra Carta Magna²; así, se ha modificado el artículo 135 de la Constitución elevando al máximo rango normativo el comentado principio³.

El nuevo sistema debe partir de la asociación e indisoluble unión entre autonomía política o administrativa, y capacidad financiera; ninguna Administración debe prestar servicios para los cuales no dispone de recursos financieros. Esta solución que parece razonable, a todas luces, va a provocar el abandono de muchos programas de gasto por parte de las diferentes Administraciones, que en época de bonanza económica crecieron de una manera desmedida y acostumbraron a los ciudadanos a unos servicios que ahora no se pueden prestar salvo que se encuentren alternativas financieras.

El nuevo *sistema administrativo-financiero*⁴ que va a nacer de la crisis económica va a tener su correspondiente plasmación en el ámbito de la contratación pública, ya que esta es una de las

¹ La complejidad del ordenamiento jurídico-administrativo español ha sido puesta de manifiesto, con su habitual brillantez expositiva, por el Consejo de Estado; así en su Informe sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento jurídico español, de 14 de febrero de 2008 (n.º E 1/2007), dice que: «Nuestro derecho ha venido experimentando desde 1978 una mutación profunda en el plano político y administrativo...».

² Es poco usual la modificación del texto constitucional, porque hasta el momento solo se había operado una modificación en la Constitución de 1978, que tuvo lugar en agosto de 1992. En concreto se modificó el artículo 13.2 de la Constitución.

³ Esta reforma fue aprobada el 27 de septiembre de 2011, entrando en vigor ese mismo día. Esta reforma se hace con el objeto de reforzar la confianza de los mercados en la economía española, siendo un factor determinante de la salida de la crisis económica.

⁴ Creo que en el contexto de este trabajo es más adecuado empezar a hablar de sistema administrativo-financiero vinculando los aspectos administrativos con los financieros, que son la base del presente trabajo y de las reflexiones que se pretenden plasmar en el mismo.

principales líneas de gasto dentro de la economía nacional⁵. Así, la contención del gasto público no solo afectará a los gastos de personal, sino que reducirá el nivel de gasto en contratos administrativos de todas las Administraciones y entes que integran el sector público. La reducción, en este caso, se puede producir de dos maneras diferenciadas: o bien se prescindirá de la celebración de determinados contratos que comportan gasto; o se buscan nuevos modelos de prestación de servicios económicamente más sostenibles. Es precisamente en esta línea en la que se pretende profundizar en el presente trabajo.

Así, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, creó la figura del contrato de colaboración público-privada, introduciendo en nuestro ordenamiento regulador de la contratación pública una figura compleja⁶ que pretende servir como instrumento de ingeniería financiera, por medio del cual las Administraciones públicas pueden prestar servicios a los ciudadanos sin consolidar deuda (COSCULLUELA MONTANER, L.)⁷.

Como tendremos ocasión de comprobar, la aplicación de fórmulas de prestación basadas en la colaboración público-privada plantea un problema doble: por lo que a este trabajo interesa, en primer lugar, es un tipo contractual pensado para prestaciones complejas (*problema de la complejidad objetiva*); y en segundo término, la complejidad del modelo de gestión del contrato que se ha diseñado por el legislador (COSCULLUELA MONTANER, L.)⁸ inhabilita su utilización por parte de Administraciones públicas menores, que no disponen de unos servicios técnicos suficientemente cualificados para afrontar un complejo y arduo procedimiento de licitación (*problema de la complejidad subjetiva*).

⁵ En concreto, la contratación pública representa el 18,5% del PIB. Dato del Observatorio de la Contratación Pública (www.obcp.es).

⁶ Así el apartado quinto del punto IV de la Exposición de Motivos de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, señala: «Nominados únicamente en la práctica de la contratación pública, la Ley viene, finalmente, a tipificar normativamente los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado, como nuevas figuras contractuales que podrán utilizarse para la obtención de prestaciones complejas o afectadas de cierta indeterminación inicial, y cuya financiación puede ser asumida, en un principio, por el operador privado, mientras que el precio a pagar por la Administración podrá acompasarse a la efectiva utilización de los bienes y servicios que constituyen su objeto».

⁷ COSCULLUELA MONTANER, L., prólogo al libro de HERNANDO RYDINGS, M.: *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales* (2012), Civitas, Madrid, pág. 29. Dice, en relación con el contrato de colaboración público-privada, que: «La utilidad más significativa del contrato de colaboración es que ofrece importantes ventajas en el cálculo del déficit público, amparándose en estas modalidades muy próximas a la llamada ingeniería contable o contabilidad imaginativa».

⁸ COSCULLUELA MONTANER, L., prólogo al libro de HERNANDO RYDINGS, M., *op. cit.*, pág. 32, dice, en relación con la utilización del contrato de colaboración público privada, que: «Lo cierto es que las dificultades de utilización de este tipo de contrato han hecho, por el momento, no se haya utilizado sino en contadas ocasiones, lo que motiva que la autora entienda que quizás la regulación española busque desincentivar su utilización habida cuenta de las exigencias de control del déficit a largo plazo. Tan solo en el sector energético este tipo de contrato ha encontrado un marco favorable a través del Plan de Eficiencia Energética, que ha favorecido su utilización en particular para ser aplicado en las instalaciones que albergan sedes administrativas».

Pensar que el contrato de colaboración público-privada es la única forma de prestar servicios sin consolidar déficit público constituye un grave error, probablemente el mismo viene inducido por lo novedoso de la figura, la cual ha suscitado el interés por parte de la doctrina. No obstante lo anterior, no puede conducir a olvidar que existen alternativas, menos complejas, e igualmente efectivas, que resultan más simples de gestionar, lo que las convierte en más asequibles para pequeñas Administraciones, y que no requieren como requisito sine qua non la complejidad de la prestación contratada, lo que permite que puedan aplicarse a prestaciones simples.

Es necesario abandonar los viejos esquemas del pasado basados en relaciones típicas de prestación de servicio por parte del contratista y abono del mismo por la Administración. La Administración puede aportar a la relación jurídica que nazca por medio de un contrato algo más que partida presupuestaria⁹; existen determinados ámbitos de la actividad económica en los que la Administración tiene un mejor posicionamiento que cualquier otra organización (servicios sociales, cultura, educación, etc.)¹⁰, además el sector público dispone de una serie de recursos personales y materiales que, como consecuencia de la crisis económica, no puede utilizar debidamente (piénsese en personal especializado o instalaciones)¹¹. Por ese motivo, es lógico pensar que se pueden aportar a la relación contractual los recursos de los que se dispone (medios materiales y personales), buscando fórmulas de colaboración en la financiación mediante aportaciones de los usuarios de los servicios (bien sean totales o parciales).

Este es el momento de reinterpretar la contratación pública, introduciendo nuevas fórmulas prestacionales más eficientes desde el punto de vista presupuestario. Ya no es hora de pagar prestaciones de una manera ilimitada; los gestores públicos deben valorar su potencialidad, ya que dentro de la misma se encuentra su consideración como llaves para abrir determinados mercados que resultan atractivos a las empresas, diseñando servicios atractivos para los ciudadanos y rentables para las empresas y abriendo mercado a los licitadores, que cuentan con el apoyo y la solvencia de la Administración.

Espero poder demostrar que el nuevo sistema *administrativo-financiero* impone la obligación a los gestores públicos de reducir el gasto en materia de contratos administrativos. Esa obligación es especialmente imperativa para aquellas líneas de gasto que inciden sobre competencias impropias o actividades duplicadas. En este caso, la opción para el responsable público es clara: o bien se suprime el servicio o la actividad, o se busca un sistema de prestación alternativo sos-

⁹ HERNADO RYDINGS, M.: *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas (2012), Madrid, hace una interesante reflexión refiriéndose al contrato de colaboración público-privada que se puede hacer extensiva a otros ámbitos de la contratación pública; señala que en esos contratos cada sector aporta recursos y conocimientos (pág. 37). La idea que aporta la autora se puede hacer extensiva a todo tipo de relaciones contractuales.

¹⁰ En materia de servicios sociales o culturales, la Administración tiene establecimientos propios, personal especializado, etc.

¹¹ Precisamente una de las consecuencias de la época de bonanza económica ha sido la vertiginosa construcción de infraestructuras y recursos mobiliarios, con una explotación basada en fórmulas tradicionales (de aportación económica), y que ahora debido a las necesidades contención no pueden explotarse, lo que está provocando su abandono.

tenible económicamente. Hay que racionalizar o redimensionar el gasto público, implementando nuevos sistemas de prestación de servicios más eficientes económicamente.

Cada momento histórico revierte de una manera inexorable sobre la Administración, y sobre la forma que esta tiene de prestar sus servicios a los ciudadanos influyendo de una manera determinante en la contratación pública¹². Así, si en los momentos de bonanza los protagonistas son los contratos de obras, servicios o suministros, en los de crisis económica toman protagonismo los sistemas que reducen el gasto público, como los contratos de gestión de servicio público, concesión de obra pública y los de colaboración público-privada. Ese devenir histórico hace que las propias categorías contractuales que, en un determinado momento, estaban llamadas a desaparecer revivan y cobren un protagonismo que, en principio, no estaba previsto, entre otros, por el legislador, pasando a ser actores protagonistas dentro de este nuevo escenario.

Aquí quisiera llamar la atención sobre una figura, aparentemente en desuso, que podría aportar nuevas opciones de gestión a las Administraciones públicas, situándose en un espacio neutral no cubierto por los contratos administrativos típicos, y que podría ser la base de prestaciones sostenibles económicamente. Esa figura es la del contrato administrativo especial; veremos cómo esa modalidad se puede ir abriendo camino dentro del nuevo sistema administrativo financiero, ofreciendo alternativas de gestión que resultan imposibles para los contratos administrativos típicos, o entrando a regular situaciones atípicas que no pueden ser cubiertas por medio de las típicas modalidades, ya que la tipicidad del contrato presenta como principal problema su carácter limitado a la hora de ofrecer soluciones o alternativas de gestión.

La originalidad de este trabajo se limita a volver a poner en el tráfico jurídico-administrativo una modalidad contractual que prácticamente había desaparecido.

2. INFLUENCIA DEL CONTEXTO ECONÓMICO ACTUAL SOBRE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. LA NECESARIA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

La capacidad de actuación de las Administraciones públicas viene determinada por su ámbito competencial, siendo este el que abre la posibilidad de concertar un determinado contrato; así lo dice el artículo 22 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (en adelante, TRLCSP) cuando vincula los contratos que pueden celebrar los entes del sector público con sus fines institucionales¹³.

¹² RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J.: «Sobre las transformaciones del derecho público, de León Duguit», *Revista de Administración Pública*, núm. 190, 2013, pág. 62, dice refiriéndose a Duguit que «... si algo caracteriza la obra del gran jurista francés es su firme convicción de que el Derecho debía adecuarse a la realidad que estaba llamada a regir para ordenarla racionalmente de acuerdo con la función social que debía realizar, la solidaridad o interdependencia social, a través de servicios públicos».

¹³ Los fines institucionales de la Administración son los que delimitan sus competencias.

Es un rasgo propio de este momento de implosión del modelo de Estado creado en el año 1978 el abordaje del entramado competencial, desde el punto de vista presupuestario. Así, recientemente el Tribunal Constitucional (TC) ha tenido la oportunidad de definir el principio de autonomía financiera como la plena disponibilidad de ingresos para ejercer competencias propias¹⁴; en el anteproyecto de ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local (versión de 18 de febrero de 2013) en su Exposición de Motivos se hace referencia a términos y conceptos tan oídos en el momento actual como una Administración y una competencia¹⁵, se vinculan claramente las disfuncionalidades del modelo diseñado con las haciendas locales¹⁶, pone en conexión el marco competencial con la financiación, y finalmente se alude al tantas veces tratado concepto de competencia impropia¹⁷.

La primera consecuencia que nace de la reinterpretación del modelo competencial actual, sobre la base de la situación de crisis económica, nos llevaría a hablar de dos tipos de competencias:

1. *Las competencias propias*. Son aquellas para las cuales las Administraciones públicas cuentan con plena disponibilidad de ingresos, y que por lo tanto son sostenibles económicamente (STC 134/2011, de 20 de julio); para la ejecución de este tipo de competencias por medio de contratos administrativos las Administraciones disponen de plenitud de fondos, no imponiéndose, a priori, la implantación de modelos de prestación por medio de los cuales se colabore con los usuarios en la prestación del servicio.
2. *Competencias impropias*. Son todas aquellas materias para las cuales la Administración no dispone de fondos, y cuya continuidad depende de su sostenibilidad financiera; aquí nuevamente el anteproyecto de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad Financiera de la Administración Local (versión de 18 de febrero de 2013) avanza la línea maestra de la continuidad, o virtual implantación de este tipo de competencias, cual es su sostenibilidad financiera¹⁸.

¹⁴ STC 134/2011, de 20 de julio.

¹⁵ Dice la Exposición de Motivos del anteproyecto de ley que: «Con este propósito, se plantea esta reforma que persigue varios objetivos básicos: clarificar las competencias de otras Administraciones de forma que se haga efectivo el principio de «una Administración una competencia», racionalizar las estructura organizativa de la Administración local de acuerdo con los principios de eficiencia, estabilidad y sostenibilidad financiera, garantizar un control financiero y presupuestario más riguroso y favorecer la iniciativa económica privada evitando intervenciones administrativas desproporcionadas».

¹⁶ Así lo dice la Exposición del Motivos: «... existe una estrecha vinculación entre la disfuncionalidad del modelo competencial y las haciendas locales...».

¹⁷ Dice la Exposición de Motivos: «Las entidades locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada».

¹⁸ Así, la Exposición de Motivos del anteproyecto es clara a este respecto, al señalar que: «Las entidades locales no deben volver a asumir competencias que no les atribuye la ley y para las que no cuenten con la financiación adecuada. Por tanto, solo podrán ejercer competencias impropias, cuando no se ponga en riesgo financiero la realización de las competencias propias, no haya duplicidades con las competencias autonómicas, y se garantice la sostenibilidad financiera de las nuevas competencias o actividades económicas, respetando en todo caso el principio de eficiencia y el resto de los requerimientos de la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera. De igual

A nivel teórico el entramado de gasto en la ejecución de competencias de las Administraciones españolas está claro, a saber, existe una línea de gasto prioritaria (competencias propias) y otras secundarias (competencias impropias). El problema que plantea este modelo ideal es que, en ocasiones, choca con la realidad, produciéndose desarrollos disfuncionales. Algunas de esas disfuncionalidades se dan cuando el sistema tributario no atrae recursos suficientes para pagar los servicios derivados de competencias propias, o cuando los servicios que son manifestación de competencias impropias gozan de una amplia aceptación por parte de los ciudadanos, lo que los convierte en difícilmente prescindibles¹⁹.

Las vicisitudes expuestas hacen que los gestores públicos deban buscar fórmulas alternativas de prestación de servicios, tanto para los que constituyen la manifestación de una competencia propia como para los que lo son de una competencia impropia. En el caso de los servicios que son manifestación de competencia impropia cobra una especial significación el comentado principio de sostenibilidad financiera.

El principio de sostenibilidad financiera aparece recogido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera (en adelante, LOEPSF), que lo define como la capacidad de financiar compromisos de gasto presentes y futuros dentro de los límites de déficit y deuda pública. Traducido al plano de la contratación pública se debe leer como la capacidad para asumir las anualidades de los contratos públicos.

Para la valoración de los límites que la capacidad financiera representa, es necesario realizar la siguiente operación: restar a los ingresos los gastos que responden a servicios de competencia propia y gastos obligatorios, siendo el resultado de esa operación lo que pueden gastar las Administraciones en la prestación de servicios impropios²⁰.

En este orden de las cosas, debe recordarse que el principio de autonomía para la gestión de sus propios intereses que la Constitución reconoce a los entes territoriales (art. 137 de la CE) presenta un carácter o morfología pluriforme; en primer lugar, implica un poder de decisión amplio, pero no ilimitado, que se ve constreñido por el propio ordenamiento jurídico²¹; en segundo término, naturalmente que, dentro de ese ámbito las Administraciones, son libres para el diseño

modo, la estabilidad presupuestaria vincula de una forma directa la celebración de convenios entre administraciones, que observarán la sostenibilidad de los servicios y la eliminación de duplicidades administrativas».

¹⁹ CARMONA CUENCA, E.: *El estado social de derecho en la Constitución* (2000), edita el Consejo Económico y Social, Madrid, pág. 88, dice que: «En segundo lugar, los beneficiarios del Estado asistencial forman parte de lo que podría denominarse conciencia moral de la época. Prácticamente todos los servicios públicos asistenciales y gratuitos o gestionados con precios políticos, son intocables. Pueden admitir junto a sí otros servicios privados de la misma naturaleza, pero no parece posible proceder a su desmantelamiento».

²⁰ En esa operación deben incluirse otra serie de compromisos que resultan obligatorios, como el pago de deuda pública.

²¹ Así lo puso de manifiesto desde el primer momento el Tribunal Constitucional, que señaló que la autonomía no es soberanía, o independencia, es un poder limitado, este poder para la gestión de sus respectivos intereses se ejerce en el marco del ordenamiento (STC 4/1981, de 2 de febrero).

de sus propias políticas, si bien ahora se ven claramente mediatizadas por los recursos de los que se disponen. Con base en lo relatado en este párrafo, las Administraciones públicas tienen libertad para introducir fórmulas que incrementen la sostenibilidad financiera, incluso en servicios que sean manifestación de competencias propias. Destinando el sobrante a la prestación de servicios impropios o a otros fines. Lo que veta el ordenamiento jurídico es que no se tenga capacidad financiera para prestar un servicio de manifestación de competencia propia²², y se presten servicios que se correspondan con competencias impropias.

En definitiva, en el contexto económico-administrativo actual, las Administraciones están obligadas a innovar en las formas de gestión y prestación de los servicios, introduciendo mecanismos para aumentar su eficiencia económica y su sostenibilidad financiera. De estos mecanismos no están exentos los servicios que son manifestación de competencia propia, sino que afectan a todos en general, siendo especialmente obligatorias para los servicios que son manifestación de competencia impropia, que solo se justifican si son sostenibles financieramente. En palabras de Vaquer Caballería, «hay un mandato de optimización en la prestación de servicios a los ciudadanos»²³.

3. LA TIPICIDAD EN EL DERECHO REGULADOR DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA. ORÍGENES Y SITUACIÓN ACTUAL

3.1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES. DIFERENCIA ENTRE NEGOCIOS JURÍDICOS TÍPICOS Y NOMINADOS

Se manejan, en este apartado, dos conceptos jurídicos diferenciados que es necesario clarificar a los efectos sistemáticos. Así, cuando hacemos referencia a *tipicidad*, nos referimos a regulación legal²⁴; se trata de contratos cuyos rasgos aparecen delimitados en las normas y sobre los cuales la capacidad de innovación es escasa²⁵. Sin embargo, el uso del término contrato *nominado* alude al hecho de que el contrato reciba un nombre por parte del legislador, independientemente de que el mismo cuente con una regulación legal.

²² La incapacidad para prestar el servicio puede provenir de motivos diversos, como la insuficiencia financiera, la existencia de un modelo prestacional antieconómico que haga insostenible el recurso, etc.

²³ VAQUER CABALLERÍA, M.: «El criterio de eficiencia en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, pág. 96, dice que: «Así pues, el derecho administrativo del Estado Social de Derecho instaurado por nuestra Constitución está presidido por un amplio conjunto de derechos de prestación y principios rectores que constituyen verdaderos "mandatos de optimización", según la conocida expresión de Robert Alexy».

²⁴ PAREJO GAMIR, R.: «Los contratos administrativos atípicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 55 (1968), pág. 383, dice que: «Cuando en lenguaje jurídico se habla de tipicidad se está aludiendo *prima facie* a regulación legal».

²⁵ DE CASTRO BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid (reimpresión 2002), pág. 202, sobre las variaciones que admite el negocio típico, dice que: «Las cláusulas de adaptación de un negocio jurídico típico, son válidas siempre que no extralimiten el esquema negocial. Cuando la adaptación no es posible se plantea la problemática del negocio atípico».

Ciertamente, no es habitual que un contrato tenga un *nomen iuris*, y carezca de regulación legal, o la inversa, así lo ha evidenciado nuestra mejor doctrina al identificar tipicidad y nominación del negocio²⁶. Pero, en determinadas ocasiones, puede producirse una desconexión entre el *nomen iuris* y la regulación legal, de tal forma que un contrato tenga una regulación y resulte innominado, o por el contrario reciba una denominación concreta, y no tenga una regulación legal²⁷. Este último sería el caso de los contratos administrativos especiales, o incluso de los de colaboración público-privada.

En estos casos, el legislador opta por crear unos contratos que tienen un objeto tan amplio que resulta imposible delimitar su régimen jurídico, siendo este el elemento que los convierte en negocios jurídicos atípicos; no obstante, sí que reciben una denominación, siendo por lo tanto nominados.

Como tendremos ocasión de comprobar, la escasa regulación contenida en la ley para los contratos analizados hace imposible afirmar que los mismos sean típicos. El tipo, como instrumento técnico-jurídico, juega en un plano doble, y diferenciado, por un lado, sirve para integrar en su seno negocios jurídicos sometiéndolos a la vis atractiva de su regulación; y por otro, sirve para excluir determinados negocios. El tipo, pues, hace cognoscible el negocio jurídico de que se trate, dotándolo de un régimen propio. La nominación no dota al negocio de un régimen jurídico, simplemente lo distingue y diferencia de los demás, conteniendo al efecto la ley una serie de previsiones que facilitan su calificación y orientan su regulación en aspectos básicos, pero que no permiten calificarlo como contrato típico.

Por lo tanto, de los calificativos que puede tener un contrato, en función de su morfología jurídica, nosotros nos decantamos por calificar el contrato administrativo especial como atípico, debido a lo escueto y difuso de su regulación legal, y nominado²⁸. Si hacemos una lectura sistemática del TRLCSP, podemos decir que el legislador comparte nuestra visión, ya que delimita en sus artículos 6 a 11 los contratos típicos (obras, concesión de obras públicas, gestión de servicios públicos, suministro, servicios y colaboración entre el sector público y el sector privado), a los que ulteriormente dota de un régimen jurídico específico a lo largo de su articulado (tipicidad)²⁹. Por otro lado, ocupa los artículos 19.1 b) y 2 del mismo cuerpo legal a definir los contratos administrativos especiales, si bien es cierto que a estos no los dota de un régimen jurídico propio y diferenciado que

²⁶ PAREJO GAMIR, R.: «Los contratos administrativos atípicos», *op. cit.*, pág. 383, dice que: «... Cualquier acto humano relevante para el Derecho, es decir, cualquier acto jurídico, en el sentido más amplio posible, es típico cuando tiene *nomen iuris*».

²⁷ LA CRUZ BERDEJO y otros: *II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Parte general. Teoría General del Contrato*, Dykinson (2007), Madrid, pág. 485, habla de esta posibilidad, señalando: «Contrato atípico es el que, aun teniendo un nombre específico o denominación jurídica perfectamente acuñados y que identifican en el tráfico, carece, sin embargo, de un disciplina normativa propia».

²⁸ Nominado porque, a pesar de que existe una ausencia de régimen jurídico específico, el contrato tiene un *nomen iuris*.

²⁹ Como ya hemos visto la tipicidad del negocio, viene determinada porque el mismo tenga un régimen jurídico propio y específico.

permita hablar de ellos como un tipo, sino que simplemente se limita a decir que a estos les resultan de aplicación sus *normas específicas*³⁰. Esa remisión del legislador habilita a la libertad en la configuración de este tipo de negocios, y demuestra la inexistencia de un régimen específico, ya que con base en lo anterior habrá tantos regímenes como contratos administrativos especiales se liciten.

3.2. EL VALOR DE LA TIPICIDAD Y DE LA ATIPICIDAD EN EL DERECHO CIVIL. SIGNIFICADO Y LIMITACIONES

La tipificación de un contrato en el campo del derecho privado es el resultado de la reiteración y generalización de ese tipo de negocio en el tiempo. Así, cuando una relación jurídica se repite y se generaliza, surge la necesidad de tipificarla.

En sus orígenes la tipificación de los contratos era el fundamento de su obligatoriedad³¹, si bien, con el paso del tiempo el sistema evolucionó admitiendo variantes y la vinculación de los pactos atípicos sobre la base de la autonomía de la voluntad³². La tipificación de los contratos en el campo del derecho privado es el fruto de un camino que arranca con la generalización de un negocio en el tráfico jurídico (tipicidad social)³³; esa frecuencia en el uso hace conveniente regularlo para dar una mayor seguridad a las transacciones; con la regulación nace la tipicidad legal.

Indudablemente, la tipificación del contrato aumenta la seguridad jurídica, mejorando la certidumbre de las relaciones que nacen al amparo de ese tipo, que encuentra cobijo y base normativa. Con la regulación todos los operadores jurídicos conocen la figura en cuestión, y pueden manejarla dentro de sus contornos.

Un contrato típico, en el momento actual, plantea el problema de la adaptabilidad del negocio al entorno cambiante. La rigidez que ofrece el tipo choca con el entorno cambiante y dinámico

³⁰ Así lo dice el artículo 19.2 in fine del TRLCSP.

³¹ LA CRUZ BERDEJO y otros: *II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Parte general. Teoría General del Contrato*, Dykinson (2007), Madrid, pág. 484, dicen que: «Los romanos de todos los posibles arreglos que reflejan esos términos de clasificación, practicaron unos pocos, a los que dieron fuerza jurídica. Regularon o admitieron primero unos pocos por cosa o servicio (venta, arrendamiento); unos servicios gratuitos con objeto concreto (gestión, custodia), y más tarde, y nunca como contrato consensual, cualquier cambio (contratos innominados); y junto al contrato de cambio el asociadito; no tuvieron necesidad de más».

³² O' CALLAGHAN, X.: *Compendio de derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, quinta edición (2008), Dijusa, Madrid, pág. 222, dice que: «Los contratos atípicos nacen de la autonomía de la voluntad».

³³ O' CALLAGHAN, X.: *Compendio de derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, quinta edición, *op. cit.*, pág. 222, invocando a la doctrina italiana diferencia entre una tipicidad legislativa y otra social. La social es la que nace como consecuencia de que un negocio se reitera en el uso a lo largo del tiempo y se generalice. LA CRUZ BERDEJO y otros: *II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Parte general. Teoría General del Contrato*, *op. cit.*, pág. 484, habla de una tipicidad social.

en el que se desarrolla la sociedad actualmente y que está necesitado de regulación y ordenación, siendo el contrato un instrumento idóneo para ofrecer ese armazón a las relaciones sociales. La primera certeza que ofrece el tipo es que es rígido, y por lo tanto no adaptable³⁴.

Así, el tipo en el ámbito civil representa dos puntos de tensión: por un lado, seguridad jurídica, certeza y estabilidad; y por otro, rigidez y falta de innovación. Los contratos típicos plantean pues una importante limitación en cuanto a su adaptabilidad al entorno, máxime en el momento actual en el que una sociedad cambiante demanda innovación en materia contractual. Lo anterior se salva por medio del principio de autonomía de la voluntad que tienen las partes, que les permite crear nuevas regulaciones adaptadas a sus propias necesidades³⁵.

A la hora de crear una nueva categoría atípica, las partes tienen dos opciones; por un lado, fijarse en los moldes de los contratos típicos, adaptándolos a sus necesidades (esta alternativa busca el refugio y la raigambre del contrato típico desarrollándose sobre su base, lo que, entre otras cosas, le permite invocarlo con carácter supletorio)³⁶; y por otro lado, se puede crear una nueva categoría sin referentes cognoscibles en otros contratos típicos³⁷.

Por lo tanto, el negocio jurídico atípico nace de la libertad de las partes; en este caso, se invierte el sistema de ventajas y desventajas, frente al contrato típico. Así, el negocio atípico genera una mayor inseguridad a las partes; y sin embargo, permite una mayor adaptabilidad a las necesidades de cada momento. Es el genio de la sociedad el que hace nacer un negocio atípico, siendo su generalización (tipicidad social) el hecho que provoca que el mismo cree una necesidad al legislador, que, por su amplia implantación y para promover la seguridad jurídica, decide dotarlo de una regulación (tipicidad legal)³⁸.

³⁴ DE CASTRO BRAVO, F.: *El negocio jurídico*, op. cit., pág. 205, dice que: «Las cláusulas de adaptación de un negocio jurídico típico, son válidas siempre que no extralimiten el esquema negocial, cuando la adaptación no es posible se plantea la problemática del negocio atípico».

³⁵ LA CRUZ BERDEJO y otros: *II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Parte general. Teoría General del Contrato*, op. cit., pág. 484, dice que: «Basados en la libertad contractual, por las necesidades sociales, han ido naciendo nuevos contratos que se basan en los ya conocidos».

³⁶ O' CALLAGHAN, X.: *Compendio de derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, op. cit., pág. 223, cita la sentencia de 30 de abril de 2002 (Act. Civ. 515/2002), en la cual se recuerda el sistema de fuentes de los contratos atípicos, dice: «... en tercer lugar, por la normativa de los contratos y específicamente de aquel y aquellos con los que guarde similitud».

³⁷ LA CRUZ BERDEJO y otros: *II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Parte general. Teoría General del Contrato*, op. cit., pág. 487, así nuestra mejor doctrina diferencia entre unos contratos típicos mixtos, y otros puros, en función de la influencia que reciban de los contratos típicos.

³⁸ Ejemplo de este proceso lo encontramos recientemente, en concreto el 12 de julio de 2012 cuando el ministro de Justicia (Alberto Ruiz Gallardón), al anunciar las novedades del nuevo Código Mercantil, hizo referencia a la regulación en el mismo de los contratos para las comunicaciones electrónicas, los contratos turísticos, los contratos de distribución y los contratos financieros mercantiles. Así, los citados contratos siguen el camino del que hablamos, pasan del uso social al código mercantil (tipicidad social/tipicidad legal).

3.3. LA TIPICIDAD DE LOS CONTRATOS EN EL CAMPO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. SIGNIFICADO ACTUAL

3.3.1. 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 común³⁹; es indudable que dentro de ese mercado común que se pretende crear por el tratado juegan un papel destacado los contratos públicos⁴⁰. Se debe advertir de que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoce la aplicación directa de los principios del tratado en la materia que estamos tratando⁴¹; no obstante lo anterior, las instituciones comunitarias 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 Unión⁴², por ese motivo se ha buscado la armonización de procedimientos utilizando un instrumento jurídico peculiar como es la directiva⁴³ que impone una obligación de resultado dejando en manos de los países miembros

³⁹ MEILÁN GIL, J. L.: *La estructura de los contratos públicos*, Iustel (2008), pág. 93.

⁴⁰ 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), Madrid, 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».

⁴¹ 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 tributaria, de contratos y de medio ambiente*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial (2006), Madrid, 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».

⁴² MEILÁN GIL, J. L.: *La estructura de los...*, *op. cit.*, pág. 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».

⁴³ 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».

los mecanismos para la consecución de ese resultado⁴⁴. 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 actividad⁴⁵; 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 Francia⁴⁶. En 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 mo-

⁴⁴ 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».

⁴⁵ 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».

⁴⁶ 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 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)».

tivo 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 prioritaria para la creación de un mercado común en la materia la regulación de determinados tipos de contratos, para lo cual da una definición de los mismos y elabora un listado de prestaciones a las que exige una determinada publicidad⁴⁷.

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, calificándolo en una línea que permita cumplir los objetivos marcados por la directiva para el tipo de que se trate.

3.3.2. 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 título⁴⁸. Así, el contrato de obras fue

⁴⁷ 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.

⁴⁸ 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.

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 jurídica⁴⁹. 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; 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 otros⁵⁰.

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 público⁵¹ y mejorar la contratación pública en apoyo de los objetivos sociales y de pro-

⁴⁹ Así lo dice expresamente el considerando 1 de la Directiva 2004/18/CE.

⁵⁰ 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».

⁵¹ 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».

tección del medioambiente comunes a los países miembros⁵², 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; promocionar una economía con pocas emisiones de carbono que haga un uso eficaz de los recursos y que sea competitiva; y fomentar una economía con alto nivel de empleo que tenga cohesión social y territorial⁵³.

También hay que destacar la propuesta de la 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 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 (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 aumentar 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.

3.3.3. El valor del tipo en el campo del derecho comunitario regulador de la contratación pública. Influencia en el derecho español

Actualmente, el derecho regulador de la contratación pública se encuentra claramente mediado por la influencia que recibe del derecho comunitario. Así que al valor que tiene el tipo, en el ámbito civil, se tienen que sumar sus particularidades en el campo del derecho administrativo. Como hemos visto no es posible abstraerse, en el ámbito interno, de los postulados comunitarios, debiendo estar presente esa visión al interpretar y aplicar las normas nacionales.

El regulador comunitario ha proporcionado un plusvalor al tipo en su ámbito, al utilizarla como herramienta técnico-jurídica que le sirve para cumplir sus fines y objetivos, en este caso

⁵² 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».

⁵³ Comunicación de la Comisión Europa 2020 *Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador*, Bruselas, 3 de febrero de 2010 [COM (2010) 2020].

la creación del mercado común de los contratos públicos. Así, las directivas comunitarias han tipificado una serie de contratos que presentan unos contornos normativos propios, y cuando un negocio jurídico encaja dentro de esos moldes comunitarios, recae sobre él una serie de cargas formales que sirven para la creación del citado M CCP. El tipo se instala en el campo teleológico sirviendo al cumplimiento de los fines comunitarios, siendo la pieza sobre la que asienta el regulador comunitario el logro de sus objetivos.

Así, el correcto cumplimiento de los fines comunitarios dependerá de la calificación que se dé al contrato. Dicha calificación es la operación consistente en encajar el contrato dentro de un tipo determinado.

Por lo tanto, el tipo en el ámbito de la contratación pública adquiere una dimensión desconocida en el campo del derecho civil que excede a las necesidades que marca el tráfico jurídico, civil o mercantil, al ser un instrumento técnico-jurídico que sirve como herramienta para garantizar el cumplimiento del derecho comunitario. Ese fin le confiere una mayor rigidez, ya que la tipificación del contrato determina las reglas aplicables a su adjudicación y, por lo tanto, determina el cumplimiento del derecho comunitario.

Siguiendo las acertadas afirmaciones de Díez Sastre, podemos concluir que la figura del contrato administrativo se construyó sobre la base de las reglas de ejecución del contrato; no obstante ahora, por la influencia del derecho comunitario los focos de la atención legislativa se proyectan sobre la fase de licitación⁵⁴.

Este sistema de fuentes, en materia de contratación pública, que impone el derecho comunitario hace que para la interpretación y calificación jurídica de un contrato se tenga que partir del derecho comunitario⁵⁵.

En cualquier caso, no debe olvidarse que el tipo es un instrumento técnico-jurídico que sirve para garantizar la aplicación del derecho comunitario, pero que en ningún caso debe condicionar los intereses generales que tutela la Administración⁵⁶, imponiendo un determinado contrato, por el simple hecho de que el negocio jurídico que se quiere celebrar no encaja con el tipo.

⁵⁴ Díez SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, 2012, pág. 29: «... Precisamente sobre la base de las reglas de ejecución del contrato se ha construido la categoría del contrato administrativo, opuesta al contrato civil», pág. 33: «El derecho europeo ha actuado como un motor de transformación del derecho nacional de la contratación pública».

⁵⁵ En este sentido, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 18 de julio de 2007, Asunto C 382/05, dice que: «La cuestión de si los convenios controvertidos deben calificarse o no de concesiones de servicios debe apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario».

⁵⁶ Así, la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de mayo de 2010, sobre los nuevos aspectos de la política de contratación pública [2009/2175 (INI)], dice que: «... la decisión de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 9 de junio de 2009 (C-480/06), según la cual el Derecho comunitario no prescribe ninguna forma jurídica determinada a las autoridades públicas para el ejercicio conjunto de las funciones de interés público...».

Cierto es que las cuestiones relacionadas con la calificación jurídica del contrato podrían ser el nuevo caballo de Troya para eludir la aplicación de las reglas de publicidad, que sirven para garantizar la concurrencia y el cumplimiento de los objetivos comunitarios. Antes este caballo era la forma de personificación del ente que celebrara el contrato (fenómeno de la huída del derecho administrativo o huída del derecho de la contratación pública).

Se trataría de evitar las calificaciones artificiales de los contratos que llevarán a inaplicar el régimen de publicidad establecido en la normativa reguladora de la contratación pública para el contrato típico de que se trate.

Toda esta estructura ordinamental condiciona la calificación jurídica de los contratos, y en ella se advierten dos vectores contrapuestos: por un lado, el principio de libertad de pactos consagrado en el artículo 25.1 del TRLCSP, que permitiría a la Administración celebrar todo tipo de negocios jurídicos; y por otro, los principios de igualdad de trato y no discriminación por razón de la nacionalidad, que inspiran el derecho comunitario regulador de la contratación pública y que se materializan por medio de reglas relativas a la publicidad de los contratos típicos. Este segundo vector es el que imprime la rigidez a los tipos regulados por la Ley de Contratos.

4. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO UN NEGOCIO JURÍDICO ATÍPICO Y NOMINADO

4.1. CONSIDERACIONES SOBRE LA TIPICIDAD DE LOS CONTRATOS DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

El contrato de colaboración entre el sector público y el privado (CPP), tal y como está diseñado por el legislador, plantea dudas razonables en torno a la posibilidad de considerarlo como un negocio jurídico típico. El mismo es concebido como un instrumento financiero que permite la prestación de servicios por medio de la desconsolidación contable⁵⁷; por ese motivo los esfuerzos normativos sobre este tipo se han centrado en definir sus contornos financieros, desdibujando su regulación jurídica.

De la regulación del contrato se pueden destacar los siguientes aspectos: en primer lugar, a la hora de definirlo, el legislador lo hace con tanta amplitud (art. 11 TRLCSP) que cabe dentro

⁵⁷ COSCULLUELA MONTANER, L., prólogo al libro de HERNANDO RYDINGS, M., a *La colaboración público...*, *op. cit.*, pág. 29, dice que: «La utilidad más significativa del contrato de colaboración es que ofrece importantes ventajas en el cálculo del déficit público, amparándose en estas modalidades muy próximas a la llamada ingeniería contable, o contabilidad imaginativa». HERNANDO RYDINGS, M., a *La colaboración público...*, *op. cit.*, pág. 39, dice que: «...la justificación en la apuesta por este tipo de fórmulas obedecía a que logran casar dos necesidades contrapuestas; por un lado, acometer la construcción y renovación de las infraestructuras europeas de transporte –redes transeuropeas– y, por otro, respetar las restricciones presupuestarias y los límites de endeudamiento público fijados en el Tratado de Maastricht».

del mismo prácticamente cualquier prestación, siempre que la misma se encuentre marcada por la nota de la complejidad.

La amplitud con la que se configura el objeto del contrato encuentra su correlativo en la regulación legal que permite dotar de régimen jurídico a todo tipo de negocios complejos, exigiendo el legislador un mínimo (art. 136 TRLCSP), pero este mínimo es concebido con tanta amplitud e indeterminación que hace difícil hablar de un tipo, en el sentido de entender tipo, como contrato que cuenta con una regulación legal. Así, podríamos hablar de que el legislador concibe la tipicidad de estos contratos de una manera camaleónica, cuya *vis atractiva* se aproxima al tipo de contrato con el que guarda mayores similitudes; así se deduce de lo establecido en el artículo 136 en relación con el 313 del TRLCSP.

Así, con esta curiosa solución legislativa nos encontramos con que el CPP, en función de las características de su objeto, tendrá una regulación principal, que es la que se contiene en el documento contractual y para la que el legislador deja amplia libertad; y una regulación supletoria, que coincide con el tipo con el que guarde mayores similitudes. A la primera solución (régimen jurídico propio) ya había llegado el legislador con respecto a los contratos administrativos especiales (art. 19.2 TRLCSP).

Con base en lo expuesto, dependiendo del tipo de prestaciones del contrato, resulta complejo hablar de regulación legal o de tipicidad para estos contratos. Algún sector doctrinal los ha calificado, con gran acierto, como «modelos para armar» (GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.)⁵⁸, en el sentido de que permiten configurar un traje a medida de las necesidades de la Administración⁵⁹.

4.2. EL CONTRATO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA COMO UN NEGOCIO JURÍDICO «EXCLUSIVO»

La complejidad de las prestaciones y de la regulación del CPP ha provocado que se trate de una figura poco utilizada, cuyo uso se reserva para pactar negocios complejos por Administraciones que disponen de servicios técnicos capaces de liderar la licitación de ese tipo de contratos⁶⁰.

⁵⁸ GONZÁLEZ GARCÍA, J. V.: «Contrato de colaboración público privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006.

⁵⁹ HERNANDO RYDINGS, M.: *La colaboración público privada...*, *op. cit.*, pág. 39, dice que: «... el sector público, por su parte, fija objetivos, define los estándares requeridos para alcanzarlos y protege el interés público y el sector privado, a su vez, aporta la disciplina del mercado, su experiencia empresarial y enfoca las necesidades de los usuarios del servicio».

⁶⁰ COSCULLUELA MONTANER, L., prólogo al libro de HERNANDO RYDINGS, M.: *La colaboración público...*, *op. cit.*, pág. 32, dice que: «Lo cierto es que las dificultades de utilización de este tipo de contrato han hecho que, por el momento, no se haya utilizado sino en contadas ocasiones, lo que motiva que la autora entienda que quizás la regulación española busque desincentivar su utilización habida cuenta de las exigencias de control del déficit a largo plazo. Tan solo en el sector energético este tipo de contrato ha encontrado un marco favorable a través del Plan de

La «exclusividad» presenta dos planos diferenciados, uno subjetivo, que viene motivado por la propia estructura interna de la Administración, que para concertar este tipo de contratos tan complejos debe disponer de unos servicios técnicos lo suficientemente cualificados como proyectar este tipo de negocios jurídicos; y por lo que respecta al plano objetivo, el negocio debe ser lo suficientemente complejo como para merecer la calificación de CPP.

Lo anterior conduce a que para lograr modelos prestacionales que busquen la colaboración financiera de los usuarios, o alternativas de financiación distintas del pago exclusivo por la Administración, se deba acudir a los contratos de concesión de obra pública o de gestión de servicios públicos.

Pero, si nos situáramos más allá de las rigideces del tipo, veríamos cómo la autonomía de la voluntad que tienen las Administraciones públicas, para diseñar todo tipo de negocios jurídicos, abre la puerta a alternativas viables de reequilibrio del gasto público. Siendo posible, en derecho, buscar y encontrar modelos prestacionales que bajo determinados requisitos son susceptibles de calificarse como de contratos administrativos especiales.

5. EL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL COMO ALTERNATIVA NO COMPLEJA PARA PRESTAR SERVICIOS A LOS CIUDADANOS SIN CONSOLIDAR GASTO

5.1. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

El origen de la actual figura del contrato administrativo especial lo sitúo en el año 1965, con motivo de la promulgación de la Ley de Contratos del Estado, que crea la figura del contrato administrativo por naturaleza⁶¹. La solución del legislador en ese momento se puede resumir de la siguiente manera: tipifica tres contratos administrativos (obras, suministros y gestión de servicio público), y reconduce a la figura del contrato administrativo por naturaleza todas aquellas modalidades contractuales, en las que la Administración tiene que actuar investida de *imperium*

Eficiencia Energética, que ha favorecido su utilización en particular para ser aplicado en las instalaciones que albergan sedes administrativas».

⁶¹ Sobre esta figura escribía PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «La nueva Ley de contratos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 47, 1965, pág. 427, que: «Tanta ansia de precisión nos parece realmente innecesaria y peligrosa, y por ello creemos que lo más razonable será prescindir de estos preceptos y entender, de conformidad con la Ley de Bases y la tradición de nuestro Derecho, que los contratos de la Administración no regulados específicamente en el texto articulado se rigen por el Derecho civil, el Derecho mercantil o Derecho laboras o las Leyes especiales cuando existan, sin perjuicio de que si tienen por finalidad obras o servicios públicos, sean competencia de la jurisdicción contencioso administrativa y no de la jurisdicción ordinaria, en donde seguirán principalmente radicados los contratos que se refieran a la gestión del patrimonio privado de la Administración».

(ejerciendo potestades públicas) porque así lo aconseja el interés público. Así, el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado de 1965 decía que:

«Los contratos del Estado que reconozcan un objeto diferente de los enumerados en el artículo 1 de esta Ley, como los de compraventa de inmuebles, de muebles que no tengan la consideración de suministros, préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, explotación patrimonial, laborales o cualesquiera otros, se regirán por su normas privativas y, en su defecto, se observarán las reglas siguientes:

Quando se trate de contratos que, según su naturaleza, deban quedar sometidos al ordenamiento jurídico administrativo, este funcionará como derecho supletorio, siendo peculiarmente aplicables con tal carácter las normas contenidas en esta Ley.

Si la naturaleza del contrato excluye la aplicación general del ordenamiento jurídico administrativo se observarán, no obstante, los principios establecidos en esta Ley sobre competencia y procedimiento, a falta de reglas específicas al respecto, sin perjuicio de acudir como Derecho supletorio a las leyes civiles o mercantiles⁶²».

El artículo 19 señalaba que:

«Los contratos que celebre el Estado que carezcan en el ordenamiento jurídico de régimen específico se regularán, según su naturaleza, conforme a los principios consagrados en los párrafos segundo y tercero del artículo anterior⁶³».

La terminología utilizada por el legislador es confusa, ya que la noción «contrato administrativo» por naturaleza alude a una cualidad intrínseca del contrato, si bien no se parametrizan los criterios sobre los que se puede llegar a la calificación del contrato. Esta parametrización se produce por medio del artículo 8 del Reglamento de Contratos del Estado, que decía que:

«Deben quedar sometidos al ordenamiento jurídico-administrativo por razón de su naturaleza, además de los contratos de obras, de gestión de servicios, de suminis-

⁶² RIVERO YSERN, E.: «El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso administrativa y civil», *Revista de Administración Pública*, núm. 67, 1972, pág. 219, dice que: «La enumeración que hace este artículo no es, como puede apreciarse exhaustiva, sino ejemplificativa».

⁶³ PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «La nueva Ley de contratos del Estado», *op. cit.*, pág. 427, dice que de la lectura de los dos preceptos (arts. 18 y 19 de la ley) parece deducirse las siguientes clases de contratos: 1.ª contratos típicos, que son los de obras, suministros y gestión de servicios, con regulación completa en la ley; 2.ª contratos con régimen jurídico específico y por naturaleza administrativos (apdo. 2.º del art. 18); 3.ª contratos con régimen jurídico específico y por naturaleza civiles (art. 18, párr. 3.º); 4.ª contratos sin régimen jurídico específico y por naturaleza civiles (art. 19, en relación con el párr. 2.º del art. 18); 5.ª, y por último, los contratos sin régimen jurídico específico y por naturaleza civiles (art. 19, en relación con el párr. 2.º del art. 18).

tros y los designados expresamente en el presente Reglamento general, aquellos otros en los que coincidan las siguientes circunstancias:

1. Que la prestación a que se haya comprometido a entregar el particular esté directamente vinculada a las necesidades de un servicio público que requiera precisamente aquella prestación para el desenvolvimiento regular.
2. Que las obligaciones del contrato particular exijan un tiempo de ejecución o revistan características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público durante el desarrollo del contrato».

Poco aporta el precepto reproducido, ya que los criterios de calificación son excesivamente amplios, a saber, la vinculación las necesidades de servicio público, siempre que sean precisas para el desenvolvimiento regular del mismo, y aspectos vinculados con las obligaciones de interés público.

El siguiente paso en la evolución normativa de esta categoría tiene lugar en el año 1973, por medio de la Ley de 17 de marzo de 1973, que modifica la Ley de Contratos del Estado de 1965, haciendo que desaparezca la categoría del contrato administrativo por naturaleza, poniendo en su lugar los *contratos administrativos especiales*.

La nueva configuración de la contratación del Estado queda reflejada en el artículo 4 de la ley:

«El régimen jurídico de los contratos que celebre la Administración se ajustará a las siguientes reglas:

1.^a Los contratos cuyo objeto directo sea la ejecución de obras y la gestión de servicios públicos del Estado, así como la prestación de suministros al mismo, tienen carácter administrativos y su preparación, adjudicación, efectos y extinción se regirán por la presente Ley y sus disposiciones reglamentarias y, supletoriamente, por las restantes normas del Derecho administrativo. En defecto de este último serán de aplicación las normas de Derecho privado.

2.^a Los contratos distintos de los anteriores, como los de contenido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamiento, sociedad y cualesquiera otros, que tengan carácter administrativo, por declararlo así una Ley, por su directa vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o por revestir características intrínsecas que hagan precisa una especial tutela del interés público para el desarrollo del contrato, se regirán, en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por sus normas administrativas especiales; en su defecto, y por analogía, por las disposiciones de la presente Ley relativas a los contratos de obras, gestión de servicios y suministros y finalmente por las demás normas de derecho administrativo. En defecto de este último, serán de aplicación las normas de Derecho privado».

Como puede comprobarse la desaparición de la figura del contrato administrativo por naturaleza no significa la expulsión del régimen jurídico-administrativo de los contratos instrumentales, por el contrario estos pueden reconducirse al régimen previsto en el artículo 4.2.

Pero además significa la definitiva independización de estos contratos respecto de los tres grandes contratos típicos: obra pública, gestión de servicios públicos o suministros. A partir de ahora no va ser necesaria la conexión con estos grandes contratos para justificar su existencia y especialidad. Se advierte pues un claro desbordamiento de los tipos contractuales clásicos y un intento de contención por medio de la figura del contrato administrativo por naturaleza/administrativo especial, que aparece como una especie de cajón de sastre al que pueden reconducirse todas las prestaciones dispersas que pudieran existir y que no fueran susceptibles de encuadrarse dentro de uno de los contratos típicos que crea la ley.

A modo de conclusión de este apartado, se puede afirmar que el contrato administrativo especial nace como un mecanismo para aliviar las rigideces que impone la tipicidad, permitiendo someter a un régimen jurídico administrativo negocios jurídicos atípicos, siempre que se encuentren vinculados al giro o tráfico específico de la Administración, o a una finalidad competencia específica de la Administración contratante⁶⁴.

5.2. SIGNIFICACIÓN ACTUAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL. CONSIDERACIONES ACERCA DE SU IMPORTANCIA EN LA ACTUALIDAD

El rigor del principio de tipicidad no resta al contrato administrativo especial de valor en estos momentos, el mismo se sitúa en un punto intermedio entre el contrato de servicios y el de gestión de servicio público. En nuestro ordenamiento jurídico la calificación de un contrato como el de gestión de servicio público descansa sobre el hecho de que el servicio en cuestión esté elevado al Olimpo de los servicios, mediante un acto administrativo consistente en la declaración como tal (*publicatio*). Esa circunstancia abre la puerta a las fórmulas de colaboración financiera por parte de los usuarios, con lo que se permite una mayor sostenibilidad del recurso en cuestión⁶⁵.

Pero ahora nos preguntamos: ¿qué ocurre con la posibilidad de buscar colaboración financiera por parte de los usuarios del servicio, cuando el servicio no es calificado como público?

Pues bien, en estos casos, sería posible buscar esa sostenibilidad financiera o colaboración en la financiación por medio de la figura del contrato administrativo especial. La am-

⁶⁴ Sobre los dos elementos definatorios del contrato administrativo especial, debe destacarse que los mismos constituyen una aportación de nuestra mejor doctrina, así el criterio del giro o tráfico específico es una aportación de GARCÍA DE ENTERRÍA, E., mientras que el elemento de la competencia constituye una elaboración de VILLAR PALASÍ, J. L. En este sentido, puede consultarse a VILLAR PALASÍ, J. L.: *Apuntes de derecho administrativo. Parte General. Tomo II*, UNED, 1974, Madrid.

⁶⁵ Estas modalidades son la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.

plitud con la que se configura este contrato, unida a su vinculación al tráfico jurídico de la Administración, abre la puerta a la comentada herramienta como elemento alternativo para lograr la financiación por los particulares del servicio de que se trate. Así, por medio de esta figura se puede buscar que, en contratos con prestaciones propias del contrato de servicios, se introduzca un copago que permita a los usuarios abonar parte del coste del *servicio*, o incluso la totalidad del mismo.

El contrato administrativo especial presenta como ventaja frente al CPP que se trata de una modalidad contractual que no requiere que la prestación sobre la que se aplica sea compleja, lo que aumenta considerablemente sus posibilidades de uso, ya que no se ve contagiado por la complejidad, subjetiva y objetiva de la que hemos hablado. De esta manera, la rigidez del tipo se ve superada con el uso de la figura del contrato administrativo especial, que se alimenta del principio de libertad de pactos que inspira la contratación pública (art. 25.1 TRLCSP).

Cierto es que la figura del contrato administrativo especial alimenta cierta susceptibilidad, en el sentido de que la misma puede considerarse como un instrumento por medio del cual eludir la publicidad comunitaria, restringiendo la concurrencia. No obstante lo anterior, me gustaría comentar una serie de medidas que permitan acabar con estas susceptibilidades:

- La primera consistiría en hacer un ejercicio de memoria y recodar cómo el legislador en el año 1973 aplicaba analógicamente a los contratos administrativos las normas de los contratos típicos. En este caso, una buena solución consistiría en aplicar las normas de publicidad correspondientes al tipo de contrato que más se asemeje, esto es, con el que guarde una mayor identidad sustancial. Esta medida es viable en la actualidad, pero no es obligatoria, se situaría más en el campo de las buenas prácticas administrativas. Téngase en cuenta que la publicidad que se establece en la ley es mínima, los órganos de contratación pueden optar por ampliar ese mínimo. Otra opción es la que nos ofrece el legislador para los CPP, que son considerados, independientemente de su cuantía, como contratos sujetos a regulación armonizada (art. 13 TRLCSP); en todo caso esta solución conllevaría una modificación legislativa.
- La segunda, aunque pudiera resultar evidente, consistiría en destacar que los rigores propios de la contratación administrativa hacen perder la perspectiva que ofrece la propia institución contractual. En concreto, el valor que aporta uno de sus elementos esenciales, cual es la causa (art. 1261 CC). Por medio de la causa se puede bucear en la auténtica finalidad del contrato, para ver si el mismo tiene por objeto eludir la publicidad legal, o si por el contrario persigue intereses públicos⁶⁶.

⁶⁶ GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Contratos administrativos especiales (I)», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 100, pág. 60, dice que: «Precisamente, por encontrarse directamente ligados al giro o tráfico administrativo, las SSTSJ de Andalucía (Málaga, Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 30 de junio de 2004 y de 21 de marzo de

A estas dos soluciones se podrían añadir muchas más que contribuyeran a mejorar esta figura. En los últimos años, si hubiera un rasgo que no pareciera aplicable a la legislación en materia de contratación pública, sería el del inmovilismo. Se trata de una legislación sometida a cambios continuos. No obstante, esta motorización legislativa no ha afectado al contrato administrativo especial, que sigue invariablemente anclado en el año 1973, ignorando la adhesión de España a la Unión Europea y los rigores que esa regulación impone a nuestra contratación administrativa. Ese inmovilismo, por parte del legislador, ha impedido que esta modalidad se integrara de una manera armónica con los postulados comunitarios, lo que le habría permitido pervivir sin la consideración residual que tiene en la actualidad⁶⁷.

Con medidas tan simples como considerar a los contratos administrativos especiales, como sujetos a regulación armonizada, o mantener la aplicación analógica de las normas de publicidad, se conseguiría integrar este tipo que ampara negocios jurídicos atípicos dentro del sistema regulador de la contratación pública, eliminando las disfuncionalidades de que adolecen.

El carácter residual del contrato, unido a su parca regulación, ha provocado que nos encontremos ante una figura poco utilizada, y que cuando se usa se haga de una manera asistemática, sin unidad de criterio.

6. PERSPECTIVAS DE FUTURO DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

6.1. INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA EVOLUCIÓN NORMATIVA DEL CONTRATO

Como ya sabemos, el futuro de la contratación pública se encuentra marcado por la propuesta de la Directiva de Contratación, que tiene entre sus objetivos declarados aumentar la eficiencia del gasto público⁶⁸ y mejorar la contratación pública en apoyo de los objetivos sociales

2006 consideran contratos administrativo especiales aquellos que tienen por objeto el transporte de agua mediante cisternas».

⁶⁷ GALLEGO CÓRCOLES, I.: «Contratos administrativos especiales», *op. cit.*, pág. 60, dice que: «Como se comprobará a lo largo de este informe, se advierte una tendencia a interpretar de forma restrictiva los conceptos de "giro y tráfico administrativo", lo que hace que la categoría de los contratos administrativos especiales se configuren cada vez más como una especie residual».

⁶⁸ 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».

y de protección del medioambiente comunes a los países miembros⁶⁹, contribuyendo a estimular el crecimiento y al logro de las prioridades establecidas por medio de la Estrategia Europa 2020.

También hay que destacar la propuesta de la 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 (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 M CCP; y por otro, los intentos recientes de aumentar 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 M CCP.

6.2. LA FUTURA REGULACIÓN COMUNITARIA DE LA CONCESIÓN DE SERVICIOS COMO REGULACIÓN DE CIERRE DEL ESPACIO VITAL DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO ESPECIAL

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 figura⁷⁰. Mediante esta nueva regulación se conseguirán dos objetivos esenciales, que son incrementar la seguridad jurídica del tráfico asociado a estos tipos contractuales⁷¹ y aumentar el ámbito del M CCP, incrementado la transparencia, concurrencia y competitividad en este sector de la actividad pública⁷².

⁶⁹ 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».

⁷⁰ 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».

⁷¹ 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».

⁷² 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

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*⁷³, siendo el mismo el límite para la ecuación financiera del contrato; si el contrato contiene fórmulas para paliar las pérdidas y cubrir ese mínimo⁷⁴, no puede calificarse como de concesión de servicios.

Así, en el artículo 2.1 de la propuesta de la Directiva 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 conjunción 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 entes que 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 operacio-

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».

⁷³ 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.

⁷⁴ Resulta especialmente clarificadora la Exposición de Motivos de la propuesta de la Directiva de Concesión, 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».

nal 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;
- 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 exige que no se garantice la cobertura de las inversiones realizadas.

La transposición de la nueva directiva al ordenamiento nacional, si se hace de una manera adecuada, esto es, no haciendo descansar el concepto de contrato de concesión de servicio sobre el tipo servicio público, supondrá la tipificación de los negocios como los que proponemos en este trabajo, que ahora ya no podrán ampararse bajo la modalidad del contrato administrativo especial.

7. CONCLUSIONES

En el momento de crisis económica que vive España en la actualidad, los órganos de contratación de las Administraciones públicas no pueden permitirse el lujo de prescindir de determinadas modalidades contractuales que les permiten buscar una mejor sostenibilidad financiera de los servicios cuya prestación tienen encomendada. Constituye un error imperdonable que, bajo el paraguas de la publicidad y del fomento de la competencia, se veten determinados negocios jurídicos más eficientes desde el punto de vista financiero.

Hay que recuperar la figura del contrato administrativo especial adaptándola a los tiempos por medio de las buenas prácticas administrativas, lo que conducirá a su publicación en términos análogos a como lo hacen los contratos similares. De esta manera se evitan susceptibilidades y

se conseguiría traer al tráfico jurídico habitual de la Administración una figura que está llamada a dar mucho juego.

Por último, el ámbito del contrato administrativo especial tiene una fecha de caducidad que coincidirá con la transposición de la nueva directiva de contratos; con la misma se tipificará el negocio que proponemos como concesión de servicios, restando ámbito al contrato administrativo especial.

Bibliografía

CARMONA CUENCA, E. [2000]: *El estado social de derecho en la constitución*, edita el Consejo Económico y Social, Madrid.

COSCULLUELA MONTANER, L. [2012]: prólogo al libro de HERNANDO RYDINGS, M.: *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Madrid.

DE CASTRO BRAVO, F. [2002]: *El negocio jurídico*, Civitas, Madrid (reimpresión).

GALLEGRO CÓRCOLES, I.: «Contratos administrativos especiales (I)», *Revista Contratación Administrativa Práctica*, n.º 100.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. [2006]: «Contrato de colaboración público privada», *Revista de Administración Pública*, núm. 170.

HERNANDO RYDINGS, M. [2012]: *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Madrid.

HUELÍN MARTÍNEZ DE VELASCO, J. [2006]: «Jurisprudencia en materia de contratos administrativos: el concepto de poder adjudicador y las garantías jurisdiccionales», en *Análisis de la jurisprudencia comunitaria en materia tributaria, de contratos y de medio ambiente*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

LA CRUZ BERDEJO y otros [2007]: *II Derecho de Obligaciones. Volumen primero. Parte general. Teoría General del Contrato*, Dykinson, Madrid.

O' CALLAGHAN, X. [2008]: *Compendio de derecho civil. Tomo II. Derecho de obligaciones*, quinta edición, Dijusa, Madrid.

PARADA VÁZQUEZ, J. R. [1965]: «La nueva Ley de contratos del Estado», *Revista de Administración Pública*, núm. 47.

PAREJO GAMIR, R. [1968]: «Los contratos administrativos atípicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 55.

PIÑAR MAÑAS, J. L. [2004]: «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, Madrid.

RIVERO YSERN, E. [1972]: «El contrato administrativo ante las jurisdicciones contencioso administrativa y civil», *Revista de Administración Pública*, núm. 67.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, J. [2013]: «Sobre las transformaciones del derecho público, de León Duguit», *Revista de Administración Pública*, núm. 190.

SAMANIEGO BORDIÚ, G. [1994]: «El control del derecho comunitario de los contratos públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 133.

VAQUER CABALLERÍA, M. [2011]: «El criterio de eficiencia en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 186.