

UN NUEVO CRITERIO DE DISTINCIÓN DEL CONTRATO DE SERVICIOS Y EL DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. ¿ES NECESARIA UNA INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO?

LUIS SALVADOR GIRALDES GUTIÉRREZ

*Jefe del Departamento de Actividades Educativas,
de la Dirección General de Educación y Juventud,
del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales
del Ayuntamiento de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

Extracto:

EN este trabajo se propone hacer uso de la normativa comunitaria para interpretar y aplicar la Ley de Contratos del Sector Público, con ese ejercicio se intenta resaltar la importancia creciente que tiene esta normativa en el momento actual. La interpretación de las normas reguladoras de la contratación pública que se haga en los países miembros de la Unión Europea debe conducir a garantizar la aplicación de la misma. Una de las cuestiones esenciales que se tratan a lo largo de estas líneas es la consistente en aportar un nuevo criterio de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, se trata de aportar un criterio de distinción actual y que se fundamente en las diferencias de fondo existentes entre las dos modalidades contractuales. Por otro lado, se advierte la existencia de una distorsión en la transposición nacional del contrato de gestión de servicios públicos que se trata de solucionar por medio de una interpretación conforme con el derecho comunitario.

Palabras clave: contrato de servicios, contrato de gestión de servicios públicos, derecho comunitario.

A NEW CHOOSING CRITERIA BETWEEN THE SERVICES CONTRACT AND THE PUBLIC SERVICES CONTRACT IN THE SPANISH LEGAL SYSTEM. IS IT NECESSARY AN ACCORDING INTERPRETATION OF THE SPANISH LAW?

LUIS SALVADOR GIRALDES GUTIÉRREZ

*Jefe del Departamento de Actividades Educativas,
de la Dirección General de Educación y Juventud,
del Área de Gobierno de Familia y Servicios Sociales
del Ayuntamiento de Madrid*

Este trabajo ha sido seleccionado para su publicación por: don Pablo Lucas MURILLO DE LA CUEVA, don Juan Miguel DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, don Pedro GONZÁLEZ TREVIJANO, don Luis Felipe LÓPEZ ÁLVAREZ, don Jaime RODRÍGUEZ ARANA y don Juan José SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA.

Abstract:

THIS review proposes to make use of the EC legislation and apply the Public Sector Procurement Act, with that exercise the growing importance of this regulation is intended to be highlighted. The interpretation of the laws regulating the Public Procurement made in the countries belonging to the EC must lead to its enforcement. One of the essential questions discussed through these lines is the one consisting on providing a new choosing criteria between the Services Contract and the Public Services Contract, the aim is providing a criterion of present distinction that is well supported on the thorough differences between the two contractual forms. On the other hand it is possible to observe a distortion in the Incorporation into New Law of the Managing Services Public Service Contract that is intended to be resolved through an interpretation of the EC Law.

Keywords: services contract, managing public services contract, EC law.

Sumario

- I. Consideraciones generales y planteamiento inicial del problema. (Análisis del contexto histórico en el que se mueve la Administración en la actualidad).
- II. El derecho comunitario de la contratación pública: objetivos generales, interpretación finalista de la directiva de contratos.
- III. Breve referencia a la evolución histórica de los dos tipos contractuales. En particular, análisis de los aspectos diferenciales y de la evolución que han sufrido los mismos.
- IV. Precisiones conceptuales.
 1. Concepto de contrato de gestión de servicios públicos y de contrato de servicios.
 2. Reflexiones finales en torno a las dos figuras.
- V. Motivos que justifican la diferenciación.
- VI. Criterios de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos.
 1. Criterio del destinatario del servicio.
 2. Otro criterio de distinción parcial: el contenido económico del contrato de gestión de servicios públicos que lo debe hacer susceptible de explotación por empresarios particulares.
 3. Criterio de la existencia de tarifa.
 4. El criterio del servicio público.
 5. Último criterio de distinción. El criterio del titular de la explotación del servicio, o responsable de la organización.
 6. Reflexiones finales acerca de los criterios de distinción analizados.
- VII. Interpretación conforme.
- VIII. Razones que justifican el error en la transposición de la normativa comunitaria en materia de contratos públicos.
- IX. Conclusiones.

Bibliografía.

I. CONSIDERACIONES GENERALES Y PLANTEAMIENTO INICIAL DEL PROBLEMA. (ANÁLISIS DEL CONTEXTO HISTÓRICO EN EL QUE SE MUEVE LA ADMINISTRACIÓN EN LA ACTUALIDAD)

El ordenamiento jurídico ofrece a los operadores jurídicos diferentes alternativas para afrontar los avatares que se les plantean en el desarrollo de sus actividades. Uno de esos operadores está formado por el conjunto o conglomerado de entes que integran las Administraciones Públicas ¹, estas entidades a la hora de planificar la gestión de sus servicios o actividades cuentan con varias opciones que van desde la posibilidad de prestar directamente el servicio de que se trate, hasta la posibilidad de encomendar el servicio a una empresa. En este último caso el abanico se expande y descompone en una doble opción: una primera, consistente en continuar asumiendo la responsabilidad en la organización del servicio, buscando una colaboración con empresas del sector privado (esta opción se canaliza por conducto del contrato de servicios), o trasladar la responsabilidad de la gestión al contratista (esto se consigue por medio del contrato de gestión de servicios públicos). Creo que la diferencia esencial entre ambos tipos contractuales es la que he apuntado anteriormente, esto es, en el contrato de gestión de servicios públicos la responsabilidad de la gestión y organización del servicio la asume el contratista, mientras que en el contrato de servicios continúa detentando esa responsabilidad la Administración, por ese motivo considero necesario ofrecer un nuevo criterio de distinción entre esos dos tipos contractuales que se fundamente en las diferencias de fondo que existen entre los mismos.

Hay que señalar que el derecho, el ordenamiento jurídico y los criterios de interpretación de las normas e instituciones son cambiantes, especialmente en el caso de las instituciones reguladas por el derecho administrativo, ya que esta rama del derecho tiene una íntima conexión con la sociedad ². La motorización legislativa de la que hablaba a mediados del siglo XX Carl SCHMITT ³ puede

¹ Para ver los entes que integran el sector público a los efectos de contratación hay que acudir a lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en adelante LCSP.

² VILLAR PALASI, J.L.: «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3, pág. 54, dice que: «Las antiguas fronteras entre el Estado y la Sociedad han sido franqueadas. Hoy el Estado no se enfrenta a la realidad social considerándola como un orden preformado, sino que centra precisamente su máximo de actuación en la conformación de este orden». Sobre las conexiones entre Administración y sociedad, creo que son especialmente significativas las aportaciones de MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, A. en «La Administración asediada», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, pág. 806, dice citando a Luis JORDANA DE POZAS que: «... la Administración se encuentra tras de todo ciudadano, como la sombra al cuerpo, ya que ni siquiera se puede cruzar la calle sin observar las normas del Código de Circulación».

³ Sobre la problemática, que desde el punto de vista legislativo representa el derecho administrativo, debemos citar al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, E. en *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, reimpresión 2000, pág. 48 que dice que: «Frente a lo que Maurice Hauriou llamaba aún, a comienzos de este siglo, la *sage lenteur*, la sabia lentitud, de las Asambleas deliberantes en el estudio y reflexión sobre las leyes, que venían creando en cuanto a perfeccionar y pulir el cuadro riguroso que habían establecido los grandes códigos, Carl SCHMITT pudo hablar

expandirse a la interpretación de las normas, actividad que se encuentra amparada en el propio Código civil⁴, el hecho de que un determinado criterio de distinción entre dos contratos típicos se encuentre amparado por una tradición interpretativa consolidada no debe ser obstáculo para buscar nuevos criterios de distinción que se ajusten mejor a la realidad social de un determinado momento y que abunden en la finalidad de ambos contratos.

Afirmar en estas líneas la importancia que tiene el derecho comunitario en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas españolas no es nada nuevo, no obstante, debe reiterarse y acentuarse en el caso de la contratación pública. El derecho comunitario (integrado por la directiva de contratos, los principios inspiradores de la contratación pública y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) debe ser la guía que oriente la interpretación de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, provocando que se desplacen los viejos criterios interpretativos de la normativa de contratos, siendo sustituidos por otros procedentes del derecho comunitario.

Una de las herramientas jurídicas de las que dispone el intérprete del derecho para salvaguardar el cumplimiento del derecho comunitario es la interpretación conforme⁵, para que la misma se produzca es preciso que previamente exista una distorsión entre el derecho interno y el derecho comunitario. En este trabajo se trata de subrayar una distorsión en el sentido apuntado, proponiéndose para solucionarla una interpretación conforme con la directiva de contratos (Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios).

Por otra parte, los entes que integran el sector público, actualmente, se mueven en un mundo globalizado, este fenómeno de la globalización no le puede ser indiferente ni a la Administración, ni a su derecho (derecho administrativo)⁶, ni a las técnicas de gestión e intervención de que dispo-

ya en 1946 de la "legislación motorizada". Ortega (individuo y organización, conferencia de Darmstaap) denunció igualmente en 1953 "legislación incontinente"...». Se ha establecido, sigue diciendo «la tendencia natural en el Estado a reglamentarlo todo, aunque la situación de peligro desaparezca, lo que trae consigo que se perpetúe esa impresión de peligro y que el individuo se sienta constantemente, como el personaje de Kafka, reo de no sabe qué posibles delitos».

⁴ En este sentido el artículo 3.1 del Código civil dice que: «Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativo y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas». Parece que en este caso se impone realizar un esfuerzo conceptual, conducente a abundar en la distinción en base a la finalidad que cumplen ambos contratos.

⁵ Acerca de la interpretación conforme con las directivas ya se tendrá ocasión de profundizar en las próximas líneas, para ir abriendo boca son interesantes las reflexiones que acerca de esta técnica interpretativa aplicada al texto constitucional hace LUCAS VERDÚ, P. en el prólogo al libro de PERALTA, R.: *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid, dice: «En principio la interpretación conforme a la Constitución parece obvia: fácilmente se desprende de los conceptos de primacía formal y material del texto constitucional sobre las restantes normas del ordenamiento jurídico. En el caso de la interpretación conforme de las directivas, la misma se fundamenta en la primacía de los objetivos a buscar por el legislador comunitario, sobre los posibles impedimentos que se podrían plantear en el plano interno».

⁶ Sobre los efectos que tiene la globalización sobre el derecho puede consultarse, el artículo de CASSESE, S.: «El espacio jurídico global», *Revista de Administración Pública*, núm. 157; el interesantísimo artículo de BALLBÉ, M.: «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, núm. 174.

ne la Administración. Es característica propia de la globalización el continuo cambio, hay que tener en cuenta que uno de los factores que más han influido en este fenómeno es el desarrollo que se ha producido de las nuevas tecnologías de la comunicación. Parece lógico que este cambio o dinamismo revierta en mayores exigencias para la Administración, que se ve impulsada a buscar mecanismos, instrumentos para conectarse con ese dinamismo. Asimismo, existen dudas sobre si las estructuras burocráticas clásicas serán capaces de adaptarse a este dinamismo social, en este sentido se puede apuntar que las Administraciones españolas ya no son esas tortugas lentas que se movían bajo la influencia del modelo diseñado por Max WEBER, pero tampoco son guepardos capaces de responder al instante a las necesidades que plantea una sociedad cambiante. Parte del cambio, conducente a adaptarse al dinamismo social puede provenir de las entrañas de la Administración ⁷; pero otra parte, quizás la cuantitativamente más importante, debe provenir del sector privado, más dinámico y cambiante, y por ello con una mejor capacidad para adaptarse al dinamismo social, además parece que en este momento ya se han abandonado o por lo menos matizado los viejos recelos a encomendar la prestación de servicios a sujetos provenientes del sector privado que siempre han existido en España ⁸.

A grandes rasgos esta es la realidad a la que se enfrenta la Administración y el derecho administrativo en el momento actual.

Dentro de la realidad a la que se enfrenta la Administración, los contratos de servicios y el de gestión de servicios públicos están llamados a jugar un papel de relevancia debido a que la Administración no puede (o no quiere) satisfacer con sus propios medios las necesidades que le plantea esta nueva sociedad cambiante y dinámica ⁹, por ello tiene que acudir a la colaboración externa para cumplir sus objetivos, es precisamente en este punto donde entra la figura del contrato del sector público de servicios y el de gestión de servicios públicos ¹⁰.

⁷ Se puede pensar dentro de las líneas estratégicas de cambio interno, la mejora de la formación de los funcionarios, cambios en la política retributiva y de ascensos, dejando de ser la antigüedad un factor determinante de la promoción, etc.

⁸ Sobre el recelo que suscitó en el pasado este fenómeno, el profesor SOSA WAGNER, en *Juristas en la segunda república*, Marcial Pons, pág. 117, recuerda las palabras que al respecto pronunciaba Antonio ROYO VILLANOVA: «... Royo descarta que el servicio pudiera "abandonarse a los interesados" prescindiendo de toda idea de capacidad, pues –pregunta– "¿Quiénes son los interesados?" La cualificación técnica es fundamental, pero de nada valdría si quienes la poseen "no sintieran el valor moral de su función". Por ello "hay un elemento personalísimo de gran valor espiritual, que es el resorte indispensable para toda obra colectiva, en la que el sujeto pone el ideal fuera y aun lejos de sí mismo: es la vocación. Si ha de ser el Estado definidor jurídico y el órgano administrativo de la solidaridad social, es preciso que los servicios públicos estén impregnados de ese espíritu generoso, altruista, de amplia y efusiva fraternidad humana"».

⁹ Los motivos de las carencias de la Administración son múltiples, van desde las carencias de efectivos que presentan las plantillas administrativas, hasta los avances tecnológicos, a los que se adapta con mayor rapidez el sector privado.

¹⁰ Quiero añadir, aunque sea haciendo uso de este pie de página, otro factor consistente en recordar que España se encuentra inmersa en un proceso de integración supranacional, imponiéndose por parte de las instituciones comunitarias importantes restricciones en materia presupuestaria, por lo que el mantenimiento de la estabilidad presupuestaria y la contención del déficit público es otro de los factores que condicionan el actuar de la Administración. En este sentido, puede consultarse el trabajo de PASCUA MATEO, F.: «Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales», *Revista de Administración Pública*, núm. 158, dice que: «En efecto, el proceso, diseñado por el Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, y culminado, salvo a los meros efectos de circulación de billetes y monedas que ha llenado las conversaciones del inicio de 2002, con el Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 3 de mayo de 1998, ha supuesto la adopción por todos los miembros de la moneda única de una serie de importantes compromisos de estabilidad económica. Estos, en lo relativo al equilibrio presupuestario, se concretaron en

La nueva concepción de la Administración (o del sector público ¹¹) y del derecho administrativo conduce a pensar en la utilización o extrapolación de algunos de los principios que inspiran el actuar de las sociedades que se rigen por el derecho privado al derecho administrativo ¹², en particular, el hecho de que la Administración debe centrarse en intervenir en aquellos sectores o actividades en las que es especialmente eficaz ¹³, dejando a la iniciativa privada el resto de sus intervenciones. Una visión como la expuesta se fundamenta en tres motivos, el primero, consiste en el adelgazamiento de las estructuras burocráticas, disminuyendo el coste económico que las mismas representan ¹⁴; el segundo, consiste en que con una medida como la propuesta se estaría fomentando la implicación del sector privado en la prestación de servicios a la sociedad, creándose un mercado de contratos públicos que sirve para incentivar la economía y crear riqueza, así como para aumentar la competitividad entre las empresas ¹⁵; y, finalmente, aunque resulte evidente, es que si una entidad privada presta mejor el servicio, resulta antieconómico defender que el mismo se preste por el sector público ¹⁶.

la previsión del artículo 104 c) (hoy art. 104) del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) de que "los Estados miembros evitarán déficit públicos excesivos". Dicha previsión se concretaba en un Protocolo anexo que cuantificó la situación anterior en un déficit superior al 3 por 100 del PIB a precios de mercado, así como en un procedimiento aplicable a cada Estado en caso de incurrir en dicha situación y que impediría de producirse, en el momento de examinar los países aptos para ingresar en el Euro, la superación de tal examen».

¹¹ El término sector público se ajusta mejor a las previsiones de la nueva Ley de Contratos.

¹² La Administración no debe moverse conforme a los principios decimonónicos que inspiraban su actuar en el Estado liberal, sino que ahora debe buscar nuevos principios, nuevas reglas de actuación, siendo estos nuevos principios los que le servirán para justificar su propia existencia en el mundo global al que tiene que atender.

¹³ SAMANIEGO BORDIÚ, G.: «La regulación española y europea de los contratos públicos de servicios», en la obra colectiva coordinada por GÓMEZ FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª edición, Thomson-Civitas, dice que: «La contratación de bienes y servicios externos por cualquier clase de organización ha cambiado mucho en las últimas décadas. Las empresas han descubierto, en efecto, que la ventaja competitiva que les hace líderes en el mercado no está determinada en absoluto por una supuesta autosuficiencia de medios, sino que pueden concentrarse únicamente en algunos aspectos de su cadena del valor añadido, pudiéndose subcontratar o contratar fuera una parte de las actividades que necesitan realizar». También GARCÍA CAPDEPÓN, P.M.ª: «Los contratos de colaboración público-privada», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3, pág. 90, dice que: «Más todavía, algunos piensan que la Administración moderna debe replegarse a hacer lo que sabe hacer, es decir, regular, controlar y ocuparse de incrementar la eficiencia del gasto público mediante contratos con terceros dado que no se ha demostrado que pueda conseguir con sus propios medios la misma eficiencia que alcanza el Sector privado en la provisión de servicios y bienes».

¹⁴ Se tendrá presente a lo largo de este trabajo el hecho de que las Administraciones Públicas deben moverse en un contexto de contención del déficit público, para cumplir con los objetivos que marcan las instituciones comunitarias.

¹⁵ En un Estado Social y Democrático de Derecho (art. 1.1 de la Constitución de 1978), no parece descabellado que se busque una mayor complicidad de la sociedad (por medio de las empresas) en la prestación de servicios a la colectividad. Máxime cuando ahora es posible introducir cláusulas de contenido social o ecológico en los pliegos de contratación.

¹⁶ Un ejemplo del adelgazamiento de las estructuras administrativas y de la gestión de servicios por medio de la externalización lo tenemos en Inglaterra, donde desde el año 1979 se ha implantado lo que se ha dado en llamar el gobierno mediante contratos, que ha supuesto la encomienda de las prestación de servicios a contratistas particulares, implantando técnicas de evaluación eficaces de los servicios prestados por estos contratistas. Para profundizar en este tema puede consultarse el gran trabajo de la profesora NIETO GARRIDO, E.: «El new public management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, núm. 162, dice que: «Efectivamente, la llegada al poder del partido conservador en 1979, con la grave crisis económica que vivía Gran Bretaña por aquel entonces, impuso la necesidad de potenciar los recursos existentes para mejorar la prestación de servicios públicos, la realización de obras públicas, de infraestructuras, etc., sin incurrir en mayor gasto público. La máxima de las tres Es (economía, eficacia y eficiencia) fue adoptada por el Gobierno en el poder a través de la implantación del New Public Management, una nueva forma de entender la gestión de asuntos públicos que había sido aplicada con aparente éxito en otros países como Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda».

Cabe decir que cada figura jurídica responde a la realidad del tiempo en que se ha creado y evoluciona conforme lo hace esa realidad que la hace nacer, se podrá ver de qué manera este fenómeno afecta al contrato del sector público de servicios y al de gestión de servicios públicos.

Actualmente cobra una gran importancia, en los cambios vividos en la contratación pública, el derecho comunitario, este ordenamiento jurídico debe ser referente continuo en la interpretación y aplicación de la LCSP. Es el motor que ha propiciado los cambios normativos y uno de los principales lugares de referencia para solventar las dudas que pudieran surgir en la materia. Es más, este derecho está sirviendo de motor de gran parte de los cambios conceptuales que se están produciendo en la materia, entre otros cabe citar la nueva visión de la contratación con una dimensión transversal ¹⁷, o el fomento de la externalización de servicios ¹⁸.

Decir que los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos están llamados a tener una importancia significativa es algo evidente ya que actualmente ya la poseen ¹⁹. No obstante, son unos contratos que se encuentran llamados a ir más allá, a ser un referente en el nuevo sistema de conceptualización de la Administración y del derecho administrativo ²⁰, ya que constituye un mecanismo de externalización o de búsqueda de colaboración del sector privado en actividades especialmente relevantes para la nueva sociedad global ²¹.

A modo de recapitulación, si se me permite el recurso a un elemento gráfico veo al sector público como un conglomerado de organizaciones que se encuentra encerrado en un triángulo con tres vértices, que son los que delimitan sus posibilidades de acción, un primer vértice, estaría formado por una sociedad exigente que se desarrolla en una democracia consolidada ²², para una sociedad como la que forma este vértice el sector público no es visto como un mal necesario, sino que al con-

¹⁷ La visión transversal de la contratación implica, que la misma se ve como un instrumento para lograr el logro de políticas sociales, o ecológicas. Ya no se busca, mediante el contrato, proveer de bienes y servicios al sector público, sino impulsar la estabilidad en el empleo, o la búsqueda de objetivos ambientales.

¹⁸ Se puede hablar de medidas de fomento negativas, las instituciones comunitarias, una vez llegados a la moneda única, impone a los países miembros la contención del déficit público lo que hace que se busque formas más económicas de gestión.

¹⁹ Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid de 2001, Consejería de Hacienda, Comunidad de Madrid, señala que en el 2001 de los contratos adjudicados el 21,57 por 100 lo fueron de consultoría y asistencia (ahora de servicios), y el 28,76 por 100 de servicios. Lo que supuso que del actual contrato de servicios, en términos de contratos adjudicados, el actual de servicios implicó el 50, 33 por 100 de los contratos. La Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña de 2007, Generalitat de Catalunya; Departament de Economia i Finances, Direcció General de Contractació Pública, señala que en el año 2007 los contratos de consultoría y asistencia y de servicios supusieron el 44,4 por 100 del total de los adjudicados. Con respecto al contrato de gestión de servicios públicos, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, cuando clasifica los contratos por importes de adjudicación señala que el 15,25 por 100 de los contratos adjudicados en ese año eran de este tipo.

²⁰ Recordemos, entorno cambiante, globalización, ciudadanos exigentes con los servicios que reciben de la Administración, y todo ello en un contexto de contención del déficit público. Todos estos factores conducirán a las Administraciones públicas a buscar formas de prestación de los servicios públicos más baratas (satisfacción de las restricciones presupuestarias) y de calidad (dando satisfacción a las demandas de los ciudadanos).

²¹ A modo de ejemplo, el contrato de servicios es uno de los mecanismos o puerta de entrada en el sector público de las tecnologías de la información y comunicación, siendo también puerta de entrada de prestaciones de tipo intelectual.

²² El sistema democrático e institucional español se asienta sobre la base de la Constitución de 1978, texto que ha servido de base para la configuración de una sociedad democrática.

trario es un sector que debe justificar su propia existencia proporcionando un valor añadido materializado por la vía de servicios de calidad e intervenciones eficaces a los ciudadanos, que desde la madurez democrática están dispuestos a exigir responsabilidades en la gestión que se hace de los asuntos públicos; el segundo vértice, vendría trazado por la globalización y los cambios constantes que este fenómeno implica, este fenómeno suscita nuevas necesidades a los ciudadanos que desean que se satisfagan por el Sector Público; el último vértice se presenta contradictorio con respecto a los otros dos, ya que consiste en la contención del gasto público²³, es contradictorio puesto que si la sociedad exige servicios de calidad, y el contexto histórico obliga a continuos cambios, en principio, debería aumentar el gasto público. Es precisamente este vértice el que hace o potencia la búsqueda de nuevas formas de gestión o métodos de gestión alternativos que sirvan para reducir el gasto público proveyendo de servicios públicos de calidad a los ciudadanos, siendo esta la vía por la que se potenciará el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos. A modo de complemento a estas reflexiones, me gustaría aludir a una noticia reciente publicada en prensa que no hace sino reafirmar la tendencia a la externalización de servicios administrativos, esa noticia es la que apunta a que el gobierno está estudiando limitar el gasto público en funcionarios mediante la limitación de la tasa de reposición de efectivos, esto se canalizará mediante la convocatoria para cobertura de una de cada diez plazas que queden vacantes. Una medida como la comentada no hace sino reafirmar la tendencia a la externalización, ya que cuantos menos funcionarios haya, más se tendrá que contar con el sector privado para prestar servicios²⁴.

Por lo tanto, la Administración debe enfrentarse a un contexto cambiante haciendo uso de los instrumentos que le ofrece el ordenamiento jurídico, ese recurso a los instrumentos que le ofrece el ordenamiento debe ser respetuoso con las normas provenientes del derecho comunitario, para lo cual es necesario que se manejen criterios de distinción entre los diferentes tipos de contratos que sean conformes con la normativa comunitaria, siendo igualmente preciso realizar una interpretación conforme de las disposiciones internas que evite la contradicción con el derecho comunitario de la contratación pública.

II. EL DERECHO COMUNITARIO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: OBJETIVOS GENERALES, INTERPRETACIÓN FINALISTA DE LA DIRECTIVA DE CONTRATOS

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 común²⁵, es indudable que dentro de ese mercado común que se pretende crear por el Tratado juegan un papel destacado los contratos públicos²⁶. Se debe advertir que el Tribunal de Jus-

²³ Un análisis del gasto público en España, se encuentra en *El futuro del gasto público en España*, de IRANZO MARTÍN, J.E. y otros, Instituto de Estudios Económicos.

²⁴ La noticia salió publicada en el Diario Económico *Expansión* el día 11 de febrero de 2010.

²⁵ MEILÁN GIL, J.L.: *La estructura de los contratos públicos, ius tel*, pág. 93.

²⁶ 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 GÓMEZ FERRER MORANT, R., Thomson-Civitas, pág. 29,

ticia de las Comunidades Europeas reconoce la aplicación directa de los principios del Tratado en la materia que estamos tratando²⁷; no obstante lo anterior, las instituciones comunitarias han sido conscientes 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 Unión²⁸, por ese motivo se ha buscado la armonización de procedimientos utilizando un instrumento jurídico peculiar como es la directiva²⁹ que impone una obligación de resultado dejando en manos de los países miembros los mecanismos para la consecución de ese resultado³⁰. Son diversas las razones que impulsan al legislador comunitario a utilizar este instrumento jurídico para intervenir en un determinado sector de actividad³¹, 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

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 las compras de las Administraciones Públicas stricto sensu representaban aproximadamente un 9 por 100 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 por 100 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».

- ²⁷ 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, edita Consejo General del Poder Judicial, 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».
- ²⁸ MEILÁN GIL, J.L.: *La estructura de los...*, *op. cit.*, pág. 94 y sig., 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».
- ²⁹ 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».
- ³⁰ MILLETT, T.: «El efecto directo de las Directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?», en: *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 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».
- ³¹ 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».

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 existen en todos los países miembros, en particular se niega su existencia en Italia, Inglaterra o Alemania, y se reconoce en España o Francia. 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, libertad de acceso a las licitaciones. Mediante el mercado común se conseguirá una mayor eficacia en el uso de los recursos públicos, fomentando la competencia entre las empresas.

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

Individualizando el problema general apuntado al caso que me ocupa en estas líneas, se puede decir que la directiva de contratos considera prioritario para la creación de un mercado común en la materia la regulación de determinados tipos del contrato de servicios, para lo cual da una definición de los mismos y elabora un listado de prestaciones a las que exige una determinada publicidad³²; por otro lado, consciente de los usos jurídicos de los países miembros, regula una figura, que también se preocupa de definir, como es la concesión de servicios la cual se abstrae del ámbito de aplicación de la misma³³.

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 de un contrato público tenemos que ser conscientes de la realidad en la que se mueve este sector de actividad actualmente, en particular, debemos olvidarnos de realizar esa calificación acudiendo exclusivamente a factores del derecho patrio, ahora hay que tomar en consideración siempre el derecho comunitario regulador de este sector de actividad. Calificando en la línea que permita cumplir los objetivos marcados por la directiva para el tipo de que se trate.

³² 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.

³³ La concesión de servicios se define en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE.

III. BREVE REFERENCIA A LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LOS DOS TIPOS CONTRACTUALES. EN PARTICULAR, ANÁLISIS DE LOS ASPECTOS DIFERENCIALES Y DE LA EVOLUCIÓN QUE HAN SUFRIDO LOS MISMOS

Este análisis debe comenzar reconociendo que no es este el lugar para profundizar en la evolución histórica de los tipos contractuales, no obstante, creo que el razonamiento del carácter desfasado de uno de los criterios de distinción entre los dos tipos tiene su raigambre en la evolución histórica, en particular, en la evolución del contrato de servicios.

El contrato de gestión de servicios públicos surge y se desarrolla bajo el cobijo del ideario político del Estado liberal, se afirma la falta de capacidad o de competencia técnica de la Administración para prestar determinados servicios, considerándose más adecuado la encomienda de la prestación al sector privado, más económico y dinámico³⁴. Por lo que en sus orígenes el contrato de gestión de servicios públicos era concebido como una técnica de traslación de la responsabilidad de la gestión de servicios a empresarios particulares, correspondiendo a estos la organización del servicio y su prestación a los ciudadanos.

Por otro lado, en sus orígenes, el contrato de servicios nace para cubrir carencias internas que tenía la Administración, la misma se ve desbordada por las intervenciones que tiene que hacer, tiene una carencia de medios que ha de cubrir acudiendo al sector privado, por lo que en la génesis del contrato de servicios los contratistas cubren las carencias internas de la Administración. El punto de partida en la regulación del contrato de servicios está constituido por el Decreto 916/1968, de 4 de abril, por el que se regula la contratación de estudios y servicios técnicos con Sociedades y Empresas Consultoras por los Departamentos Ministeriales³⁵.

Por lo tanto, en la génesis de estas dos figuras era posible diferenciarlas en base a que en el contrato de gestión de servicios públicos el contratista presta un servicio al público, mientras que en el contrato de servicios el destinatario del servicio es la Administración que acude al sector privado para cubrir una carencia interna.

Dando un salto en el tiempo se puede aludir a la adhesión de España a las Comunidades Europeas, ese acto ha supuesto que en nuestro ordenamiento jurídico se hayan tenido que articular una serie de medidas para incorporar las normas comunitarias al ordenamiento interno, se puede decir que la normativa comunitaria hace que vivamos un proceso de integración normativa continua. En lo que respecta a los contratos públicos de servicios su aparición comunitaria es tardía, en concreto surge en el año 1992 regulándose por la Directiva 92/50/CEE del Consejo de 18 de junio, conteniéndose en el artículo 1 de la misma la definición del contrato de servicios, desde el punto de vista del

³⁴ Resume el ideario político del Estado liberal el profesor GARCÍA TREVILANO: «Aspectos de la Administración Económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12, cuando dice, citando a LEROY-BEAUTLIEU que: «... si el Estado pudiera prestar el servicio de una manera más completa y general, no sería razón suficiente para decidir la intervención».

³⁵ El artículo 1 del citado Decreto señalaba que: «Los contratos de estudios y servicios técnicos que se celebren por los Departamentos ministeriales y Organismos autónomos con Sociedades y personas jurídicas, en orden a la elaboración de proyectos, Memorias y trabajos de carácter técnico y económico, se regirán por el presente Decreto...».

derecho comunitario ³⁶, de esa definición y por lo que respecta a este trabajo me interesa destacar que el legislador comunitario no distingue en función de quién sea el destinatario del servicio; por otro lado, el artículo 44 de la citada directiva establecía como último día para que se produjera la transposición de la misma el 1 de julio de 1993.

A modo de conclusión de lo hasta ahora dicho, considero que la directiva comunitaria reguladora del contrato de servicios supuso un cambio conceptual de esta figura que ya no debe verse como un mecanismo que sirve para cubrir las carencias internas de la Administración, prestándola servicios internos, sino que debe ser considerado como un instrumento por medio del cual se pueden prestar servicios al público en general, porque así lo entiende el legislador comunitario. Por ello, el criterio del destinatario del servicio (criterio manejado por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, que se explicará con detalle en otro apartado) debe considerarse desfasado por influencia del derecho comunitario desde el 1 de julio de 1993.

IV. PRECISIONES CONCEPTUALES

1. Concepto de contrato de gestión de servicios públicos y de contrato de servicios

A la hora de abordar el concepto de contrato del sector público de gestión de servicios públicos se debe comenzar con la noción que del mismo da la LCSP, para continuar con la definición que aporta la normativa comunitaria de este contrato ³⁷, también se aportarán algunas notas características de este contrato dadas por la doctrina.

³⁶ El artículo 1 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, dice que: «A los efectos de la presente directiva, se entenderá por: a) contratos públicos de servicios: los contratos a título oneroso celebrados por escrito entre un prestador de servicios y una entidad adjudicadora, con exclusión de los siguientes: i) los contratos públicos de suministro, tal como se definen en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 77/62/CEE, y los contratos públicos de obras, definidos en la letra a) del artículo 1 de la Directiva 71/305/CEE; ii) los contratos públicos celebrados en los ámbitos mencionados en los artículos 2, 7, 8 y 9 de la Directiva 90/531/CEE y los contratos públicos que cumplan con las condiciones establecidas en el apartado 2 del artículo 6 de dicha directiva; iii) los contratos de adquisición o de arrendamiento, independientemente del sistema de financiación, de terrenos, edificios ya existentes u otros bienes inmuebles o relativos a derechos sobre estos bienes; no obstante, los contratos de servicios financieros celebrados bien al mismo tiempo, bien con anterioridad o posterioridad al contrato de adquisición o arrendamiento, en cualquiera de sus formas, estarán sujetos a la presente directiva; iv) los contratos de compra, desarrollo, producción o coproducción de programas por parte de los organismos de radiodifusión y los contratos de compra de tiempo de difusión; v) los contratos de servicios de telefonía de voz, télex, radiotelefonía móvil y buscapersonas y comunicación por satélite; vi) los contratos relativos a servicios de arbitraje y conciliación; vii) los contratos relativos a la compra, venta y transferencia de títulos o de otros instrumentos financieros, así como los servicios prestados por los bancos centrales; viii) los contratos laborales; ix) los contratos de servicios de investigación y de desarrollo distintos de aquellos cuyos beneficios pertenezcan exclusivamente a la entidad adjudicadora para su utilización en el ejercicio de su propia actividad, siempre que la entidad adjudicadora remunere la prestación del servicio».

³⁷ En concreto, la Directiva 2004/18/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 31 de marzo, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministro y de Servicios.

Noción de contrato de gestión de servicios públicos aportada por la LCSP: la noción legal de esta modalidad contractual hay que buscarla en dos preceptos de la ley, en concreto, en el artículo 8 y el artículo 251.

El artículo 8, que lleva por rúbrica: «Contrato de gestión de servicios públicos», dice que:

«1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada.

2. Las disposiciones de esta ley referidas a este contrato no serán aplicables a los supuestos en que la gestión del servicio público se efectúe mediante la creación de entidades de derecho público destinadas a este fin, ni aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública.»

La noción ofrecida por el artículo anterior se complementa con lo dispuesto en el artículo 251 de la ley, que dice que:

«1. La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares. En ningún caso podrán prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.

2. El contrato expresará con claridad el ámbito de la gestión, tanto en el orden funcional, como en el territorial.»

La segunda noción normativa del contrato la ofrece el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, que dice que:

«La "concesión de servicios" es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar³⁸ el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.»

Como se puede comprobar, la normativa comunitaria utiliza una terminología distinta a la hora de definir el contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión ya que lo califica como concesión de servicios; pero lo cierto es que nos encontramos ante el mismo tipo contractual³⁹.

³⁸ El término «explotar» que utiliza la directiva comunitaria sugiere una transmisión de la responsabilidad de gestión del servicio.

³⁹ La razón que justifica la terminología utilizada por nuestro legislador, es que la misma responde a la tradición normativa con la que esta modalidad contractual se ha calificado en nuestro país.

Aparece invariablemente un término en todas las definiciones que se hacen del contrato de gestión de servicios públicos, que es el término «explotar», el mismo debe ser objeto de una interpretación adaptada a la contratación pública. En este sentido, hay que decir que el diccionario de la *Real Academia de la Lengua Española* ⁴⁰ en su acepción segunda define explotar como: «Sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio», por lo tanto, la explotación de un servicio supondría sacar utilidad a ese servicio, si bien dependiendo del sistema elegido (concesión, concierto, gestión interesada o sociedad de economía mixta) el provecho que saca el contratista será mayor o menor, o se configurará de una manera o de otra. Ahora hay que preguntarse, ¿cuál es el motivo que hace que el contratista saque un provecho económico?, ¿por qué le permite la Administración recibir ese provecho? El motivo es bien simple, el contratista recibe un provecho en el contrato de gestión de servicios públicos porque la Administración le encomienda la prestación u organización de un servicio, le transfiere el servicio para que se responsabilice de su gestión. Es indudable que el contratista no podría sacar ningún provecho del contrato si no se encargara de la organización y gestión del servicio. Por lo tanto, en el ámbito del contrato de gestión de servicios públicos, el término «explotación» debe traducirse en: «Provecho que recibe un contratista, porque la Administración le encarga la organización de un servicio que le transfiere».

En definitiva, se trata de una forma de gestión indirecta de los servicios públicos, lo que implica que la titular del servicio sigue siendo la Administración ⁴¹. Hay que recordar que la expresión «servicio público» utilizada por la ley ha de interpretarse en sentido amplio ⁴².

2. Reflexiones finales en torno a las dos figuras

Actualmente, decir que mediante el contrato de servicios no se pueden prestar servicios directos a los ciudadanos resulta inaceptable, principalmente desde la óptica del derecho comunitario, óptica, que como ya se ha visto, nunca debe perderse, ya que debe ser el faro que guíe la interpretación de la LCSP y la normativa de contratos públicos en general.

⁴⁰ Se ha manejado la vigésima segunda edición de este diccionario.

⁴¹ LAVILLA RUBIRA, J.J.: *El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en Comentario a la Ley...*, op. cit., pág. 949.

⁴² LAVILLA RUBIRA, J.J.: *El contrato de gestión...*, op. cit., pág. 950, dice que: «Es conocida, en efecto, la multivocidad de la expresión "servicios públicos". Sin pretensión de mediar aquí en un debate doctrinal prolongado y extraordinariamente complejo, baste indicar, simplificando notoriamente los términos, que aquella expresión es empleada en ocasiones en un sentido amplísimo –el expresado en el párrafo anterior–, mientras que en otras, por el contrario, designa una realidad mucho más restringida, constreñida a los servicios formalmente declarados como tales por una norma con rango de Ley. Pues bien, considero que el Título II del Libro II de la LCAP emplea la noción de "servicios públicos" en el amplio sentido antes indicado (cabe señalar que las conclusiones que hace este autor son predicables a la regulación que contiene la LCSP, ya que en este punto no ha variado con respecto a la regulación anterior), tanto porque tal era la tradición legislativa en materia de contratos públicos, la cual no ha sido objeto de rectificación explícita, como porque cuando el legislador quiere emplear la citada expresión en su acepción restringida lo indica expresamente, al objeto de evitar cualesquiera dudas al respecto. Por lo demás tal es el criterio explícitamente acogido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de mayo de 1999, a propósito de la calificación que debe corresponder a la actividad consistente en la explotación de un aparcamiento situado en el subsuelo del dominio local».

Por otro lado, considerar en el caso del contrato de gestión de servicios públicos que únicamente se encuentra vinculada la retribución del contratista a la prestación del servicio cuando la explotación se hace mediante el sistema de concesión, tampoco se ajusta a la realidad normativa de nuestro país ⁴³. La solución legislativa comentada resulta lógica ya que en el contrato de gestión de servicios públicos se transfiere el servicio al contratista, quien asume la responsabilidad de su organización y gestión, teniendo unos poderes sobre el servicio transferido mayores que los que dispone el adjudicatario de un contrato de servicios. Con la vinculación del contratista a la explotación del servicio se consiguen dos objetivos, el primero, se premia o castiga (en función de los resultados del servicio) la gestión que del servicio hace el contratista; el segundo, es que se consigue una mayor implicación por parte del contratista que verá vinculadas sus retribuciones a los resultados del servicio, premiándose o incentivándose su buena gestión.

Como notas comunes a los dos contratos tenemos que en ambos se encarga al contratista una prestación de hacer, como diferencias más significativas se encuentran que en el contrato de gestión de servicios públicos se transfiere el servicio al contratista ⁴⁴, lo que le faculta para explotarlo, al no producirse esa transferencia en el contrato de servicios, el contratista no tiene esa facultad de explotación.

V. MOTIVOS QUE JUSTIFICAN LA DIFERENCIACIÓN

Si bien el objeto del contrato es distinto, como veremos, las prestaciones de ambos contratos son muy similares. Esta circunstancia hace que existan supuestos dudosos, aunque conceptualmente los dos tipos de contratos se encuentren bien diferenciados ⁴⁵.

También la noción que de esta modalidad contractual da la normativa comunitaria ⁴⁶ acentúa las dudas, ya que la definición comunitaria habla de «las mismas características que el contrato público de servicios ⁴⁷». Se encuentra una remisión a las prestaciones del contrato público de servicios en la definición que de contrato de concesión de servicios utiliza la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de

⁴³ Así, el artículo 257.1 de la LCSP, dice que: «El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá diariamente de los usuarios o de la propia Administración».

⁴⁴ Muestra de esa transferencia es que cuando finaliza el contrato el servicio revierte a la Administración (art. 259 LCSP), acontecimiento que no tiene lugar en el caso del contrato de servicios en el que la Administración no se desapodera del servicio sino que simplemente busca una colaboración del contratista sin transferirle la responsabilidad de la organización del servicio que continúa detentando la Administración.

⁴⁵ LAVILLA RUBIRA, J.J.: *El contrato de gestión...*, op. cit., pág. 950.

⁴⁶ Artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.

⁴⁷ La necesidad de abordar el problema desde la óptica del derecho comunitario ha sido destacada por GIMENO FELIÚ, J.M.^a: «Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», trabajo que se encuentra en la obra colectiva coordinada por CRUZ ALLI ARANGUREN, J.: *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*, pág. 159, alude este autor al contrato navarro de asistencia, señalando que: «Entramos, por tanto, en el vidrioso tema de las "concesiones" y su alcance, que obliga a una depuración conceptual que debe realizarse, necesariamente, desde la óptica del derecho comunitario...».

Contratos Públicos, de Navarra⁴⁸, de esta forma el artículo 4.5 de la citada ley⁴⁹, define el contrato de concesión de servicios, como:

«Se entiende por contrato de concesión de servicios, aquel en el que una entidad o entidades sujetas a la presente Ley Foral o concedente encarga⁵⁰ a un empresario o profesional denominado concesionario la prestación de un servicio de los enumerados en el Anexo II de esta Ley Foral a cambio de una retribución consistente en su explotación económica o bien en la explotación acompañada de un precio.»

Ambas normas utilizan la técnica de la remisión normativa a las prestaciones del contrato de servicios para definir al contrato de gestión de servicios públicos, o de concesión de servicios⁵¹, admitiéndose, por lo tanto, las similitudes existentes entre los mismos.

VI. CRITERIOS DE DISTINCIÓN ENTRE EL CONTRATO DE SERVICIOS Y EL DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Se aborda, en este punto, cuáles son los criterios de distinción entre estas dos modalidades contractuales, tanto los ofrecidos por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como los ofrecidos por la doctrina, para finalizar aportando un último criterio de distinción que a mi entender es más certero.

A modo de introducción de este apartado, me gustaría señalar que una de las notas definitorias del contrato de servicios es la heterogeneidad de las prestaciones que comprende, es precisamente esa heterogeneidad la que hace dificultoso buscar criterios de distinción de este tipo con otros con los que guarda similitudes, los contornos del contrato de servicios son tan amplios, y en ocasiones tan desconocidos, que añaden una mayor complejidad a la tarea que se propone en el presente apartado.

Moverse en un terreno nebuloso como el descrito en el párrafo anterior exige tener claros determinados conceptos, los mismos deben servir de referente a la hora de proponer un criterio de distinción adecuado a la realidad normativa actual, es necesario tener claro que el destinatario

⁴⁸ Es preciso aclarar que la legislación navarra no utiliza el término contrato de servicios, sino que hace uso del término contrato de asistencia para referirse al contrato de servicios.

⁴⁹ Es evidente que el ámbito de aplicación de la LCSP y la Ley Foral es diferente. Pero no debemos olvidarnos que las dos normas comparten varios de sus objetivos. Uno de los principales objetivos que tienen estas dos normas, es la adaptación a la nueva normativa comunitaria, así lo dicen expresamente las exposiciones de motivos de las dos leyes. Es por este objetivo común por el que hacemos alusión a la Ley Navarra, con el fin de comparar soluciones normativas diversas a las obligaciones que de transposición impone la normativa comunitaria.

⁵⁰ También en la legislación navarra se advierte esa nota de la transmisión de la responsabilidad de la explotación del servicio que vimos en el derecho comunitario.

⁵¹ Utilizando la terminología comunitaria, que también ha sido adoptada por la legislación navarra.

del servicio puede ser el público (por influencia del derecho comunitario), que en el contrato de gestión de servicios públicos la Administración transfiere el servicio al contratista que asume la responsabilidad de organizarlo y gestionarlo, circunstancia que no se produce en el contrato de servicios.

Finalmente, hay que señalar que la determinación de un criterio de distinción ha de realizarse sobre la base de conceptos claros y sólidos, procurando que el criterio propuesto tenga una consistencia adecuada, esta se consigue aposentando el nuevo criterio de distinción sobre las razones de fondo que fundamentan las diferencias que existen entre los distintos tipos contractuales.

1. Criterio del destinatario del servicio

Este criterio se fundamenta en distinguir en función de quién es el destinatario del servicio que presta el contratista, si lo son los usuarios del servicio, nos encontraremos ante un contrato de gestión de servicios públicos, o si lo es la Administración Pública, lo que hará que se trate de un contrato de servicios⁵². Este criterio es el que ha asumido la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, como dice Juan José LAVILLA RUBIRA⁵³ citando un Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa⁵⁴, y varios informes del mencionado órgano consultivo⁵⁵.

Sobre este criterio de distinción (el del destinatario del servicio) cabe señalar que plantea problemas, puesto que no hay precepto legal alguno que impida que en el contrato de servicios el destinatario del servicio prestado por el contratista sea el ciudadano⁵⁶, por lo tanto, si se toma en consideración este criterio se estarían restringiendo las posibilidades que esta modalidad contractual

⁵² LAVILLA RUBIRA, J.J.: *El contrato de gestión...*, *op. cit.*, pág. 951.

⁵³ Véase nota anterior.

⁵⁴ Así, en el Punto Primero del Acuerdo de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de la normativa reguladora de la clasificación de empresas consultoras y de servicios, cuya publicación se acordó por Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General de Patrimonio del Estado, que se publicó en el BOE número 145, de 18 de junio de 1991, se señala lo siguiente: «El artículo 3 del Decreto 1005/1975 define el objeto del contrato de asistencia y en su aplicación es de señalar que debe evitarse la confusión, que frecuentemente se advierte, con el contrato de gestión de servicios públicos, cuyo concepto se determina en los artículos 62 y 63 de la Ley de Contratos del Estado y que difieren sustancialmente entre sí, no debiendo confundirse la explotación de la gestión de un servicio público, con la prestación de un servicio por un tercero a la Administración».

⁵⁵ Informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 37/1995, de 24 de octubre; 41/1995, de 21 de diciembre, y 4/1996, de 7 de marzo, recientemente podemos aludir al informe 57/07, de 24 de enero de 2008, en el que la Junta dice que: «Del análisis de las diferentes modalidades de contratos que se engloban dentro de la categoría de contratos de servicios puede deducirse la existencia de una circunstancia común, en todos ellos el destinatario directo de la prestación contractual es el propio órgano contratante y no un particular o un grupo de particulares».

⁵⁶ Pensemos, por ejemplo, en un servicio de información tributaria, en el que se contrata con una empresa que la misma sea la que proporcione directamente la información sobre esa materia al ciudadano; en este caso, el destinatario del servicio es el ciudadano y no nos encontraríamos ante un contrato de gestión de servicios públicos, sino ante un contrato de servicios. Otro ejemplo lo encontramos en los teléfonos de información telefónica de que disponen las Administraciones Públicas, el 060, para la Administración General del Estado; el 012, en el caso por ejemplo de la Comunidad de Madrid; o el 010 para el Ayuntamiento de Madrid. Aquí los destinatarios directos del servicio son los ciudadanos, pero nos encontraríamos ante un contrato de servicios.

ofrece a la Administración Pública, su utilización estricta conduciría a una concepción rígida de las posibilidades que ofrece esta modalidad contractual, calificando como contrato de gestión de servicios un contrato por el simple hecho de que el destinatario del mismo sea el ciudadano. Este criterio chocaría con lo dispuesto en la normativa comunitaria con respecto a los contratos de servicios ⁵⁷ y de concesión de servicios ⁵⁸, normativa que en ningún caso los distingue en función de quién es el destinatario de la prestación ⁵⁹.

Es evidente que la calificación del contrato es esencial, puesto que de la misma se deriva una *vis atractiva* hacia uno u otro tipo de regulación, la trascendencia de la calificación se acentúa al hablar de la distinción entre estas dos modalidades, ya que el contrato de concesión de servicios ⁶⁰ carece de regulación en el derecho comunitario; mientras que el contrato de servicios sí que dispone de una regulación que impone una serie de obligaciones a los países miembros, en particular, en materia de publicidad, procedimientos de licitación, etc., normas que se estarían incumpliendo en el caso de una calificación errónea. No puedo dejar pasar por alto que en Navarra el criterio del destinatario del servicio parece que ha sido objeto de un rechazo frontal, puesto que la Ley Foral reguladora de la materia ⁶¹, al definir el contrato de asistencia ⁶², dice en su artículo 4.3, que:

«Se entiende por contrato de asistencia ⁶³ aquel celebrado por una entidad o entidades sujetas a la presente Ley Foral o contratante, y distinto de los contratos de obras o de suministro, mediante el que se encarga por un precio a un empresario o profesional, denominado contratista, la prestación de uno de los servicios señalados en el Anexo II de la presente Ley Foral, bien al contratante o bien, por cuenta del contratante, a un tercero o al público en general».

Como se ve de la lectura de este precepto, la normativa navarra rechaza de una manera clara y rotunda el criterio del destinatario del servicio, al permitir que el servicio se preste: al contratante (Administración), a un tercero, o al público en general. Pudiendo ser, por lo tanto, destinatarios del contrato de asistencia: la Administración, un tercero, o el público en general.

⁵⁷ El artículo 1.2 d) de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, señala que: «Son contratos públicos de servicios los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II».

⁵⁸ El artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, señala que: «La concesión de servicios es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

⁵⁹ Si bien es cierto que la directiva de contratos solo define la concesión de servicios, no es menos cierto que sí que se ocupa de definir el contrato de servicios, que encuentra en esta norma una regulación de detalle, al definirlo el legislador comunitario no limita su ámbito a los servicios que recibe la Administración, no impidiendo, por lo tanto, que el destinatario del servicio sea el público en general.

⁶⁰ Que es como el legislador comunitario califica a nuestro contrato de gestión de servicios públicos.

⁶¹ Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos (publicada en el BOE, núm. 158, de 4 de junio de 2006).

⁶² Recordemos que el contrato de asistencia navarro es homologable al contrato de servicios que regula la LCSP.

⁶³ Con el nombre de asistencia es con el que se conoce en Navarra a nuestro contrato de servicios.

Hay que lamentar que la LCSP no haya sido tan explícita al abordar la definición del contrato de servicios, pero lo que es indudable es que la ley no obliga a que el destinatario del servicio sea la Administración Pública; creo que en este supuesto cabría aplicar que el viejo aforismo de que: «cuando la ley no distingue, el intérprete no debe distinguir».

Por lo que respecta al fundamento del criterio de distinción comentado (el del destinatario del servicio), cabe señalar que puede que en algún momento histórico determinado el mismo fuera cierto, ya que, como ha quedado apuntado, el contrato de servicios tiene su origen en el derecho español, en la necesidad de proporcionar apoyo a la Administración por parte de los contratistas para el desempeño de sus obligaciones, cubriendo inicialmente sus necesidades internas⁶⁴. Pero actualmente el sector público ha de desenvolverse en un mundo complejo al que este sector y el derecho deben dar respuesta⁶⁵; es precisamente esa complejidad la que hace que el sector público tenga que hacer más intervenciones, para cuya realización ha de utilizar todos los mecanismos que le ofrece el ordenamiento jurídico no debiendo autolimitarse a priori, además ya se ha visto, por influencia del derecho comunitario, que actualmente resulta inaceptable negar que mediante el contrato de servicios se pueden prestar servicios al público.

Como bien sabemos, el derecho comunitario ha sido el motor de muchos de los cambios que se han producido en materia de contratación, algunos de esos cambios eran cambios conceptuales⁶⁶, me atrevo a decir que uno de esos cambios conceptuales es el que afecta a las líneas de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, en los términos que se han comentado. La normativa comunitaria obliga a reinterpretar las bases institucionales de la distinción entre ambos contratos, abandonando los criterios anticuados en los que se fundamentaba la anterior distinción. Actualmente, mediante el contrato de servicios no solo se cubren necesidades internas, sino que su existencia se justifica en el cambio de concepción que se ha producido actualmente del sector público, es decir, el contrato comentado es un mecanismo para lograr las metas marcadas por la sociedad al sector público, ya que mediante el mismo se conciertan prestaciones para las cuales se requiere una alta cualificación profesional, o servicios a un menor coste. Por lo tanto, el contrato de servicios se presenta actualmente como una herramienta para impulsar el cambio de la cultura administrativa que parece que demanda el contexto histórico presente⁶⁷.

En base a todas las consideraciones realizadas, se debe rechazar el criterio de distinción del destinatario del servicio, puesto que en el momento actual el mismo se demuestra claramente desfasado⁶⁸.

⁶⁴ Mediante el contrato de servicios, en su origen, se cubrían las carencias de la Administración, esto es, aquellas actividades que la Administración no podía hacer frente con sus propios medios, se contrataban o canalizaban por medio del contrato de servicios.

⁶⁵ BALLBÉ, M.: «El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, págs. 215 y sig.

⁶⁶ A modo de cambio conceptual, podemos citar la prohibición que antes existía de celebrar contratos típicos entre las Administraciones Públicas. Actualmente, cuando las prestaciones coinciden con las de uno de los contratos típicos, la vía no es la tradicional del convenio de colaboración, sino la del contrato administrativo que corresponda, en función de su objeto.

⁶⁷ Dentro de este contexto histórico aparecen vectores bien conocidos, como la contención del gasto público, el cambio de percepción que tienen los ciudadanos de la Administración (sector público), o las necesidades que plantea el continuo cambio tecnológico que se produce en la sociedad de la comunicación y del conocimiento.

⁶⁸ Se podría decir que en el momento actual el criterio del destinatario del servicio se encuentra históricamente desfasado.

Hay que realizar una reflexión, en concreto, pasando al plano práctico, piénsese que por aplicar el criterio del destinatario del servicio a un contrato que por su cuantía se encuentra sometido al derecho comunitario y que por la aplicación del mencionado criterio se eluda el sistema de publicidad y licitación comunitario; en el caso de que se impugnara la adjudicación ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal condenaría al Estado Español rechazando ese criterio de distinción⁶⁹. Un hecho como el expuesto, conduciría a la existencia de un doble criterio de distinción (ya que por debajo de los umbrales comunitarios los Estados tienen autonomía para configurar sus contratos), esto no sería nada recomendable, desde el punto de vista dogmático, ya que estaríamos ante una situación esquizofrénica diluyéndose las fronteras entre los dos tipos de contratos, creándose dos subespecies de contratos de gestión de servicios públicos en función de que sus cuantías se encuentren o no dentro de los umbrales comunitarios, sobre este tema volveré.

Finalmente, apuntar que, como se ha visto, al analizar la evolución histórica del contrato de gestión de servicios públicos y del de servicios, admitir desde el 1 de julio de 1993 que el contrato de servicios debe ser utilizado exclusivamente para la prestación de servicios a la Administración constituye un anacronismo histórico, que en ningún caso responde a la realidad del tipo contractual, a su morfología jurídica básica. Actualmente, el contrato de servicios puede utilizarse con toda normalidad para la prestación de servicios a los ciudadanos. Por lo que las razones de la distinción entre ambos tipos deben buscarse en un lugar distinto, sobre otras bases conceptuales diferentes, ya que, como ya se ha visto, puede que las mismas tuvieran sentido en un momento histórico determinado, pero no en el momento actual.

2. Otro criterio de distinción parcial: el contenido económico del contrato de gestión de servicios públicos que lo debe hacer susceptible de explotación por empresarios particulares

Se debe ofrecer otro criterio de distinción de carácter parcial, advirtiendo previamente su carácter parcial y no absoluto, ya que el mismo sirve como criterio excluyente de la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos pero en ningún caso es determinante de su existencia.

Hay que comenzar apuntando que para que se pueda hablar de la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos es necesario que el servicio cuya gestión se encomienda al contratista tenga un contenido económico que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares, así se infiere de lo dispuesto en el artículo 251.1 de la LCSP⁷⁰ y del artículo 257.1⁷¹ que vinculan

⁶⁹ Ha sido, lamentablemente, una constante histórica de la evolución normativa de nuestro derecho de la contratación pública, el hecho de que las novedades o reformas normativas se han introducido debido a condenas que se han producido por parte del Tribunal de Justicia de la Unión.

⁷⁰ El artículo 251.1 de la LCSP dice que: «La Administración podrá gestionar directamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares...».

⁷¹ El artículo 257.1 de la LCSP dice que: «El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización...».

la retribución del contratista a la utilización del servicio, vinculación que se justifica precisamente en la necesidad de hacer efectivo el derecho a la explotación, y el artículo 258.2⁷² de la ley que obliga en el caso de modificación del contrato a mantener el equilibrio económico del mismo.

Por lo tanto, para que pueda plantearse la existencia de un contrato de gestión de servicios públicos, lo primero que tiene que hacer el operador jurídico que se enfrenta a esa diatriba es precisamente dilucidar si el servicio de que se trata tiene un contenido económico que lo haga susceptible de explotación, porque en el caso contrario no se trataría de un contrato de gestión de servicios públicos, sino que, en todo caso, se trataría de un contrato de servicios. De esta manera, la existencia de un contenido económico en el contrato que lo haga susceptible de explotación por empresarios particulares, juega como un criterio de distinción parcial (ya que la prestación si tiene un contenido económico debe valorarse si es contrato de servicios o de gestión de servicios públicos, mientras que si no lo tiene se tratará de un contrato de servicios) y no absoluto, ya que, como se ha visto, la existencia de un contenido económico no resuelve la problemática principal planteada en estas líneas, es decir, la existencia de un contenido económico en el contrato no justifica su calificación como contrato de gestión de servicios públicos.

Abundando en todo lo dicho me gustaría bajar de intensidad toda la argumentación anterior, desmitificarla en la medida de lo posible, ya que dentro de las prestaciones del contrato de gestión de servicios públicos se pueden distinguir unas que tienen intrínseco un contenido económico, y otras a las que le puede dotar de ese contenido económico la propia Administración⁷³; desarrollando esta idea se puede decir que en aquellos casos en los que la Administración opte por dotar de un contenido económico al contrato debe vincular la retribución del contratista al uso del servicio, ya que así lo exige el artículo 257.1 de la LCSP.

Por lo tanto, el dotar de un contenido económico a un determinado servicio público es una opción que se encuentra en manos del órgano de contratación cuando el servicio no posee dentro de su naturaleza ese contenido⁷⁴.

⁷² El artículo 258.2 de la LCSP dice que: «Cuando las modificaciones afecten al régimen financiero del contrato, la Administración deberá compensar al contratista de manera que se mantenga el equilibrio de los supuestos económicos que fueron considerados como básicos en la adjudicación del contrato».

⁷³ En este sentido, se puede señalar que una de las clasificaciones que se hacen de los servicios públicos es la que distingue entre servicios públicos asistenciales y sociales y servicios públicos de carácter económico, es indudable que en los segundos el contenido económico se encuentra intrínseco al propio servicio, mientras que en los primeros no resulta tan claro ese contenido lo que obligará a la Administración a dárselo si es que lo quiere licitar como contrato de gestión de servicios públicos. Sobre la citada clasificación puede consultarse a GARRIDO FALLA, F.: «El concepto de servicio público en derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pág. 23. También BOQUERA OLIVER, J.M.^a: *Derecho administrativo*, 10.^a edición, Civitas, pág. 219, clasifica a los servicios públicos en servicios con fin lucrativo (económicos) y sin fin lucrativo, dentro de los cuales, entiendo que podría encuadrarse a los asistenciales.

⁷⁴ A modo de ejemplo se puede citar el Informe de la Intervención General de la Comunidad de Madrid, de 30 de junio de 2000, por el que se resuelve discrepancia. Contrato de Gestión de Servicio Público. Convenio de Colaboración, en síntesis se había celebrado un convenio con una fundación para prestar un servicio asistencial a drogodependientes, este servicio no tiene intrínseco un contenido económico, si bien la Administración le dotó de este contenido al establecer un coste plaza día. Esto constituye un ejemplo que ilustra perfectamente lo que se ha concluido, en el sentido de que cuando el servicio no tiene intrínsecamente un contenido económico, la Administración se lo puede conceder con toda normalidad.

3. Criterio de la existencia de tarifa

El profesor Juan José LAVILLA RUBIRA ofrece con carácter complementario otro criterio de distinción que es el criterio de la existencia o no de tarifa ⁷⁵, dice este autor que cuando la tarifa existe, el contrato en ningún caso podrá calificarse como de servicios y sí, por el contrario, como de gestión de servicios públicos. Ahora bien, la afirmación inversa no es necesariamente cierta. Esto es, pueden existir contratos de gestión de servicios públicos en los que el concesionario no sea retribuido mediante tarifa a pagar por los usuarios. Criterio este de distinción que encuentra un encaje perfecto en nuestro ordenamiento jurídico, así, el artículo 257.1 dice que:

«El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración».

El principal problema que plantea este criterio de distinción consistiría en que el mismo tiene un carácter parcial, puesto que no podría aplicarse a esos contratos en los que el contratista es retribuido directamente por la Administración, sin percibir tarifa alguna de los usuarios del servicio.

Por lo tanto, el criterio aportado es correcto, pero su carácter parcial debe conducir a la búsqueda de otro criterio más adecuado que pudiera aplicarse a todos los supuestos en los que surgieran dudas.

4. El criterio del servicio público

Aunque resulte evidente, creo que por las características del trabajo me veo obligado a aludir a un criterio básico para dilucidar si el contrato es de servicios o de gestión de servicios públicos, cual es para que se dé el segundo tipo es necesario que la prestación que se contrate pueda ser calificada como servicio público ⁷⁶.

⁷⁵ LAVILLA RUBIRA, J.J.: *El contrato de gestión...*, op. cit., pág. 951.

⁷⁶ PAIS RODRÍGUEZ, R. y REBOLLO DELGADO, L.: *Introducción al derecho público I*, Manuales Jurídicos Dykinson, pág. 318, dicen que: «El primer criterio delimitador del servicio público es de distinción entre funciones públicas y servicios públicos. Son funciones públicas las actividades propias del Estado que implican el ejercicio de potestades administrativas. Serían servicios públicos el resto de actividades asumidas por el Estado pero que también podrían ser desempeñadas por particulares. Este criterio permite depurar el concepto de servicio público de gran parte de la actividad administrativa –la defensa y la justicia, por ejemplo, son funciones públicas, pero el transporte es un servicio que puede ser prestado por particulares o por la Administración, en cuyo caso será un servicio público–. Pero debido fundamentalmente a diferencias ideológicas, quedan actividades que la Administración puede desempeñar y respecto de las que reina el desacuerdo sobre si deben considerarse servicios públicos. Este es el caso de la mayor parte de los de naturaleza asistencial o social, como la sanidad y la educación, que el Estado asumió sin carácter exclusivo en el siglo XIX para suplir la falta de iniciativa privada». Lo anterior debe matizarse si se tiene en cuenta que se puede producir un ejercicio privado de funciones públicas, en este sentido Fernando SAINZ MORENO, recuerda que «el mismo se puede producir en dos clases de supuestos: de un lado, a algunas actividades que, por haber adquirido un significado público especial, el Estado las asume como funciones públicas y las integra en el conjunto de servicios, de los que se hace responsable, aunque manteniendo en gran

Entrar, en este trabajo, a exponer la teoría del servicio público resulta imposible, para entender a qué nos enfrentamos basta con citar a ALLESSI quien decía que había tantas definiciones de servicio público como autores que se habían acercado al concepto ⁷⁷.

En todo caso, el hecho de que la actividad pueda ser calificada como servicio público, no resuelve necesariamente el problema de la calificación jurídica del contrato.

Me gustaría advertir que el concepto de servicio público es un concepto discutido a lo largo de la historia, en torno al mismo se han generado todo tipo de debates doctrinales, no siendo este el lugar para tratarlos; no obstante, sí que es cierto que al ser un concepto muy difícil de distinguir, máxime en el momento actual en el que alguna de sus fronteras se están diluyendo ⁷⁸, no parece aconsejable montar la distinción entre ambos tipos contractuales sobre la base del mismo, ya que en ese caso nos estaríamos moviendo sobre arenas movedizas.

La noción de servicio público ⁷⁹, como criterio de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, debe matizarse o mejor dicho contextualizarse en el ordenamiento jurídico en el que se mueve España actualmente, diferenciando entre:

- a) El uso de la noción de servicio público en el ordenamiento jurídico español: debe advertirse que la noción de servicio público es manejada con toda normalidad en los ordenamientos jurídicos de directa influencia francesa ⁸⁰ entre los que se encuentra el español, siendo útil a nivel interno para diferenciar el contrato de servicios del de gestión de servicios públicos.

parte el carácter profesional probado de quienes las ejercen; de otro, al ejercicio de algunas profesiones que por las condiciones en que se realizan exige la utilización de potestades administrativas». Véase SAINZ MORENO, F.: «Ejercicio privado de funciones públicas», *Revista de Administración Pública*, núm. 100, págs. 1.700 y sig.

⁷⁷ FERNÁNDEZ, T.R.: «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, pág. 58, dice que: «Por eso dice (Alessi) que del servicio público hay tantas definiciones como autores y que esta multiplicidad de acepciones ha terminado por convertir el concepto en "una expresión equívoca"....».

⁷⁸ Sobre la evolución del concepto de servicio público y su configuración en el momento actual, son muy interesantes las afirmaciones realizadas al respecto por el Abogado General Sr. Dámaso Ruiz Jarabo Colomer, en las conclusiones presentadas en el asunto C-265/08, del 20 de octubre de 2008, que dice que: «En los albores del Estado Providencia, ciertos entornos económicos se sustrajeron de la lógica del mercado con la finalidad de reducir la distancia entre el "espacio vital dominado" y el "espacio vital efectivo". En nombre de valores no estrictamente económicos –consagrados en la clásica noción jurídica continental del servicio público–. Se intensificó la intervención estatal en algunos ámbitos, se crearon monopolios y se reforzó la regulación... A partir del Acta Única Europea, cuando se entroniza "en el altar de las ideas políticas" un nuevo idolo, la competencia, el servicio público se erige en un obstáculo que hay que superar en aras de una liberalización en la que se depositan todas las esperanzas... La implantación de un mercado abierto constituye el primer paso de esta política, pero tras la eliminación de las barreras persisten ciertas necesidades que el mercado no es capaz de atender por sí solo. Nace así una intervención pública, con forma de "servicios de interés general" y de "obligaciones de servicio público", que las autoridades imponen a las empresas de los sectores liberalizados para salvaguardar los intereses públicos cuya satisfacción, por ser irrenunciable, no puede dejarse al libre juego de las fuerzas del mercado».

⁷⁹ GASTON, J.: *Principios fundamentales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1949, págs. 3 y sig.: ... indica que en todos los países civilizados, la Administración Pública tiene por misión satisfacer las necesidades de interés general: defensa nacional, policía, justicia, tránsito, etc.

⁸⁰ GARRIDO FALLA, F.: «El concepto de servicio público en derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, dice que: «El concepto de Service Public, como eje central del Derecho administrativo, es una construcción típicamente francesa y del Derecho francés fue importada a España por nuestra doctrina científica, legislación y jurisprudencia».

- b) El uso de la noción de servicio público en el ámbito comunitario ⁸¹: al tener que armonizar el legislador comunitario ordenamientos jurídicos de distinta procedencia, prefiere hacer uso del concepto de servicios de interés económico general o servicio de interés general ⁸², que jugaría como una especie de supraconcepto que englobaría al servicio público ⁸³. Por lo tanto, el concepto de servicio público no tendrá la misma trascendencia cuando la regulación de que se trate entre en conflicto con la norma comunitaria, en ese momento el concepto de servicio público se diluye a favor de concepto comunitario.
- c) Solución adoptada por la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo: la directiva, consciente de la complejidad del concepto y de la diversidad de soluciones legislativas existentes en los países miembros, ha optado por no vincular la delimitación legal de la concesión de servicios al concepto de servicio público, sino que se centra en el fondo del negocio jurídico que se crea mediante la concesión que no es otro que una transferencia al contratista de la organización de la explotación del servicio (elemento sustantivo), asumiendo el contratista todos los beneficios y riesgos económicos derivados de la explotación (elemento económico del contrato). Así, se ve claramente de la lectura del artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, que dice que:

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

Dice el precepto que el contrato tiene las mismas características que el contrato de servicios (renunciando de esta forma a hacer uso para la definición de la noción de servicio público o de servi-

⁸¹ Sobre la diversidad que implica el concepto de servicio público en los países miembros de la Unión Europea, BULLINGER, M.: «El service public y la daseinsvorsorge en Alemania», *Revista de Administración Pública*, núm. 166, pág. 35, dice que: «Un examen más preciso proporciona la impresión de que el service public francés y la Administración prestacional alemana en la forma de la Daseinsvorsorge no solamente surgieron históricamente de diferentes fuentes, sino que también siguieron distanciándose en su desarrollo». MALARET I GARCÍA, E.: «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, núm. 145, pág. 50, dice que: «Si bien es cierto que es imposible el dar una definición de la noción de servicio público que sea útil para todos los países europeos también lo es que existe, en el conjunto de los Estados de la Comunidad, una realidad común, bien que vaporosa, que puede converger en el término servicios públicos. Estas actividades tienen como denominador común el hecho de ser consideradas de interés general o utilidad pública y, en cuanto tales, ser aseguradas por organizaciones de Derecho público o privado que se encuentran sometidas a un control o a una intervención particular por parte del Estado».

⁸² Tal y como ha declarado la Comisión de las Comunidades Europeas, en el Libro Verde sobre los servicios de interés general, Bruselas 21/5/2003, el término servicio de interés general no es usado por el tratado, sino que en el tratado únicamente se alude a los servicios de interés económico general, por otro lado, en el documento señalado, la Comisión considera que no es conveniente acuñar una definición única de los servicios de interés general, ya que la misma varía en función de la cultura normativa de cada país miembro, haciendo esta diversidad poco aconsejable una definición única.

⁸³ FERNÁNDEZ, T.R.: *Del servicio público...*, *op. cit.*, págs. 63 y sig., dice que: «La expresión servicio público brilla, como es sabido, por su ausencia en el Tratado de la Unión Europea (y en sus versiones precedentes; con la única excepción del art. 77 –hoy 73–, relativo a los transportes). No tiene por qué sorprender esta ausencia porque el concepto no es general, sino privativo de algunos Estados miembros, que han canalizado a lo largo de su historia preferentemente (aunque no exclusivamente, como ya hemos visto) por la vía de la *publicatio* formal de algunas actividades su respuesta a un problema que sí es general y común a todos ellos, cubrir la distancia existente entre el espacio vital dominado y el espacio vital efectivo, y que los demás han salvado por la vía alternativa de la regulación de las actividades en cuestión».

cio de interés económico general), como contrapartida el contratista explota el servicio, o recibe ese derecho acompañado del pago de un precio (fondo del negocio jurídico).

Toda esta situación expuesta llega al terreno del conflicto cuando el contrato de que se trata rebasa los umbrales comunitarios, en este caso, se impone el uso de los distintos conceptos jurídicos que se vienen manejando, siendo el juego el siguiente:

- Si la prestación que se contrata no es de servicio público, aunque se transfiera al contratista la organización o explotación del servicio y los riesgos derivados de la misma, el contrato será de servicios (jugaría, en este caso, la *vis atractiva* de la noción nacional de servicio público en su vertiente negativa). Se llega a esta solución por dos motivos, el primero, es que resulta inaceptable que en un ordenamiento jurídico como el español se desconozca la noción de servicio público; y la segunda, es que calificado el contrato como de servicios se da al mismo una mayor publicidad, lo que aumenta la concurrencia.
- Si la prestación que se contrata es de servicio público, pero se transfiere la explotación y no el riesgo asociado a la misma, el contrato deberá ser calificado de servicios, como se verá más adelante.

Para finalizar apuntar que ha sido estudiado por muchos autores la crisis de la noción de servicio público, si se me permite el atrevimiento se puede decir que es una noción en continua crisis⁸⁴, constituyendo la noción de servicio público una solución técnica que se aplica a determinados sectores de la actividad administrativa. Lo que se acaba de comentar acerca de la aplicación del concepto de servicio público al campo de la contratación administrativa, no es sino una manifestación de la devaluación que ha experimentado la noción de servicio público en el ámbito de la contratación pública, que se ha visto claramente influenciada por la normativa comunitaria, haciéndola esta normativa perder parte de su valor.

5. Último criterio de distinción. El criterio del titular de la explotación del servicio, o responsable de la organización

El carácter desfasado de uno de los criterios de distinción⁸⁵, y el parcial de los otros⁸⁶, obligan a buscar otro criterio de distinción que no adolezca de la problemática que planteaban los criterios expuestos anteriormente. Yo me inclino por usar como criterio de distinción, el criterio del titular de la explotación o responsable de la organización, criterio que resulta actual, y que no presenta

⁸⁴ FERNÁNDEZ, T.R.: *Del servicio público a la...*, *op. cit.*, pág. 57, dice que: «Cuando esta Revista inicia su camino, hace ahora medio siglo, la estrella del servicio público ya había comenzado a declinar en Francia, como testimonio *Morange (Le decline de la notion de service publique, París, 1954)*, que oficializó su crisis».

⁸⁵ En concreto del criterio del destinatario del servicio... Los servicios de interés económico general a que alude juegan, pues, el papel de un supraconcepto, que no niega ni excluye el nuestro de servicios públicos, sino que simplemente lo engloba y lo comprende, como ha advertido con acierto VILLAR EZCURRA.

⁸⁶ El criterio de la existencia de tarifas.

un carácter parcial, pudiendo aplicarse para distinguir todo tipo de contratos de servicios y de gestión de servicios.

Este criterio consistiría en diferenciar el contrato de servicios del de gestión de servicios públicos, en función de quién sea el titular o responsable de la explotación del servicio⁸⁷. El criterio se apoyaría en lo establecido en la normativa comunitaria, en concreto, en el artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, que habla de que la contrapartida en el contrato de concesión de servicios consiste en la explotación del servicio, o en dicho derecho acompañado del cobro de un precio⁸⁸. También encuentra apoyo en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que cuando habla de la concesión de servicios alude a: «... una transferencia de responsabilidad al concesionario... concluyendo que al no existir transferencia, se trataba de un contrato público⁸⁹», y en lo establecido en la LCSP, así, el artículo 251.1 de la ley dice que:

«La Administración podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de *explotación* por particulares...».

Como consecuencia de esa titularidad de la explotación del servicio, el contratista debe cuidar del buen orden del servicio⁹⁰, indemnizar los daños que se causen a terceros ocasionados por su funcionamiento, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración⁹¹.

Hay en el contrato de gestión de servicios públicos un desplazamiento en la titularidad de la explotación del servicio o responsabilidad de la organización⁹², siendo el servicio de titularidad de la Administración⁹³, como consecuencia de esa titularidad la Administración conserva poderes

⁸⁷ Debo advertir que recientemente la Junta Consultiva de Contratación Administrativa ha aludido a un nuevo criterio de distinción del contrato de servicios del de gestión de servicios públicos, cuando este último se explota en régimen de concesión, este nuevo criterio habla de la asunción del riesgo de la explotación del servicio en el caso del contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión. Debo señalar que el criterio apuntado se usa solo para el caso de la concesión, en el que se produce la asunción del riesgo de explotación por parte del contratista, no siendo ese el caso del concierto o de la gestión interesada o de la sociedad de economía mixta. También es importante advertir que el criterio apuntado es diferente al que nosotros proponemos, ya que hablamos de titularidad de la explotación del servicio; no obstante, considero que lo realmente importante, en este caso, es que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, comienza a abandonar el criterio del destinatario del servicio para buscar criterios más actuales, aunque los mismos tengan un carácter parcial, ya que no puede utilizarse para diferenciar todas las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos (por último, apuntar que el mencionado criterio se maneja por el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 65/08, de 31 de marzo de 2009).

⁸⁸ El artículo 1.4 de la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, dice que: «La "concesión de servicios" es un contrato que presenta las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio».

⁸⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 10 de noviembre de 1998, asunto BFI Holding.

⁹⁰ Artículo 256 b) de la LCSP.

⁹¹ Artículo 256 c) de la LCSP.

⁹² En este sentido cabe citar el Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid 11/08, de 15 de octubre de 2008, que dice que: «... un contrato de gestión de servicio público, que por esencia implica entregar la prestación de un servicio de titularidad de la Administración a un contratista, durante un plazo de tiempo...».

⁹³ Artículo 8.1 de la LCSP dice que: «El contrato de gestión de servicios públicos es aquel en cuya virtud una Administración Pública encomienda a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendada».

de policía necesarios para asegurar la buena marcha del mismo ⁹⁴, y una vez finalizado el plazo establecido en el contrato el servicio (o si se prefiere la organización del servicio) revierte a la Administración ⁹⁵. Por lo tanto, se debe distinguir en el contrato de gestión de servicios públicos, entre titular del servicio que es siempre la Administración, y titular de la explotación del servicio o responsable de la gestión, que es el contratista, se puede hablar, en el contrato de gestión de servicios públicos de una disociación, correspondiendo la titularidad del servicio a la Administración y la gestión al contratista ⁹⁶.

En aplicación de este criterio, cuando la titularidad de la explotación del servicio le corresponda a la Administración, los contratos que esta pueda celebrar y cuyo objeto se encuentre entre los que recoge la LCSP como de servicios ⁹⁷, son contratos de servicios, independientemente de que el destinatario del servicio sea el contratista o la Administración. Sin embargo, cuando la titularidad de la explotación del servicio le corresponda al contratista, nos encontraremos ante un contrato de gestión de servicios públicos.

Como principales ventajas de este criterio de distinción se destacan las siguientes:

- En primer lugar, este criterio de distinción a diferencia del criterio del destinatario del servicio, no restringe las posibilidades de las que dispone la Administración de hacer uso del contrato de servicios.
- En segundo lugar, el criterio de distinción propuesto, a diferencia del criterio de la existencia o no de tarifas, es un criterio que se puede aplicar a todos los supuestos evitando el carácter parcial del criterio de las tarifas.
- Finalmente, este criterio de distinción se apoya no solo en la LCSP, sino que encuentra un mejor acomodo en la normativa comunitaria ⁹⁸.

Por último, es preciso recordar que a diferencia de lo que ocurre en Navarra, en donde se admite la concesión como única forma de contratación ⁹⁹, la LCSP admite cuatro formas de contratación, que son: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta ¹⁰⁰. Por

⁹⁴ Artículo 255.2 de la LCSP.

⁹⁵ El artículo 259 de la LCSP regula la reversión del servicio.

⁹⁶ La idea de la disociación ha sido tomada del profesor GARRIDO FALLA, F.: «El concepto de servicio público en derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135, pág. 33 dice acerca de la concesión de servicios públicos que: «... la fundamental es la concesión del servicio público consiste, como quedó dicho, en un fenómeno de disociación en cuanto a la titularidad y la gestión del servicio: la titularidad permanece en manos de la Administración, mientras que la gestión se encomienda a un concesionario que corre con el riesgo económico de la explotación». Las afirmaciones que hace GARRIDO FALLA valen para todas las modalidades de gestión de servicio público, excepción hecha del último inciso que alude al sistema de reparto de riesgos económicos, ya que, como sabemos, el reparto de riesgos varía en función de la modalidad de que se trate.

⁹⁷ Esto es lo recogido en el artículo 10 de la LCSP.

⁹⁸ Resulta indudable que el derecho comunitario debe orientar la interpretación que se haga de la LCSP, particularmente en un caso como este en el que nos movemos en el campo de diferenciación entre dos tipos contractuales, uno sometido al derecho comunitario (contrato de servicios), y otro no sometido a ese derecho (contrato de gestión de servicios públicos).

⁹⁹ Artículo 167 de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

¹⁰⁰ Artículo 253 de la LCSP.

este motivo hay que orientar los esfuerzos en determinar si el criterio propuesto resulta aplicable a todos los supuestos de contratación que admite la ley. Se trataría pues de realizar una especie de test al criterio de la titularidad de la explotación del servicio, contraponiéndolo con las distintas modalidades de contratación.

- En primer lugar se analiza la concesión ¹⁰¹, en la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura ¹⁰²; en este caso, no queda lugar a la duda de que el criterio propuesto no tropieza con ninguna dificultad a la hora de aplicarse puesto que aquí el concesionario asume la titularidad de la explotación del servicio. En este caso, los beneficios y las pérdidas que suponga la explotación del servicio los asume el contratista ¹⁰³.
- En segundo lugar hay que hacer referencia a la gestión interesada ¹⁰⁴, en cuya virtud, la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato ¹⁰⁵. En este caso, el criterio pudiera plantear alguna duda, principalmente por la expresión «... participarán en los resultados de la explotación...», que pudiera hacer pensar que hay una especie de coexplotación del servicio, pero nada más lejos de la realidad, en este supuesto como en el anterior la titularidad de la explotación del servicio le corresponde al contratista, participando con la Administración en los resultados de la explotación del servicio, pero asumiendo la gestión del mismo ¹⁰⁶. Una de las principales características de esta modalidad es que el contratista no asume todos los beneficios y pérdidas que resulten de la ejecución del contrato, sino únicamente los que se hayan pactado entre las partes, pero en todo caso los resultados de la explotación influyen en las percepciones que recibe ¹⁰⁷.

¹⁰¹ Debe advertirse que nuestra mejor doctrina dentro del contrato de gestión de servicios públicos explotado en régimen de concesión diferencia dos tipos de concesiones, en función de que el concesionario tenga o no que realizar la primera implantación del servicio que son las concesiones puras y las de ejercicio, GARCÍA TREVIJANO FOS, J.A.: *Aspectos de la Administración...*, op. cit., págs. 48 y sig.

¹⁰² Artículo 253 a) de la LCSP.

¹⁰³ NIEVES BORREGO, J.: «La gestión interesada en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública* núm. 26, pág. 53 dice que: «... En general con Watrin, hay dos grandes ventajas en la concesión: 1.º Que la Administración queda libre del problema aleatorio de montar una empresa industrial, pasando el problema al particular concesionario. 2.º Que al fin de la concesión la Administración hereda un servicio en funcionamiento, en perfecto estado... Frente a estas ventajas, se pueden señalar los siguientes inconvenientes: 1.º El concesionario obtiene todas las ganancias. 2.º En compensación, el concesionario soporta las pérdidas de la explotación...».

¹⁰⁴ ALBI CHOLBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 1960, pág. 725, alude a las características que presenta la gestión interesada, diciendo que: «(a) Las instalaciones materiales son propiedad de la Administración. El gestor no financia el coste del primer establecimiento del servicio. No es capitalista; aporta exclusivamente su trabajo. b) Los gastos de la explotación se hallan a cargo de la Administración pública, la cual también percibe los devengos económicos de los usuarios. c) El riesgo de la empresa lo soporta solo la Administración pública. d) La Administración confía a un particular, no funcionario, la prestación del servicio público de que se trate. e) Al gestor le retribuye directamente la Administración, no los usuarios; y dicha remuneración puede consistir en una asignación fija o proporcional al gasto, en primas de diversa naturaleza, en participación de beneficios netos, o en alguna fórmula mixta que combine todos o algunos de los procedimientos apuntados».

¹⁰⁵ Artículo 253 b) de la LCSP.

¹⁰⁶ Para entender bien esta forma de explotación, es necesario diferenciar entre explotación y resultados de la explotación.

¹⁰⁷ GARCÍA TREVIJANO FOS, *Aspectos de la...*, op. cit., pág. 54, dice que: «El gestor (normalmente, una sociedad) explota también una empresa en el sentido de que debe organizar medios personales necesarios para el funcionamiento, pero el

- Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate ¹⁰⁸. En este supuesto el criterio de la titularidad de la explotación del servicio no plantea problemas puesto que la responsabilidad de la gestión, por lo menos en el aspecto de organización del servicio, le corresponde a la persona natural o jurídica con la que se concierta ¹⁰⁹.
- Finalmente, la sociedad de economía mixta en la que la Administración participe, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas ¹¹⁰. En este caso, la titularidad de la explotación del servicio le corresponde a la sociedad de economía mixta, en la que participa la Administración. Hay que recordar que esta sociedad en cuyo capital participa la Administración tiene una personalidad jurídica diferente a la de la Administración que participa en la misma, por lo que tampoco en este caso el criterio de la titularidad de la explotación del servicio tropieza con problemas, ya que la sociedad es la que asume los riesgos de la explotación del servicio ¹¹¹.

Como resultado del anterior análisis se puede resaltar que las diferentes formas de configuración del contrato de gestión de servicios públicos ¹¹² no afectan a la relación jurídica fundamental ¹¹³, ya que las mismas únicamente son alternativas o sistemas de reparto de las cargas económi-

hecho de gravar los riesgos sobre la Administración demuestra que es ella quien adquiere la condición de "empresario"... (continúa diciendo)... El gestor puede recibir una remuneración de distintas maneras (pero siempre la recibe de la Administración y no de los usuarios): puede percibir un tanto fijo, o un tanto fijo y una participación en los beneficios, solamente una participación utilitaria, o, en fin según varios módulos». A todo lo señalado en torno al sistema retributivo de la gestión interesada hay que añadir que actualmente el legislador obliga a vincular las retribuciones que percibe el contratista a la utilización que se haga del servicio (así lo dice el art. 257.1 de la LCSP: «El contratista tiene derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato, entre las que se incluirá, para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización que se percibirá directamente de los usuarios o de la propia Administración»).

¹⁰⁸ Artículo 253 c) de la LCSP.

¹⁰⁹ Para comprender mejor la figura del concierto resultan francamente ilustrativas las palabras de MORELL OCAÑA, L.: «La organización y las formas de gestión de los servicios en los últimos cincuenta años», *Revista de Administración Pública*, núm. 150, págs. 405 y sig., dice que: «Aunque ha pasado desapercibido durante largo tiempo, tiene gran importancia el concierto, hasta su adopción formal por el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales. Se trata de un convenio entre la Administración titular de un servicio público y una entidad pública o privada que sea propietaria de las instalaciones idóneas, cediendo esta a la Administración la utilización de tales instalaciones a cambio del pago de un "tanto alzado"; esto es, una cantidad resultante de la estimación de diversos factores: valor de la utilización de las instalaciones, de los servicios personales, de la amortización de las mejoras o nuevas inversiones acordadas, etc. La legislación local establece, lo que no deja de ser innecesaria rigidez procedente del clásico planteamiento del principio de riesgo y ventura. Téngase en cuenta que el plazo máximo de duración será de diez años... Tanto en el ámbito local como en el estatal, es en el marco de los servicios típicamente sociales (benéficos y sanitarios) donde esta fórmula ha encontrado un mayor desenvolvimiento».

¹¹⁰ A la sociedad de economía mixta alude el artículo 253 d) de la LCSP.

¹¹¹ NIEVES BORREGO, J.: *La gestión interesada...*, op. cit., pág. 73, dice sobre la sociedad de economía mixta que: «La sociedad de economía mixta es un caso claro de actividad de la Administración sometida al campo del derecho privado; y los caracteres de estas sociedades son dos fundamentalmente: a) Participación de la Administración en el capital social de la Compañía creada o que se vaya a crear; b) Participación en la Administración de la misma con normas especiales y excepcionales».

¹¹² Esas formas son la concesión, el concierto, la gestión interesada y la sociedad de economía mixta.

¹¹³ La relación jurídica fundamental, lo que subyace al contrato de servicios, es que la Administración traspaasa la organización del servicio a un contratista.

cas que conlleva la prestación del servicio. En este sentido, merece la pena citar a modo de recuerdo y de inicio de esta reflexión, las razones que hicieron que surgiera la gestión interesada como modalidad de gestión del contrato de gestión de servicios públicos que no es otra que la necesidad de crear un sistema de gestión diferente de la concesión que permita a la Administración participar en los beneficios derivados de la explotación del servicio¹¹⁴; por otro lado, la sociedad de economía mixta es un sistema de gestión que no solo permite a la Administración participar en los beneficios de la explotación sino que le permite participar en las decisiones de gestión que se tomen en torno al servicio, participación que se verá condicionada por su participación en el capital social de la empresa¹¹⁵. De todo lo anterior cabe concluir que a medida que la Administración por razones históricas ha ido necesitando alternativas de gestión por motivos diversos, estas han ido apareciendo, no obstante lo anterior, en todas esas modalidades subyace una idea esencial que es que por medio del contrato se transfiere al contratista la responsabilidad de la organización o explotación del servicio.

Por todos los argumentos aportados, creo que el criterio más adecuado para diferenciar el contrato de gestión de servicios públicos del contrato de servicios es el de la titularidad de la explotación del servicio o responsabilidad de la organización¹¹⁶, propuesto en estas últimas líneas.

Debe apuntarse que esta tesis en cierto modo se ha visto refrendada por la Exposición de Motivos de la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos, cuando justifica la noción que de contrato de asistencia¹¹⁷ se ha dado por la misma¹¹⁸, si bien es cierto que el legislador foral no profundiza en los motivos que han llevado a la solución que propone.

¹¹⁴ NIEVES BORREGO, J.: *La gestión interesada...*, *op. cit.*, pág. 52, dice que: «Si bien Watrin aduce precedentes históricos en el derecho alemán, el origen real de la institución se encuentra en 29 de julio de 1907, fecha en la que la Convención de la Villa de París con Mr. Rouland para el suministro del servicio de gas en dicha ciudad... En cualquier caso el nacimiento obedece a una superación del sistema concesional y del carácter temporal del mismo. Se parte de la idea de que, en general, la concesión supone una serie de riesgos y de aleas inevitables; y parece buena solución atribuirlos a un particular que soportará dichos riesgos y aleas. Al tomar el particular concesionario el carácter empresarial, soportará las pérdidas; pero también obtendrá las ganancias que puedan derivar de la gestión. Como de hecho eran ganancias, la Administración arbitró un procedimiento de poder participar en las mismas».

¹¹⁵ Es indudable que en este caso el servicio se encomienda a una persona jurídica diferente de la Administración titular del servicio, pero la Administración participa en el capital social de la empresa y en sus órganos de gobierno, siendo precisamente esta participación la que le permite entrar en la toma de decisiones.

¹¹⁶ Como se ha podido comprobar, este criterio de distinción lo hemos definido de dos maneras distintas; la primera, sería la del criterio de la titularidad de la explotación del servicio; y la segunda, sería la del criterio de la responsabilidad en la explotación, o de la titularidad de la gestión del servicio. No obstante, nos inclinamos por la primera de las definiciones propuestas puesto que a nuestro juicio es la que tiene un mejor encuadre o presenta una mayor coherencia con la regulación que de las dos modalidades que pretendemos diferenciar hacen tanto la LCSP, como la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo.

¹¹⁷ En Navarra la Ley Foral ha optado por no hacer uso de la expresión, contrato de servicios, utilizando la de contrato de asistencia, los motivos que justifican esta decisión son dos: por un lado, se remarca la idea de que las entidades sometidas a la Ley Foral (en especial las Administraciones Públicas) no desarrollan la actividad con sus propios medios, sino que acuden al mercado para complementarlos y, por otro, se evita la confusión con los supuestos de prestación de un servicio por medio de un contratista interpuesto. Así lo dice el apartado III de la Exposición de Motivos de la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos.

¹¹⁸ El apartado III de la Exposición de Motivos de la mencionada Ley Foral señala que: «... Además, de acuerdo con la directiva, el contrato de asistencia no solo abarca los servicios prestados a la Administración –ámbito del contrato de asistencia en la Ley Foral 10/1998–, sino que también incluye toda prestación de servicios de las contempladas en el Anexo II en las que el destinatario del servicio sea un tercero o el público en general».

Finalmente, me gustaría aludir a una línea de distinción que se está empleando recientemente por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, la misma no está consolidada, pero supone un cierto soplo de aire fresco, un abandono de la línea tradicional para buscar un criterio más actual y una aproximación al criterio de distinción que he propuesto.

Antes de profundizar en el análisis de este criterio, quiero apuntar que el mismo se utiliza para distinguir el contrato de servicios del de gestión de servicios públicos en régimen de concesión ¹¹⁹. Advierte la Junta cuatro notas o rasgos definitorios del contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión, que son:

- Que se trate de servicios susceptibles de ser explotados por particulares.
- Que no implique el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos.
- Que el contratista que lo explote tenga encomendada la organización y prestación del servicio conjuntamente.
- Que asuma el riesgo económico derivado de la prestación del servicio ¹²⁰.

Dice la Junta que cuando se encomienda al contratista el desempeño de las actividades precisas para la prestación del servicio, sin asumir el riesgo, el contrato es de servicios. Por lo tanto, para que haya contrato de gestión de servicios públicos en régimen de concesión, la Junta exige que el contratista asuma la organización del servicio y el riesgo económico derivado de ello.

Depurando lo hasta ahora dicho vemos cómo entre la variedad de criterios de distinción que ofrece la Junta luce uno especialmente que es el criterio de la asunción de la organización del servicio. Analizando este criterio se puede ver cómo el mismo se encuadra dentro del que he propuesto del titular de la explotación del servicio o responsable de la explotación, siendo este último más amplio que el primero, ya que la titularidad de la explotación ampara facultades más amplias que la simple organización del servicio, además, considero que la terminología que he empleado es más acertada por dos razones: la primera, es que la misma es acorde con el derecho comunitario que utiliza el concepto o término explotación; y la segunda, es que el término explotación tiene un mayor arraigo en el derecho de la contratación pública para referirse al contrato de gestión de servicios públicos.

Debo decir que esta nueva línea interpretativa abierta por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa debe ser objeto de sincero aplauso, ya que si bien alude exclusivamente a los contratos de gestión de servicios públicos organizados en régimen de concesión, implica un abandono del criterio tradicional del destinatario del servicio que tan desfasado se muestra actualmente.

¹¹⁹ No pudiendo ser empleado para distinguir los contratos de gestión de servicios públicos que se explotan bajo las modalidades de concierto, gestión interesada o sociedad de economía mixta.

¹²⁰ Informe 04/08, de 28 de julio de 2008.

6. Reflexiones finales acerca de los criterios de distinción analizados

De todo lo dicho puedo señalar que cuando la prestación que se pretende contratar por la Administración puede ser calificada de servicio público y tiene un contenido económico que la hace susceptible de explotación por un empresario, la Administración tiene una doble opción, de un lado, transferir el servicio al contratista haciendo uso de alguna de las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos; y, de otro, continuar detentando la organización y la titularidad del servicio licitando un contrato de servicios. Detrás de cada una de esas dos opciones comentadas subyace un trasfondo político ¹²¹ (no técnico-jurídico), en la medida en que mediante una de las modalidades (gestión de servicio público) se transfiere el servicio a un contratista, que recibirá una retribución vinculada a su explotación, mientras que en el contrato de servicios la Administración continúa siendo titular del servicio de que se trate.

Por lo tanto, llegado al cruce de caminos planteado en las líneas precedentes la Administración tiene dos opciones, su elección dependerá de cuestiones de oportunidad, criterios políticos, etc., pero no viene determinada por una cuestión normativa, es decir, no viene predeterminado por la ley, sino que llegados a este punto el responsable público debe elegir entre continuar detentando la organización de un servicio público, siendo responsable del mismo, buscando una colaboración con empresarios particulares, o transferir ese peso en bloque al sector privado.

Me gustaría apuntar que lo heterogéneo de las prestaciones del contrato de servicios hacen, en muchas ocasiones, que la diferenciación con otros tipos contractuales sea compleja, complejidad que se multiplica cuando se trata de diferenciar este contrato del de gestión de servicios públicos.

Quisiera defender que cuando se da el binomio servicio público y contenido económico el contrato no tiene por qué ser irremisiblemente de gestión de servicio público. En este sentido, hay que decir que detrás de la diferencia entre el contrato de servicios y el de gestión de servicio público, hay algo más que simples contratos administrativos, ya que el contrato de gestión de servicio público implica traspasar la gestión del servicio, concediendo una retribución vinculada a la explotación del mismo. No creo que, en este caso, la Administración no tenga opción, no tenga libertad para configurar el contrato de otra manera, que cuando se da el binomio comentado tenga la obligación legal de traspasar el servicio al contratista, saliendo por lo tanto de sus manos, de su órbita de influencia directa declinando la posibilidad de organizar el servicio de que se trate; la clave de toda la argumentación anterior descansa sobre la base de la diferencia de fondo que hay entre el contrato de servicios y el de gestión de servicio público que no es otra que la transferencia de la explotación u organización del servicio que se produce en el contrato de gestión de servicio público. La decisión sobre transferir o no el servicio al contratista es una decisión que descansa sobre la

¹²¹ El Dictamen del Comité de las Regiones sobre «La evaluación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios» cdr 370/95, Diario Oficial C 126 de 29/04/1996, alude a las opciones que tiene un ente público de prestar un servicio a través de sus propios medios o acudiendo a la contratación externa, no obstante, creo que las consideraciones realizadas resultan de aplicación plena en este caso, dice que: «De hecho, la cuestión de si una entidad pública quiere prestar un servicio mediante sus recursos propios o encomendar su ejecución a terceros es un asunto de organización, gestión y consideraciones políticas internas».

Administración, quien al redactar los pliegos decide lo que mejor conviene a los intereses públicos, por ese motivo esta posibilidad de que dispone la Administración rompe todo automatismo, permitiendo libertad a la Administración para decidir si transfiere o no el servicio (calificando el contrato como de servicios o de gestión de servicio público). Nos encontramos, por lo tanto, ante una potestad discrecional de la Administración, que dispone de la doble opción comentada en las líneas precedentes.

Quiero añadir una última reflexión acerca del futuro de las dos categorías contractuales que estoy analizando en el presente trabajo, la misma parte de las consideraciones iniciales realizadas en torno al contexto histórico en el que se mueven las Administraciones Públicas actualmente (globalización, contención del gasto público, reducción de efectivos, etc.), creo que ante el contexto expuesto, en el futuro el debate político no consistirá en discutir entre la gestión pública o la privada de determinados servicios, sino que se centrará en la discusión entre la trasmisión del servicio al contratista (mediante un contrato de gestión de servicios públicos) o continuar deteniendo la responsabilidad de la organización del servicio (mediante un contrato de servicios), esta reflexión se fundamenta en los indicios que se vislumbran actualmente sobre lo que parece que es el devenir de la Administración, que se presenta en el futuro como un organismo con pocos efectivos que debe prestar servicios públicos de calidad en un mundo globalizado.

VII. INTERPRETACIÓN CONFORME

El derecho de la contratación pública ha experimentado en los últimos años una serie de modificaciones normativas, siendo impulsadas, muchas de ellas, por las instituciones comunitarias, pero además de estos cambios evidentes se ha producido otro tipo de cambios más silenciosos de índole conceptual o dogmático que obligan a reinterpretar los conceptos y las figuras jurídicas decimonónicas (como lo es la categoría del contrato de gestión de servicios públicos).

Hay que decir que detrás de un contrato de gestión de servicio público, en el fondo, en sus entrañas, si se prefiere, su finalidad es transferir al contratista la responsabilidad en la gestión u organización de un determinado servicio ¹²².

De otro lado, debe situarse el sistema de reparto de riesgos económicos asociados a la explotación del servicio, que puede diseñarse o estructurarse de cuatro maneras diferentes que son: la concesión, el concierto, la sociedad de economía mixta y la gestión interesada.

Las instituciones comunitarias desean crear, en materia de contratación pública, un mercado de contratos que se asiente sobre la base de una serie de principios como son los de publicidad, igual-

¹²² Los motivos de la transferencia pueden ser diversos, entre otros, encontramos el intento de fomentar la participación del sector privado en la prestación de servicios a la comunidad, la mejor competencia técnica, o el deseo de los gobernantes de desentenderse de una manera más amplia de un determinado sector de actividad.

dad de trato, transparencia, entre otros ¹²³. Por lo tanto, las preocupaciones de las instancias comunitarias se centran en la fase de adjudicación del contrato, utilizando para la consecución de ese objetivo un instrumento jurídico flexible como es la directiva ¹²⁴, que impone una obligación en cuanto al resultado ¹²⁵, dejando libertad en los instrumentos a utilizar a los países miembros ¹²⁶.

Por otra parte, ya he dicho que la calificación jurídica de un contrato es esencial, ya que determina el régimen jurídico aplicable al mismo, teniendo una mayor trascendencia en el caso de los contratos que se mueven dentro de los umbrales comunitarios ya que esa calificación determina, entre otras cosas, la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

El legislador comunitario únicamente reconoce una modalidad de contrato de gestión de servicio público, que es el que se explota en régimen de concesión. En la concesión de servicios en régimen de concesión (utilizando terminología comunitaria) o contrato de gestión de servicios públicos (utilizando terminología española), confluyen circunstancias que hacen que el tipo se individualice y diferencie de otros contratos, esta modalidad presenta dos características esenciales que son que mediante la misma se opera una transmisión de la organización del servicio (elemento sustantivo) ¹²⁷, y que se transmite al contratista íntegramente los riesgos económicos y los beneficios que resulten de la explotación (elemento económico). Cuando en un contrato confluyen esos dos elementos la regulación del contrato se abstrae a la normativa comunitaria, pasando a tener la calificación de concesión de servicios. En el resto de los casos, si bien el contrato puede calificarse de gestión de servicios públicos conforme a la normativa española (ya que concurre el elemento sustantivo), no puede ser calificado como de concesión de servicios en base a los criterios fijados por las instancias comunitarias (ausencia del elemento económico).

¹²³ Sobre los principios inspiradores de la contratación pública, se pueden ver los considerandos de la Directiva 2004/18/CE, de 14 de marzo. Así como el libro de MORENO MOLINA, J.A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bormazo.

¹²⁴ Sobre el valor de la directiva GUY, I.: *Manual de derecho comunitario general*, Ariel, Derecho, 3.ª edición, pág. 146, dice que: «Su inclusión en la lista corresponde sin duda a la voluntad de los redactores de los tratados de ofrecer a las instituciones al lado del reglamento, instrumento de uniformización jurídica, una fórmula basada en una distribución de las tareas y en una colaboración entre el nivel comunitario y el nivel nacional, por lo tanto más flexible y respetuosa de las particularidades nacionales, especialmente adaptada a la función de aproximación de las legislaciones nacionales».

¹²⁵ SANTAOLALLA LÓPEZ, F.: «Reflexiones sobre el desarrollo normativo del derecho comunitario», *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 14, mayo-agosto 1987, pág. 340 dice que: «Por consiguiente, no tienen por sí mismas las directivas el llamado "efecto directo", esto es, la cualidad de integrarse inmediatamente en el orden interno de los Estados. En puridad no son normas generales, puesto que sus mandatos no pueden generar por sí mismos derechos y obligaciones en sujetos distintos del Estado destinatario. Para ello se necesita que el Estado adopte las medidas oportunas de desarrollo o ejecución, siendo estas últimas las que harían surgir esos derechos y obligaciones».

¹²⁶ En definitiva, la directiva es un instrumento jurídico que deja en manos de los países miembros su transposición, permitiendo, en función de su redacción, interpretaciones diversas a la hora de su plasmación, en este sentido, GONZÁLEZ ALONSO, L.N.: «Las obligaciones de los estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3, enero-junio 1998, pág. 244, dice que: «Y, en consecuencia, los problemas que plantea la inserción en el ordenamiento comunitario no son solo de naturaleza técnica, sino que derivan en gran medida de la opción política que subyace a la utilización de este procedimiento de legislación en dos tiempos, cuya efectividad queda, en última instancia, supeditada a la intervención directa de las instancias nacionales».

¹²⁷ Esta transmisión se da también en las otras modalidades que presenta el contrato.

Ya se ha visto que para que proceda hacer el uso de la técnica jurídica de la interpretación conforme¹²⁸ es necesario que se produzca una distorsión entre la regulación comunitaria y la regulación interna, lo que subyace a esta técnica es que si no se hiciera uso de la misma los Estados miembros podrían eludir el derecho comunitario¹²⁹, creando figuras, procedimientos que distorsionen el contenido de la directiva, logrando eludir la aplicación de la misma mediante un mecanismo tan burdo como crear una regulación paralela que permita burlar la transposición de la misma, este resultado ha sido objeto de un rechazo frontal por parte del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en este sentido dice que: «... es jurisprudencia reiterada que un Estado miembro no puede alegar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones y plazos establecidos por la directiva¹³⁰». En este caso, la visión amplia que del contrato de gestión de servicios públicos tiene el legislador español, en contra de la noción restrictiva que de este tipo hace el regulador comunitario, hacen que en nuestro país se sustraigan del contrato de servicios prestaciones que conforme a la directiva de coordinación debían formar parte del mismo, eludiéndose con esa visión amplia que se hace del contrato de servicios el derecho comunitario regulador de la contratación pública. Es, precisamente, esta la distorsión que se produce en materia de diferenciación entre ambos tipos contractuales.

Ante una situación como la descrita en las líneas anteriores, se impone una interpretación conforme de la normativa española¹³¹, la misma debe orientarse en el siguiente sentido:

- Cuando en el contrato se pacte la transmisión al contratista del elemento sustantivo y del elemento económico, debe calificarse como concesión de servicios y extraerse de la regulación comunitaria, ya que lo permite la normativa comunitaria.
- Cuando se transmita al contratista el elemento sustantivo y no se superen los umbrales comunitarios, el contrato debe calificarse como de gestión de servicios públicos, siendo su regulación la que la ley establece para este tipo de contratos.

¹²⁸ La obligación de interpretación conforme con la directiva surge desde el mismo momento de su notificación, aun sin haber transcurrido el plazo de transposición, así lo recuerda GONZÁLEZ ALONSO, L.N.: *Las obligaciones de los estados miembros...*, *op. cit.*, pág. 245, que dice que: «Desde el momento de su notificación o de su entrada en vigor, la directiva existe en tanto que elemento de derecho objetivo puede, en virtud de su carácter obligatorio para los Estados miembros, producir efectos jurídicos concretos. Hasta la fecha, el juez comunitario no había precisado estos efectos más que en relación con la obligación que incumbe a las autoridades nacionales, y en particular, a los órganos jurisdiccionales, de interpretar el Derecho interno de conformidad o a la luz de la directiva...».

¹²⁹ Se reafirma esta solución de la interpretación conforme, si se toma en consideración el principio de cooperación leal de los Estados miembros con la Comunidad que se encuentra proclamado en el artículo 10 del TCE, tal y como recuerda el profesor ALONSO GARCÍA, R.: «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 154, pág. 66.

¹³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 17 de septiembre de 1998, asunto C-323/96.

¹³¹ Sobre la interpretación conforme hay que aludir a las reflexiones de MILLETT, T.: *El efecto directo de las directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?*, en Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, dice que: «Se trata de un principio de que la Ley nacional debe interpretarse de conformidad con la letra y los objetivos de una directiva pertinente... (cita la Sentencia Marleasing SA/ La Comercial Internacional de Alimentación SA, C-106/89), dice que esta sentencia señala que ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado al que se refiere la directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189».

- Finalmente, cuando se transmita al contratista el elemento sustantivo y se superen los umbrales comunitarios propios del contrato de servicios, en este caso, debe darse al contrato la publicidad propia de un contrato de servicios, aplicándole las reglas que para este tipo de contratos establece la directiva de contratos. Por lo demás, no existe, a mi juicio, en este caso, inconveniente en calificar el contrato como de gestión de servicios públicos en el derecho español, la simple calificación no vulnera el derecho comunitario¹³², siempre que se respeten las reglas comunitarias en materia de adjudicación del contrato. En estos casos, el diagrama normativo aplicable a la regulación del contrato sería preparación del contrato, efectos y extinción (se rigen por la LCSP), adjudicación y criterios de valoración de ofertas y prescripciones técnicas, por lo establecido por la LCSP para los contratos de servicios sujetos a regulación armonizada.

VIII. RAZONES QUE JUSTIFICAN EL ERROR EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA NORMATIVA COMUNITARIA EN MATERIA DE CONTRATOS PÚBLICOS

Creo que la labor de una persona que se aproxima a una regulación jurídica determinada, no debe consistir en evidenciar un error o una distorsión en el ordenamiento jurídico y apuntar la posible solución a la misma razonándola en derecho, sino que debe consistir en un esfuerzo por buscar una explicación a la situación a la que se enfrenta, ya que si se conocen las raíces de un problema es más sencillo evitar que este se repita en el futuro, y afrontar el problema en el momento presente.

A mi entender, en este caso, la distorsión viene motivada por un error de enfoque por parte del legislador español. Este error consiste en afrontar la transposición de la directiva de contratos públicos exclusivamente desde una visión nacional. Gráficamente se puede decir que el legislador nacional ha cogido la directiva de contratos y ha tratado de encajarla en la tradición normativa española. La visión comentada de entender la transposición en la línea marcada anteriormente no es correcta, ya que resta importancia a la regulación comunitaria a la que se le obliga a encajarse en el molde nacional. Esta visión en ningún caso se corresponde con las relaciones jerárquicas que existen entre los dos ordenamientos jurídicos, ya que se produce una subordinación del derecho comunitario al nacional (al utilizar el sistema de transposición comentado), cuando en realidad el sistema de relaciones es inverso al comentado. Así, se puede decir que el principio de jerarquía existente entre el derecho nacional y el comunitario aconseja utilizar un sistema de transposición que vaya de arriba (derecho comunitario) abajo (derecho nacional), no de abajo arriba, es decir, adaptar los moldes nacionales a la normativa comunitaria y no a la inversa.

Una vez realizadas todas esas reflexiones en abstracto, es necesario pasar al plano concreto, se trata, por lo tanto, de esgrimir razones que justifiquen las conclusiones a las que he llegado en las

¹³² Recuérdese que antes de la aparición de la LCSP, existían prestaciones que se englobaban bajo el ropaje del contrato comunitario de servicios, que en nuestro país recibían el nombre de consultoría y asistencia, o el caso de Navarra donde el contrato comunitario de servicios se denomina asistencia. En este sentido hay que recordar, lo ya dicho, que es que la directiva es un instrumento jurídico que impone una obligación de resultado, no metiéndose en los mecanismos por medio de los cuales se logra ese resultado.

líneas anteriores. Creo que avala todo lo dicho el hecho de que el legislador nacional al regular el contrato de gestión de servicios públicos permita que contratos que, de conformidad con la normativa comunitaria, son de servicios sean calificados en nuestro país como contratos de gestión de servicios públicos abstrayéndose a la normativa comunitaria reguladora de la materia, se ha tratado, por lo tanto, encajar la directiva de contratos en el molde tradicional de las modalidades de contratación nacionales, molde que se encuentra desfasado actualmente.

Una muestra de un planteamiento inverso al anterior, esto es, una transposición de arriba hacia abajo es lo que se ha ocurrido en Navarra, que como ha quedado señalado configura el contrato de asistencia con toda la virtualidad que le concede la normativa comunitaria, permitiendo que los servicios que se prestan en virtud al mismo se presten al público en general, admitiendo la concesión como única forma del explotación del contrato de gestión de servicios públicos.

A modo de reflexión final, me gustaría señalar que en el momento actual se hace preciso que se reorienten las formas clásicas de interpretar y aplicar las normas reguladoras de la contratación pública, junto con los mecanismos o técnicas de transposición utilizados por el legislador nacional; la nueva orientación debe ser tendente a asegurar el cumplimiento de la normativa comunitaria reguladora de la contratación pública, para lograr ese objetivo se hace necesario acabar con los lazos históricos que crea la regulación anterior de una materia. El contexto histórico jurídico actual exige un esfuerzo en el sentido indicado, con el mismo se lograría conceder al ordenamiento comunitario el espacio que le corresponde.

IX. CONCLUSIONES

Ha sido mi intención, en este trabajo, aportar un nuevo criterio de distinción entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos, criterio que estimo más actual que el existente hasta este momento, además, creo que el nuevo criterio que propongo se ajusta mejor a las diferencias de fondo que existen entre esos dos contratos administrativos típicos, ese criterio es el del responsable de la organización o explotación del servicio. Las razones que justifican aportar un nuevo criterio de distinción entre los dos tipos de contratos son dobles, en primer lugar, la distinción en función del destinatario del servicio no responde a la realidad actual de ambos contratos públicos; y, por otro lado, ese criterio de distinción no se corresponde con la esencia de la diferencia que hay entre ambos contratos.

Por otro lado, he advertido una distorsión en la transposición de la normativa comunitaria reguladora de la contratación pública, en concreto, en lo que respecta a la configuración del contrato de gestión de servicios públicos explotado en las modalidades de concierto, sociedad de economía mixta y gestión interesada; esta distorsión podría provocar la elusión de las normas comunitarias reguladoras de la contratación pública, con el fin de evitar esa distorsión se propone una interpretación conforme con la normativa comunitaria.

Es importante tener claros los criterios de distinción entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos, ya que estos dos tipos están llamados a jugar un papel esencial en el nuevo

contexto histórico en el que se tiene que mover la Administración actualmente, fuertemente mediado por la contención del gasto público y por la prestación de servicios mediante la búsqueda de colaboración con empresarios particulares.

Finalmente, quiero señalar que este trabajo no hace sino resaltar la importancia creciente que tiene el derecho comunitario regulador de la contratación pública en la interpretación y aplicación de la LCSP, se impone un cambio de mentalidad en esta materia que permita una nueva visión de la contratación pública en nuestro país más global desde la óptica del derecho comunitario. Con este trabajo se pretende resaltar la importancia que tiene esa manera de entender e interpretar las normas reguladoras de la contratación pública en el momento actual.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBI CHOLBI, F.: *Tratado de los modos de gestión de los servicios públicos locales*, Madrid, 1960.
- ALONSO GARCÍA, R.: «El soft law comunitario», *Revista de Administración Pública*, núm. 154.
- BALLBÉ, M.: «El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización», *Revista de Administración Pública*, núm. 174.
- BOQUERA OLIVER, J.M.^a: *Derecho administrativo*, 10.^a edición, Civitas.
- BULLINGER, M.^a: «El service public y la daseinsvorsorge en Alemania», *Revista de Administración Pública*, núm. 166.
- CASSESE, S.: «El espacio jurídico global», *Revista de Administración Pública*, núm. 157.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.M.: «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *Revista de Administración Pública*, núm. 150.
- GARCÍA CAPDEPÓN, P.M.: «Los contratos de colaboración público-privada», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 3.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en el mundo de las leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, reimpresión 2000.
- GARCÍA TREVIJANO: «Aspectos de la Administración Económica», *Revista de Administración Pública*, núm. 12.
- GARRIDO FALLA, F.: «El concepto de servicio público en derecho español», *Revista de Administración Pública*, núm. 135.
- GONZÁLEZ ALONSO, L.N.: «Las obligaciones de los estados miembros durante el plazo de transposición de las directivas», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 3.
- GIMENO FELIÚ, J.M.^a: «Disposiciones comunes a todos los contratos administrativos», trabajo que se encuentra en la obra colectiva coordinada por Juan Cruz ALLI ARANGUREN, *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos*.
- GUY, I.: *Manual de derecho comunitario general*, Ariel Derecho, 3.^a edición.
- 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, edita Consejo General del Poder Judicial.

- IRANZO MARTÍN, J.E. y otros: *El futuro del gasto público en España*, Instituto de Estudios Económicos.
- JEZE, G.: *Principios fundamentales del Derecho Administrativo*, Tomo II, Buenos Aires, 1949.
- LA VILLA RUBINA, J.J.: «El contrato de gestión de servicios públicos en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas», en *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, coordinada por Rafael GÓMEZ FERRER MORANT, Thomson-Civitas.
- LUCAS VERDÚ, P.: prólogo al libro de Ramón PERALTA, *La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho, Universidad Complutense de Madrid.
- MALARET I GARCÍA, E.: «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades transformación del contexto», *Revista de Administración Pública*, núm. 145.
- MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN, A.: «La Administración asediada», *Revista de Administración Pública*, núms. 100-102.
- MEILÁN GIL, J.L.: *La estructura de los contratos públicos, ius tel.*
- Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid de 2001, Consejería de Hacienda, Comunidad de Madrid.
- Memoria de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña de 2007, Generalitat de Catalunya; Departament de Economia i Finances, Direcció General de Contractació Pública.
- MORENO MOLINA, J.A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bormazo.
- MILLET, T.: «El efecto directo de las Directivas: ¿hacia un reconocimiento del efecto directo horizontal?», en: *La articulación entre el Derecho comunitario y los derechos nacionales: algunas zonas de fricción*, Estudios de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial.
- NIETO GARRIDO, E.: «El new public management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido», *Revista de Administración Pública*, núm. 162.
- NIEVES BORREGO, J.: «La gestión interesada en el derecho administrativo español», *Revista de Administración Pública*, núm. 26.
- PASCUA MATEO, F.: «Las nuevas leyes de estabilidad presupuestaria: aspectos formales y materiales», *Revista de Administración Pública*, núm. 158.
- PAIS RODRÍGUEZ, R. y REBOLLO DELGADO, L.: *Introducción al derecho público I*, Manuales Jurídicos Dykinson.
- 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.
- SAMANIEGO BORDIÚ, G.: «La regulación española y europea de los contratos públicos de servicios», en la obra colectiva coordinada por GÓMEZ FERRER, *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, segunda edición, Thomson-Civitas.
- SOSA WAGNER, F.: *Juristas en la segunda república*, Marcial Pons.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: «La actividad industrial del Estado en el derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 3.