

CURSO DE FORMACIÓN

EL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS.

José María Gimeno Feliú
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Zaragoza

Miguel Ángel Bernal Blay
Profesor Ayudante Doctor
Universidad de Zaragoza

UNIDAD DIDÁCTICA 1.- El contrato de gestión de servicios públicos. Depuración conceptual y distinción de figuras afines.

INDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	2
OBJETIVOS GENERALES	3
ESQUEMA DE CONTENIDOS	4
LECCIONES DE APRENDIZAJE	5
LECCIÓN 1.- Sistema de fuentes de la contratación pública.	5
INTRODUCCIÓN	5
OBJETIVOS	5
APARTADOS	6
1.- El Derecho Europeo de contratos públicos.	6
2.- El Derecho nacional de contratos públicos (I): La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público.	11
3.- El Derecho nacional de contratos públicos (II): Principales reformas de la La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público.	13
CONCLUSIÓN GENERAL	20
LECCIÓN 2.- Ámbito objetivo y subjetivo del contrato de gestión de servicios públicos.	22
INTRODUCCIÓN	22
OBJETIVOS	22
APARTADOS	23
1.- El objeto de las concesiones de servicios en el Derecho europeo de contratos públicos y concesiones.	23
2.- El elemento objetivo del contrato de gestión de servicios públicos regulado en la LCSP.	24
3.- El elemento subjetivo del contrato (I): El concepto de Administración pública "a efectos de la LCSP".	29
4.- El elemento subjetivo del contrato (II): la gestión de servicios públicos por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.	33
CONCLUSIÓN GENERAL	34
LECCIÓN 3.- Distinción de figuras afines al contrato de gestión de servicios públicos.	37
INTRODUCCIÓN	37
OBJETIVOS	37
APARTADOS	38
1.- Los contratos de servicios.	38
2.- Los contratos de concesión de obras públicas.	43
3.- El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.	45
CONCLUSIÓN GENERAL	51

INTRODUCCIÓN GENERAL

Con carácter previo al estudio del régimen jurídico del contrato de gestión de servicios públicos se impone conocer el sistema de Fuentes aplicable a la celebración de los contratos públicos habida

cuenta de que la normativa que resulta de aplicación está en un continuo proceso de cambio.

Tras ello, en esta primera Unidad didáctica se abordará el concepto de servicio público “a efectos de la Ley 30/2007” con el objetivo de fijar el elemento objetivo (¿qué se contrata?) del contrato de gestión de servicios públicos regulado en la misma. Junto a ello se abordará la distinción de otras figuras que pueden reputarse afines, por surgir “junto a” o “al lado de” los contratos de gestión de servicios públicos y cuya regulación aborda también la LCSP, en particular, los contratos de servicios, los contratos de concesión de obras públicas, y los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Asimismo se prestará especial atención al elemento subjetivo del contrato (¿quién puede licitar contratos de gestión de servicios públicos?), con especial incidencia de las modificaciones operadas en este sentido por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

Finalmente, y habida cuenta de la posibilidad de que varias figuras de las reguladas en la LCSP compartan el mismo objeto, se impone la depuración de las mismas, señalando las principales diferencias existentes entre las mismas.

OBJETIVOS GENERALES

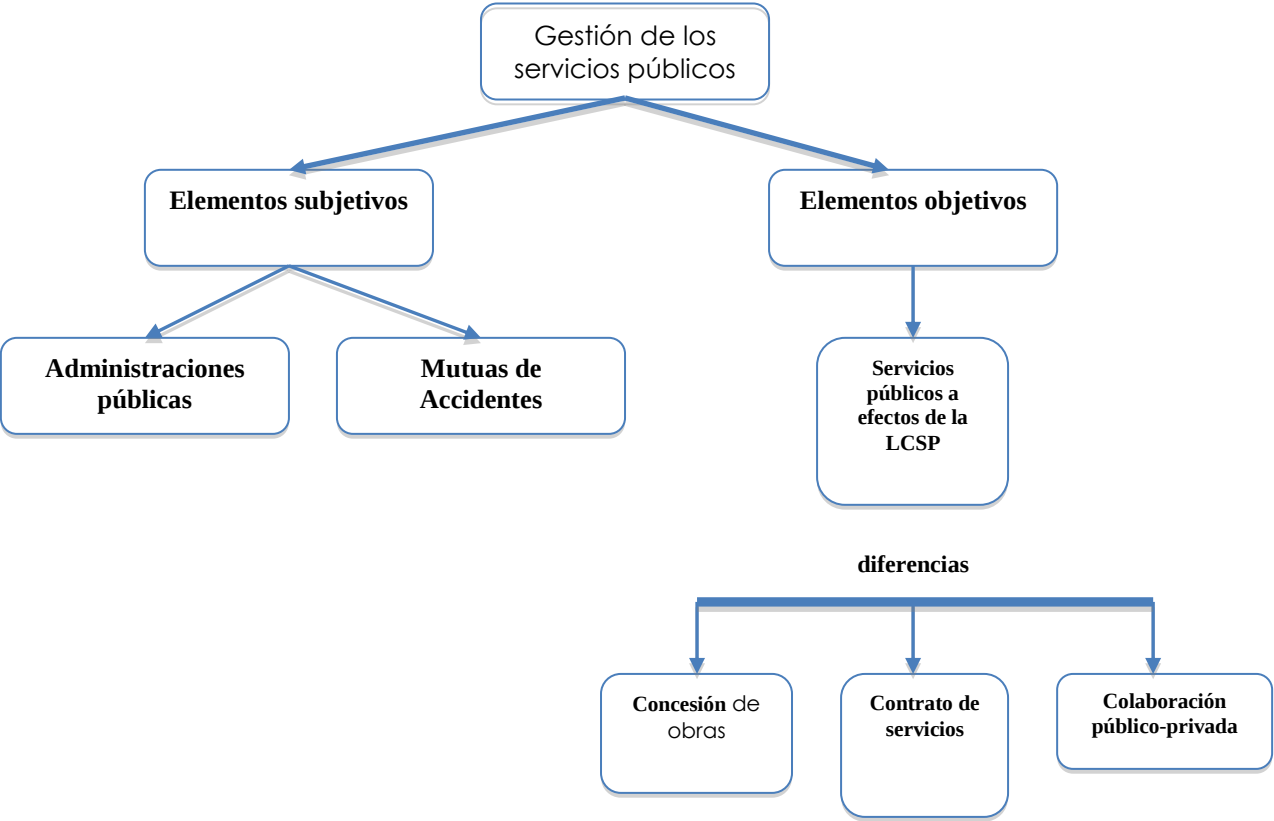
1.- Conocer el sistema de fuentes del Derecho aplicables a la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos.

2.- Saber calificar correctamente un contrato como gestión de servicios públicos atendiendo a su elemento objetivo.

3.- Determinar qué entidades pueden licitar contratos de gestión de servicios públicos.

4.- Diferenciar los contratos de gestión de servicios públicos de otras “figuras afines”.

ESQUEMA DE CONTENIDOS



LECCIONES DE APRENDIZAJE

LECCIÓN 1.- Sistema de fuentes de la contratación pública.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública es una parcela del Derecho administrativo que está en continuo movimiento. Sin olvidar otras causas que obligan a adaptar continuamente la legislación de contratos públicos, como la crisis económica, que ha obligado a utilizar la contratación pública como una herramienta más para su superación, es la necesidad de incorporación del Derecho europeo de contratos públicos y la interpretación que del mismo realiza la jurisprudencia del Tribunal de Justicia la razón que ha llevado en los últimos tres años modificar en varias ocasiones la norma de cabecera sobre la materia, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público (en adelante LCSP).

Ante la anunciada, pero por el momento no disponible, refundición de las normas de modificación de la LCSP dictadas hasta el momento, se hace preciso antes de abordar la regulación concreta de la figura del contrato de gestión de servicios públicos un repaso por el sistema de Fuentes que resulta de aplicación a la adjudicación de dichos contratos.

OBJETIVOS

1.- Identificar las normas que resultan de aplicación a la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos.

2.-Conocer las principales novedades introducidas en la LCSP desde su aprobación en 2007 y que afectan al contrato de gestión de servicios públicos.

APARTADOS

1.- El Derecho Europeo de contratos públicos.

La Directiva comunitaria 2004/18, de 31 de marzo de contratos públicos (acompañada para sectores especiales de la Directiva 2004/17) con fecha de transposición límite el 31 de enero de 2006, pretendía responder a las exigencias de simplificación y modernización formuladas tanto por los poderes adjudicadores como por los poderes económicos buscando una mayor eficiencia y una mejor eficacia. Para ello, y tal y como se indica en sus Considerandos:

“... La presente Directiva está basada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en particular la relativa a los criterios de adjudicación, que clarifica las posibilidades con que cuentan los poderes adjudicadores para atender las necesidades de los ciudadanos afectados, sin excluir el ámbito medioambiental o social, siempre y cuando dichos criterios estén vinculados al objeto del contrato, no otorguen al poder adjudicador una libertad de elección ilimitada, estén expresamente mencionados y se atengan a los principios fundamentales.... contenidos en el Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia. 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”¹

Por consiguiente, y al margen del concreto importe del contrato, la legislación nacional de contratos públicos debe, en todo caso, respetar los principios comunitarios referidos no existiendo, por tanto, ámbitos de la contratación pública exentos en función su umbral, sino que, a partir de cierto importe, juegan la concreción de los mismos

¹ En cuanto a los umbrales recuérdese que para el periodo 2010-2011, el Reglamento (CE) núm. 1177/2009, de la Comisión, de 30 de noviembre de 2009, determina los nuevos umbrales, que, para las obras públicas se concreta en 4.845.000 € y para suministros y servicios en 193.000 €. Asimismo, mediante Reglamento 1564/2005, y Directiva 2005/51/CE, de la Comisión, de 7 de septiembre, se establecen los formularios normalizados para la publicación de anuncios en el marco de las Directivas 17 y 18 de 2004 (modificados por Reglamento 1150/2009, de la Comisión de 10 de noviembre de 2009, con el objetivo de que los poderes adjudicadores pueden incluir en dichos anuncios la justificación a que se refiere el artículo 2 septies de las Directivas 89/605 y 92/13)

contenidos en la Directiva, que deben interpretarse con arreglo a las normas y principios antes mencionados y a las demás normas del Tratado. En todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEON, al margen de que en función del importe del contrato puedan diseñarse unos u otros procedimientos de selección y adjudicación de contratos, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica por que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privado ² . Esta afirmación queda avalada por la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) y que se corrobora en la STJUE de 14 de junio de 2007 (Medipac-Kazantzidis A y Venizeleio-Pananeio) al afirmar que en los contratos que no alcanzan el umbral comunitario:

“efectivamente, procede señalar que el órgano jurisdiccional remitente ha calificado al Venizeleio-Pananeio de «entidad adjudicadora». Esta calificación también la admite el Gobierno griego, el cual declaró en la vista que dicho hospital es un organismo de Derecho público asimilado al Estado. Ahora bien, en virtud de una reiterada jurisprudencia, aun cuando el valor de un contrato que sea objeto de una licitación no alcance el umbral de aplicación de las Directivas en las cuales el legislador comunitario haya regulado el ámbito de los contratos públicos y el contrato de que se trate no esté comprendido, por consiguiente, dentro del ámbito de aplicación de estas últimas, sin embargo, las entidades contratantes que celebran un contrato están obligadas a respetar los principios generales del Derecho comunitario, tales como el principio de igualdad de trato y la obligación de transparencia que deriva de aquél (véanse, en este sentido, la sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartados 60 y 61; auto Vestergaard, antes citado, apartados 20 y 21; sentencias de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartados 16 y 17, y de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C-458/03, Rec. p. I-8585, apartados 46 a 48)”.

² Y es que, como bien afirma este autor no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13.

Sin embargo no parece ser esa la intención del legislador español, al haber acuñado la nueva categoría de “contratos sujetos a regulación armonizada” para referirse a los contratos de umbral de aplicación de la Directiva (los denominados contratos SARA)³. En suma, en todo caso, como bien advirtiera ya BAÑO LEON, al margen del importe del contrato, los Estados deben garantizar en sus normas y en su concreta aplicación práctica que la participación en un procedimiento de adjudicación de contrato público de un licitador que sea un organismo de derecho público no cause distorsión de la competencia con respecto a licitadores privados⁴. Y es que pretender la existencia de controles eficaces para los contratos de umbral comunitario en exclusiva supondría un evidente incumplimiento del principio comunitario de equivalencia, reconocido, entre otras, por la STJCE de 28 de noviembre de 2000 (Roquetes Frères).

La aproximación al concreto alcance de esta reforma comunitaria obliga a unas precisiones previas. La primera que es objetivo principal de esta normativa comunitaria garantizar la eficiencia de los fondos públicos. A tal fin la obligación de transparencia es un instrumento principal que ha de garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (STJUE de 7 e diciembre de 2000 ARGE). Este principio encuentra su principal manifestación práctica, en primer lugar, a través de una adecuada publicidad de los contratos adjudicables en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de las

³ Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA: Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, *RAP* 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen par el que el legislador nacional tiene plena libertad.

⁴ Y es que, como bien afirma este autor, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, *RAP*, 151, 2000. p. 13.

distintas ofertas de contratos públicos, presentando la misma una doble faceta: a) como mecanismo de fiscalización de la Administración, la publicidad constituye una magnífica ayuda para el juego limpio en la vida administrativa y una oportunidad de control a disposición de los administradores y de los candidatos contractuales; b) como medio de promoción de la concurrencia entre los agentes económicos implicados.

Publicidad que debe generar competencia o concurrencia empresarial, como acaba de recordar la STJUE de 15 de septiembre de 2009, (Acoset) al afirmar que los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican en particular una obligación de transparencia, que permite que la autoridad pública concedente se asegure de que tales principios son respetados. La obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véase en particular la STJUE de 6 de abril de 2006, ANAV apartado 21). La segunda, que la contratación pública no puede ser considerada como un fin en si mismo sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas. Es decir, la contratación puede –y debe, diría- ser una técnica que permitiera conseguir objetivos sociales, ambientales o de investigación, en la convicción de que los mismos comportan una adecuada comprensión de cómo deben canalizarse los fondos públicos. En este sentido el Considerando 5 de la Directiva 2004/18 es elocuente:

“Según lo dispuesto en el artículo 6 del Tratado, las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad a que se refiere el artículo 3 del Tratado, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible. La presente Directiva clarifica pues de qué modo pueden contribuir los poderes adjudicadores a la protección del medio ambiente y

al fomento del desarrollo sostenible al tiempo que se garantiza que los poderes adjudicadores puedan obtener para sus contratos la mejor relación calidad/precio."

Esto significa que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un medio de abastecerse de materias primas o de servicios en las condiciones más ventajosas para el Estado, sino que, en la actualidad, a través de la contratación pública, los poderes públicos realizan una política de intervención en la vida económica, social y política del país, lo que convierte a la contratación pública en un ámbito de actividad a través del cual poder orientar determinados comportamientos de los agentes económicos intervinientes: quienes quieran acceder a los contratos públicos deberán cumplir necesariamente con las exigencias que determinen las entidades adjudicadoras. Ejemplo de lo que se acaba de señalar es que para hacer frente a situación de recesión económica y destrucción del empleo el Gobierno de la nación, mediante Real Decreto Ley 9/2008, de 28 de noviembre constituyó un Fondo Estatal de Inversión Local y un Fondo Especial del Estado para la Dinamización de la Economía y el Empleo aprobando créditos extraordinarios para atender a su financiación (línea continuada por el Real Decreto Ley 13/2009 de 26 de octubre por el que se articula un segundo Fondo Estatal de Inversión Local)⁵. En la Exposición de Motivos de este Real Decreto-Ley se manifiesta esta situación en los términos siguientes:

"Las elevadas tensiones en los mercados financieros se han terminado traduciendo en un endurecimiento considerable de las condiciones de crédito, dificultando el normal desarrollo de las actividades económicas de familias y empresas. Estas dificultades de financiación

⁵ Sobre estos Fondos resultan de interés los trabajos de VELASCO CABALLERO F., "Crisis económica y derecho local", de Anuario de Derecho Municipal 2009, Madrid, 2010, pp 25 y ss., FONT I LLOVET T. y GALÁN GALÁN A., "Un año de transición: los gobiernos locales en los desarrollos estatutarios y ante la crisis económica", en Anuario del Gobierno Local 2009, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2010, pp. 13 a 44, R. GOMEZ-FERRER MORANT, "La contratación local en tiempos de crisis económica", Anuario del Gobierno Local 2009, Instituto de Derecho Público, Barcelona, pp. 180-186. La ponencia A. EMBID IRUJO ("El derecho público de la crisis económica") en el VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo celebrado en Palma de Mallorca los días 11 y 12 de febrero de 2011 contiene una visión propedéutica de las reformas legislativas derivadas de la crisis económica.

unidas a la creciente incertidumbre sobre el panorama económico futuro han dado lugar a un significativo retraimiento de la demanda privada en todas sus vertientes, incluyendo el consumo de familias y la inversión empresarial, con consecuencias negativas inmediatas para la economía española, en relación a su nivel de actividad y, particularmente con el empleo”.

Es decir, se va a usar la técnica de la contratación de obra pública, para un fin público, de política nacional, como es la reactivación económica de España y la reducción del desempleo español. Y también para la articulación de políticas públicas activas, utilizando para ello los contratos reservados como sucede en Navarra⁶, o más recientemente en Aragón⁷.

Por otra parte, la contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública.

2.- El Derecho nacional de contratos públicos (I): La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público.

La Directiva 2004/18 obligaba a su trasposición al Estado español. La trasposición de la citada Directiva de contratos públicos –la de sectores especiales se ha realizado en otra norma⁸- se ha efectuado en

⁶ El artículo 9 de la Ley Foral 6/2006, de Contratos Públicos de Navarra dispone la obligación de reservar contratos por un importe mínimo del 6% de los contratos adjudicados en el ejercicio presupuestario inmediatamente anterior.

⁷ La Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, regula en su artículo 7 las reservas sociales de contratos a favor de Centros Especiales de Empleo. Sobre la conveniencia y posibilidades de la figura de reserva de contratos resulta de interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 16/2010, de 1 de diciembre relativo a Consideraciones sobre la reserva de contratos en favor de Centros Especiales de Empleo y otros aspectos vinculados con la contratación de personas discapacitadas.

⁸ Se trata de la Ley 31/2007, de 30 de octubre. Un completo estudio de la misma puede verse en el trabajo de BERMEJO VERA, “El régimen de contratación pública en los sectores especiales del agua, la energía, los transportes y los servicios postales”, *RAP* 179, 2008, pp. 115-159.

el Reino de España mediante la Ley 30/2007, de 30 de octubre de Contratos del Sector Público (LCSP) vencido con creces el plazo para la misma (1 de febrero de 2006).

La Ley de 2007 realiza, como advierte ya en su Exposición de Motivos, una decidida apuesta por renovar la filosofía de la regulación de los contratos públicos y tiene por objetivo adecuarse al marco normativo. A tal fin abandona como eje de la norma la figura del contrato administrativo, extiende su ámbito de aplicación al sector público (distinguiendo entre contratos armonizados y no armonizados, en función del umbral de aplicación de la Directiva 2004/18), regula nuevos procedimientos e incorpora los medios y procedimientos electrónicos⁹. Ciertamente hay una reflexión importante sobre la dirección de la nueva reforma y una decisión de alterar las tradicionales formas de actuación en la contratación pública. Y ello justifica y explica la nueva y diversa estructura de la LCSP.

El desarrollo reglamentario previsto en la LCSP –que no se ha completado debido, principalmente, al constante “movimiento” normativo legal- tampoco ha mejorado la situación de incertidumbre ante los problemas interpretativos que plantea la LCSP. De hecho, solo se ha efectuado un desarrollo menor mediante el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y mediante Real Decreto 300/2011, de 4 de marzo, modificando el formato del denominado “modelo de anuncio para la licitación de los contratos” y estableciendo un nuevo modelo a utilizar en la redacción de los anuncios de formalización de contratos-.

⁹ Ley que ya no se vertebra sobre el concepto del contrato administrativo. Vid. J.A. MORENO MOLINA “¿Por qué una nueva Ley de Contratos?. Objetivos, alcance y principales novedades de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público”, REDA núm. 139, 2008, p. 428. Ciertamente, por el nuevo alcance así debe ser, aunque no debe renegarse ahora de esta institución, como bien advierte ARIÑO ORTIZ en su interesante trabajo “El enigma del contrato administrativo”, RAP núm. 172, 2007, pp. 79-112.

3.- El Derecho nacional de contratos públicos (II): Principales reformas de la La Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del Sector público.

Las reformas legales de la LCSP han sido muy variadas y de distinto calado. Así, hasta la fecha -y pendientes del Proyecto de Ley de captación de financiación en los mercados por los concesionarios de obras públicas y por los titulares de contratos de colaboración público-privada y del anteproyecto de Ley de contratos del sector público en el ámbito de la defensa y la seguridad- son las siguientes:

a) El Real Decreto-ley 6/2010, de 9 de abril, de medidas para el impulso de la recuperación económica y el empleo.

Las medidas incluidas en capítulo II están destinadas a favorecer la actividad empresarial, en diversos ámbitos. En concreto, el artículo 4 reforma la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público, con el objetivo de facilitar la continuidad de la relación contractual con la Administración a los contratistas que hayan solicitado la declaración de concurso de acreedores voluntario y que éste haya adquirido eficacia en un convenio; además, como novedad, se permite la devolución de la garantía depositada por un contratista en el marco de un proceso de contratación pública en caso de resolución del contrato cuando la ejecución de la prestación no se hubiera interrumpido hasta el momento de la declaración de insolvencia y el concurso no hubiera sido calificado como culpable, y se facilita la cesión del contrato, aunque el cedente no tenga ejecutado al menos el 20 por ciento de su importe, si éste hubiera solicitado la declaración de concurso voluntario. Y el Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de mayo, por que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público que incorpora una disposición Adicional Trigésimo cuarta sobre adquisición centralizada de medicamentos y productos sanitarios con miras al Sistema Nacional de Salud.

b) La Ley 14/2010, de 5 de julio, sobre las infraestructuras y los servicios de información geográfica en España.

Esta Ley modifica el artículo 83 (de las garantías), mediante la adición al mismo de un nuevo apartado 4. En él se establece para el caso de los contratos de concesión de obras públicas la regla general del cálculo de la garantía definitiva aplicando el 5% sobre el valor estimado del contrato cuantificado de conformidad con el artículo 76.3; pero previendo no obstante la posibilidad de que el órgano de contratación, atendidas las circunstancias y duración del contrato, y justificándolo adecuadamente, pueda reducir el importe de la garantía definitiva una vez ejecutada la obra y durante el periodo previsto para su explotación; fijando los criterios para esta reducción con un límite del 2% del importe del valor estimado del contrato.

c) La Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Esta norma pretende reducir progresivamente los plazos para los pagos de las Administraciones Públicas a los contratistas¹⁰. Y es que lo que esta en juego es el funcionamiento correcto del mercado ya que como han recordado las instituciones comunitarias (Directiva 2011/7/UE, de 16 de febrero) es condición previa para la inversión, el crecimiento y la creación de puestos de trabajo en el contexto de crisis económica es contar con financiación suficiente y viable... (por lo que) la UE y los Estados miembros deben velar por que los poderes públicos paguen sus facturas en el plazo de un mes. Para cumplir con esta finalidad esta

¹⁰ Vid. S. DEL SAZ CORDERO, "La incidencia de las medidas de lucha contra la morosidad en los pagos del Sector Público", Revista General Derecho Administrativo núm. 25, 2010. Recuérdese que con la Ley de 2004 que ahora se reforma la mora en el pago es automática y sin necesidad de intimación previa y que se configura como incumplimiento contractual. Resume muy acertadamente M.A. BERNAL BLAY, "Responsabilidades por mora en el pago de operaciones comerciales", Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 814, febrero de 2011. Debe advertirse que esta Ley contiene también regulación que afecta a las obligaciones de los Interventores y Tesoreros de las distintas Administraciones (artículo 3.4), así como la obligación de las entidades locales de disponer de un registro de facturas (artículo 3.5), cuya gestión corresponderá a la Intervención u órgano de la Entidad local que tenga atribuida la función de contabilidad.

norma da nueva redacción al artículo 200.4 LCSP - acortando dichos plazos de pago a treinta días¹¹ -. No obstante, se establece un período transitorio con plazos de pago distintos (hasta el 2013), aplicables a los contratos celebrados con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 15/2010 (a partir del 7 de julio de 2010)¹². Esta nueva regulación no tiene carácter retroactivo y se aplicará a los nuevos contratos públicos que se celebren tras su entrada en vigor (DT primera).

Asimismo, conviene destacar una interesante novedad procesal (ante la insuficiencia de la regla prevista en el artículo 29 de la Ley de Jurisdicción contencioso-administrativa de 1998) al añadir el artículo 200 bis LCSP un nuevo «procedimiento monitorio administrativo», tras la previa intimación al pago y la no respuesta en un plazo de un mes (antes eran tres), que incluye como medida cautelar el pago de la deuda en tanto el silencio de la Administración presupone el reconocimiento del vencimiento del pago (principal traba en la aplicación del artículo 29 LJ) sin que La Administración podrá enervar la medida cautelar de pago inmediato salvo que acredite la inexistencia de deuda¹³.

¹¹ El DOUE de 23 de febrero de 2001, ha publicado la Directiva 2011/7/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 2011, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. La norma entra en vigor a los 20 días de su publicación y el plazo de trasposición hasta el día 16 de marzo de 2013. Debe recordarse que el legislador español avanzó la incorporación en la LCSP de las previsiones de la directiva que ahora se publica mediante la modificación del apartado 4 del artículo 200 en el que se establece la obligación de pagar el precio en el plazo de 30 días, así como el calendario de aplicación establecido en Disposición transitoria octava. Ambas modificaciones fueron introducidas en la LCSP mediante Ley 15/2010, de 5 de julio, de modificación de la ley 3/2004, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las transacciones comerciales. Sin embargo, no parece aventurado opinar que la LCSP deberá ser modificada nuevamente toda vez que la trasposición de la directiva comunitaria se ha hecho con deficiente técnica: la directiva comunitaria requiere el establecimiento del plazo de 30 días para todos los poderes adjudicadores (art 2.2 de la directiva 2001/7). Insistimos en que el artículo 200 y 200 bis obligan a la interpretación del concepto de “Administración pública” en el sentido de todo el Sector Público que tenga consideración de poder adjudicador.

¹² Hasta el día 31 de diciembre de 2010 un plazo de 55 días; para el año 2011, un plazo de 50 días, para el año 2012, 40 días y a partir del 1 de enero de 2013, treinta días. Estos plazos no son legislación básica y pueden ser acortados por las Comunidades Autónomas.

¹³ No es posible denegar esta medida cautelar aplicando la regla general del artículo 136.1 LJ de que se genera una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

d) Ley 34/2010, de 5 de agosto, de modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, y 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa para adaptación a la normativa comunitaria de las dos primeras.

Su objeto es la reforma de las leyes 30/2007 y 31/2007 citadas para adaptarlas a la Directiva 2007/66/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre, por la que se modifican las Directivas 89/665/CEE y 92/13/CEE del Consejo, en lo que respecta a la mejora de la eficacia de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de contratos públicos. Esta norma (que afecta sustancialmente a los artículos 27, 37, 38, 39, 91, 96, 135, 138, 140, 174, 182 y 186, así como las contenidas en los nuevos artículos 310 a 319) prevé la sustitución del recurso especial del artículo 37 LCSP por un nuevo recurso, de carácter potestativo, ante un órgano independiente de carácter administrativo -formados por expertos en derecho administrativo y contratación pública- y que, en el ámbito estatal, recibirá el nombre de Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales. Las Comunidades Autónomas pueden crear su Tribunal ("arrastrando" a las entidades locales y demás poderes adjudicadores de ese ámbito autonómico). Estos tribunales administrativos tendrán naturaleza administrativa y sus miembros gozarán de inamovilidad e independencia. La característica principal de la nueva regulación es que se prevé la suspensión de la adjudicación del contrato cuando medie un recurso por alguna de las partes perjudicadas, así como la obligación de anunciar previamente por escrito, al órgano de contratación, la intención de interponer el recurso especial en materia de contratación, en el plazo previsto para la interposición de éste, que se amplía de diez a quince días hábiles, especificándose el inicio del cómputo del plazo en función del acto que se impugne.

Novedad importante es que desaparece la dualidad adjudicación provisional y definitiva y que el contrato se perfecciona con la formalización y no con la adjudicación (modificando en este punto las causas de resolución dado que la no formalización, al no estar perfeccionando el contrato, no supone la resolución del contrato). En coherencia con este cambio legislativo se ha modificado el artículo 135 LCSP anticipando trámites que se exigían antes tras la eliminada adjudicación provisional: ahora el órgano de contratación (no la mesa de contratación), recibida la propuesta de adjudicación que ha establecido la mesa de contratación, se dirige al empresario elegido, para que aporte la documentación que especifica el art 135 LCSP (nueva redacción) y la garantía que establece el artículo 83.1 LCSP, en su nueva redacción). Si recibe esa documentación y se considera correcta, el órgano de contratación dictará el primer acto administrativo propiamente dicho que es la adjudicación, acto que no perfecciona el contrato hasta que no se proceda a la formalización del mismo (art 27.1 LCSP, nueva redacción). Dicho acto de adjudicación se notificará a los licitadores y se publicará en el perfil de contratante (art 135.4 LCSP, nueva redacción). Además, se reduce de quince a diez días hábiles el plazo de que dispone el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa (ahora el propuesto adjudicatario, antes adjudicatario provisional) para presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorizar al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva procedente, pudiendo las normas autonómicas fijar un plazo mayor, sin que exceda de veinte días hábiles (antes un mes).

e) La Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo.

Esta Ley, en su Disposición adicional cuarta suprime, con efectos de 1 de abril de 2011, la limitación a la contratación de Empresas de Trabajo Temporal que contiene la DA 5ª LCSP, en el sentido de limitar esa contratación para la realización de encuestas, toma de datos y servicios análogos. Es decir, se permite que las Empresas de Trabajo Temporal pueden acudir a las distintas licitaciones públicas sin limitaciones.

f) La Ley 2/2011, de 4 de marzo de Economía sostenible.

En esta Ley, (principalmente mediante la Disposición Adicional Decimosexta), se introducen cambios de la LCSP. Además de un régimen nuevo de la potestad de modificación de los contratos públicos, que se extiende a todo poder adjudicador, sea o no Administración Pública (modificando para ello el artículo 20 LCSP), introduce variados cambios de carácter singular (y dispersos. Las reformas contenidas en este texto legal afectan a distintas cuestiones o materias de la LCSP, con las que se pretende:

1) Impulsar la eficiencia en la contratación pública y la colaboración público-privada. El artículo 37 de esta Ley establece el principio de eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, fomentando la agilización de trámites, y pretendiendo fomentar la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información (se decide que la garantía provisional sea ahora excepcional, como medida de ahorro de costes, reformando el artículo 91 LCSP);

2) Mejorar la regulación de la colaboración pública privada. Para ello se modifica el artículo 11 LCSP, aclarando que pueden celebrar este contrato las Entidades Públicas Empresariales (y equivalentes de las Comunidades Autónomas) y se da nueva redacción al trámite de evaluación previa que exige el artículo 118 LCSP. Asimismo, se añade una Disposición adicional trigésimo quinta relativa al Régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector

privado, indicando que los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurre capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la LCSP para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado¹⁴;

3) Se introduce un nuevo Título para regular la potestad de modificación de los contratos públicos (que afecta a todo poder adjudicador, corrigiéndose para ello el artículo 20 LCSP), modificándose el artículo 76 LCSP, de tal manera que en el valor estimado del contrato debe incluirse el importe de los eventuales modificados (con más detalle posteriormente analizaremos el nuevo régimen de los modificados);

5) Se impulsa una mayor transparencia de la información en la contratación pública mediante publicidad de todos los perfiles en la Plataforma del Estado, modificándose el artículo 309 LCSP (opción igualmente adoptada en Aragón mediante la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón). Con ello, en la línea apuntada al inicio de este trabajo, se pretende generar una transparencia que permita aumentar la concurrencia, facilitando la “visualización” del mercado a las PYMEs;

g) El Real Decreto-ley 5/2011, de 29 de abril, de medidas para la regularización y control del empleo sumergido y fomento de la rehabilitación de viviendas publicado en el Boletín Oficial del Estado de 6 de mayo de 2011. Esta norma ha modificado la letra c) del artículo 49.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que queda redactada del siguiente modo:

¹⁴ Sobre esta regulación de los CPP y CPPI resulta de interés el estudio de M.A. BERNAL BLAY, “La colaboración público-privada institucional”, Revista Aragonesa de Administración Pública núm. 37, 2010, pp. 114-115.

«c) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado, en materia profesional o en materia de integración laboral y de igualdad de oportunidades y no discriminación de las personas con discapacidad, o por infracción muy grave en materia social, incluidas las infracciones en materia de prevención de riesgos laborales, de acuerdo con lo dispuesto en el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, así como por la infracción grave prevista en el artículo 22.2 del mismo, o por infracción muy grave en materia medioambiental, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de Evaluación de Impacto Ambiental; en la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas; en la Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres; en la Ley 11/1997, de 24 de abril, de Envases y Residuos de Envases; en la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos; en el Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, y en la Ley 16/2002, de 1 de julio, de Prevención y Control Integrados de la Contaminación.»

La Disposición Adicional Trigésimo Segunda de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible autoriza al Gobierno para elaborar, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de dicha Ley, un texto refundido en el que se integren, debidamente regularizados, aclarados y armonizados, la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, y las disposiciones en materia de contratación del sector público contenidas en normas con rango de Ley.

CONCLUSIÓN GENERAL

En un Ordenamiento cambiante como el que se ha convertido el de la contratación pública se hace preciso ahora más que nunca la seguridad jurídica, y eso pasa por dotar a las normas que disciplinan la materia, y que tienen un carácter estructurante, de la necesaria estabilidad que precisan para desplegar adecuadamente sus efectos.

Se anuncian nuevas reformas (Vid el Libro Verde la Comisión Europea sobre la modernización de la política de contratación pública de la UE: Hacia un mercado europeo de la contratación pública más eficiente (COM(2011) 15 final) que pretenden el uso más eficiente de los fondos públicos. Obtener los resultados óptimos de la contratación a través de unos procedimientos eficientes es crucial en el contexto de drásticas limitaciones presupuestarias y dificultades económicas

imperante en muchos Estados miembros de la UE. Ante estos desafíos, se necesita más que nunca un mercado europeo de la contratación pública operativo y eficiente capaz de cumplir estos ambiciosos objetivos.

LECCIÓN 2.- Ámbito objetivo y subjetivo del contrato de gestión de servicios públicos.

INTRODUCCIÓN

A la hora de abordar el estudio de cualquier figura contractual, tres son los elementos cuya determinación se torna fundamental. En primer lugar, los sujetos que prestan su consentimiento en obligarse a realizar alguna cosa (elemento subjetivo), las concretas prestaciones a que cada parte se obliga (elemento objetivo) y la causa por la que ambas partes convienen en obligarse.

En torno a los dos primeros elementos gira esta Lección. Para ello se abordará en primer lugar la depuración del elemento objetivo del contrato de gestión de servicios públicos, lo cual permitirá su adecuada calificación y atribución de un régimen jurídico concreto, distinto del de otras figuras contractuales. A continuación se analizará el elemento subjetivo del contrato, pues la LCSP, a pesar de manejar un concepto amplio de sector público para determinar su ámbito de aplicación subjetivo, maneja posteriormente otros más restrictivos (Administración pública y poder adjudicador) a los que anuda determinadas prescripciones que no resultan aplicables a todos los sujetos sometidos a la LCSP.

OBJETIVOS

1.- Determinar el concepto de "servicio" público a efectos de la LCSP tomando en consideración la interpretación de dicho concepto realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2.- Conocer el elemento subjetivo del contrato de gestión de servicios públicos a la luz del ámbito de aplicación subjetivo de la LCSP.

3.- Conocer las últimas novedades que afectan al elemento subjetivo del contrato introducidas por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

APARTADOS

1.- El objeto de las concesiones de servicios en el Derecho europeo de contratos públicos y concesiones.

La Directiva 2004/18 define la concesión de servicios como 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. Pero las concesiones de servicios no están sujetas a ninguna norma detallada de la Directiva (art. 17). No obstante, las concesiones de servicios están sujetas a las normas y principios que se desprenden del Tratado.

Por cuanto respecta a su elemento objetivo, la concesión de servicios incide normalmente en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser competencia del Estado y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales. Quedarían no obstante excluidas del concepto de concesión de servicios a efectos del Derecho europeo de contratos públicos:

a).- los actos por los cuales una autoridad pública habilita o autoriza a ejercer una actividad. Ejemplos: las concesiones de taxi o las autorizaciones para utilizar la vía pública (quioscos de prensa, terrazas de cafeterías), los actos relativos a las farmacias, las estaciones de servicio.

b).- los actos que contemplan actividades de carácter no económico, como la escolarización obligatoria o la seguridad social.

Así, el Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una concesión de servicios en casos en los que la remuneración del prestador del servicio provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un aparcamiento público, de un servicio de transporte público y de una red de teledistribución (véanse las sentencias Parking Brixen, antes

citada, apartado 40; de 6 de abril de 2006, ANAV, apartado 16, y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, apartado 24).

Bien es cierto que la Sentencia de 13 de octubre de 2005 (Parking Brixen GmbH y) ha considerado como contrato de concesión de servicios públicos la explotación de un estacionamiento de titularidad pública por cuanto "la retribución del prestador de servicios no procede de la autoridad pública, sino de las cantidades abonadas por terceros para el uso del aparcamiento. Esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios, lo cual es una característica de la concesión de servicios públicos. Por consiguiente, la situación descrita en el litigio principal no se trata de un contrato público de servicios, sino de una concesión de servicios públicos". Esta sentencia añade no poca confusión al optar por un concepto de concesión de servicios públicos que no encaja con la jurisprudencia anterior al considerar la explotación del parking como una actividad económica cuando, en realidad, se trata de la explotación de una infraestructura, lo que, de por sí, está más ligada a la noción de contrato de servicios. La concesión de servicios procederá en actividades donde la titularidad recaiga en una Administración Pública y por ello sea susceptible de explotación directa o indirecta. En este tipo de contratos se presta un servicio y la retribución del licitador no cambia naturaleza, como se constata en el régimen del contrato de concesión de obra pública (en esta modalidad contractual hay obra y explotación y se entiende sometida al derecho comunitario, por lo que bien cabe deducir que la sola explotación de la obra lo estará igualmente y no merecerá la calificación de concesión de servicios).

2.- El elemento objetivo del contrato de gestión de servicios públicos regulado en la LCSP.

Para el Derecho europeo resulta imprescindible para hablar de concesiones de servicios que la misma incida en actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas,

pueden ser competencia del Estado y para las cuáles pueden existir derechos exclusivos o especiales.

El art. 8 LCSP establece un matiz respecto de las prestaciones de hacer en que consisten los contratos de gestión de servicios públicos, y es que dichas prestaciones deben haber sido *asumidas* por una Administración como propias de su competencia. Ahora bien, ¿cómo debe entenderse esa asunción de competencias? Al hilo de esa referencia contenida en el art. 8 LCSP, la primera cuestión surge en relación con el modo en que la prestación del servicio haya de ser asumida por la Administración. A nuestro juicio, dicha asunción requiere una manifestación consciente y voluntaria de la Administración, y tal parece ser el sentido del art. 116 LCSP, que exige que antes de proceder a la contratación de un servicio público,

...se haya establecido su régimen jurídico, declarando expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, (se) atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

En este sentido, entendemos que no puede establecerse la identidad entre la asunción singular de la obligación de la prestación del servicio (que es lo que exige el art. 8 LCSP) con la atribución general de la competencia de la Administración sobre determinadas materias y actividades (que proviene de las normas reguladoras de la actuación de cada Administración pública). No pueden identificarse, por tanto, los conceptos de servicio público y de competencia administrativa, pues en otro caso, todas las materias sobre las que se proyecta la competencia de una Administración merecerían su calificación como servicios públicos, y eso es, simplemente, absurdo. Esa distinción entre asunción y atribución de competencias se revela igualmente en el art. 116 LCSP, donde la obligación de declarar expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma, se distingue de la *atribución de las competencias administrativas* para actuar las diferentes potestades

sobre la gestión del servicio público, confirmándose de esta manera nuestro razonamiento.

En línea con lo anterior, la referencia de la LCSP a la asunción de competencias evoca una de las notas caracterizadoras de las concesiones de servicios en Derecho comunitario que antes señalamos, y es la proyección, normalmente, sobre actividades que, por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que están sujetas, pueden ser *competencia* de un poder público y para las cuales pueden existir derechos exclusivos o especiales.

Estos requisitos se viene a identificar con el concepto de servicio público como actividad de titularidad pública de la que se excluye a la iniciativa privada (con apoyo en los actuales artículos 45 y 55 TCE) de tal manera que sólo en estos casos no se aplicarán las Directivas de contratación pública. Esto significa que no existirá concesión de servicios donde no se haya operado una reserva al sector público sobre la base del artículo 128.2 CE (por no existir auténtica publicación) pues en este último supuesto funciona la técnica autorizatoria como instrumento de regulación de la actividad privada y no la técnica contractual. Juega aquí, por tanto, la noción estricta de servicio público (la única válida a la luz de la regulación que al efecto contiene la Directiva comunitaria 92/50/CEE, del Consejo, sobre contratos públicos de servicios, de cuyo ámbito se excluye el contrato de concesión de servicio público, entendido éste como los servicios de interés económico general), que no cabe confundir con los contratos de servicios ni con la concesión de obra pública o de explotación de infraestructuras.

En resumen, el dato de la titularidad de la actividad –y por ende sustracción a la competencia de la misma- es la que habilita la posibilidad de utilización del contrato de gestión de servicios públicos, en tanto gestión indirecta del mismo. Así lo ha reseñado, por ejemplo, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de mayo de 1997 (remitiéndose a la anterior de 24 de octubre de 1989) afirmando que, pese a que se trata de un concepto polisémico, en este caso se concreta en

“actividad de prestación de titularidad estatal reconocida por una Ley y que comporta potencialmente un derecho excluyente a su prestación”¹⁵. En este sentido se pronuncia la STJCE de 18 de noviembre de 2004, al recordar que un contrato será de servicios, y se deberán aplicar los procedimientos, si “no se enmarca en el contexto de las actividades de interés general de la ciudad de Múnich, sino en el de una actividad económica independiente, claramente distinta y sometida a la competencia, a saber la explotación de la central técnica de Múnich-Norte”.

Obviamente tendrán que concurrir las características propias de esta modalidad de contrato y que no se trate en puridad de un contrato de servicios. Recuérdesse que, para un supuesto bastante similar, el Informe 26/09, de 1 de febrero de 2010, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha declarado que los contratos de gestión de servicios sociales evidentemente deben incluirse dentro de la figura genérica que nuestra Ley de Contratos del Sector Público denomina contrato de servicios. En efecto, de conformidad con el artículo 10 de la ley citada, “Son contratos de servicios aquéllos cuyo objeto son prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro. A efectos de aplicación de esta Ley, los contratos de servicios se dividen en las categorías enumeradas en el Anexo II”. De lo cual debemos deducir que si la gestión de servicios sociales se encuentra incluida en alguna de las categorías que contiene el Anexo II de la Ley, deberá calificársele como un contrato de servicios. A este respecto indicaremos que el mencionado Anexo en su categoría 25 se refiere expresamente a los “Servicios Sociales y de Salud”, lo que inevitablemente nos lleva a caracterizar este contrato como de servicios. Además, tal y como ha delimitado la jurisprudencia del TJUE -

¹⁵ Esta posición es la mantenida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en sus Informes 41/1995, de 21 de diciembre, 27/2002, de 23 de octubre y 10/2007, de 26 de marzo.

de 10 de septiembre de 2009, Wasser- sólo podrá existir un contrato de gestión de servicios públicos cuando se transfiera el riesgo de la explotación pues la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios. Tesis admitida ya por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado en su Informe 12/2010, de 23 de julio, afirmando –citando como fundamento el derecho comunitario- que:

“De las circunstancias anteriores debe considerarse que la asunción del riesgo de explotación por el concesionario resulta indispensable para atribuir a la relación jurídica que examinemos la condición de concesión de servicios. Las restantes condiciones, el hecho de que la prestación vaya destinada de forma directa a su utilización por los particulares y que la organización del servicio se encomiende en mayor o menor grado al concesionario son consecuencias, bien del mismo concepto de servicio público que tiene el objeto de la concesión, bien de la propia exigencia de asunción del riesgo derivado de la explotación del servicio.

De lo anterior se desprende que cuando un negocio jurídico, aunque reúna algunas características de la concesión, como es el caso de que se encomiende la organización del servicio al contratista, pero no contemple la asunción del riesgo de explotación tantas veces mencionado, no podrá considerarse a los efectos de la legislación de contratos del sector público como una concesión de servicios.

En tales casos, la configuración que deba atribuirse podrá ser la propia de un contrato de servicios cuando el objeto del mismo sean «prestaciones de hacer consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro» (art. 10 LCSP), de las incluidas en alguno de los epígrafes que contiene el Anexo II de la misma”.

En la práctica esto comporta no sólo una reducción del ámbito tradicional de nuestro concepto de servicio público sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto ni la sociedad de economía mixta al no cumplir los requisitos exigidos por la jurisprudencia del TJCE. Lo que

no supone negar ni la acción concertada ni la decisión organizativa de crear empresas mixtas sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las Directivas. Una trasposición más correcta la efectúa la Ley Foral de Contratos Públicos de Navarra de 6 de junio de 2006, al incluir en las definiciones –artículo 4- la categoría del contrato de concesión de servicios en el que la retribución consiste en la explotación del bien.

3.- El elemento subjetivo del contrato (I): El concepto de Administración pública “a efectos de la LCSP”.

En materia de ámbito de aplicación subjetivo, la LCSP propone una nueva sistemática para determinar qué entidades, y en qué medida, se encuentran sujetas a sus disposiciones, con el ánimo de cerrar, de una vez por todas, las dudas que pudieran existir sobre la cuestión.

La LCSP dispone la existencia de tres categorías de sujetos, cada una de las cuales determina un grado de sujeción distinto a las prescripciones de la LCSP. Luego de definir en su primer apartado lo que debe entenderse, a efectos de la LCSP, por *sector público*, el art. 3 LCSP dispone la agrupación de las entidades que lo conforman en torno a los conceptos de *Administración pública* (concepto que debe entenderse también a los solos efectos de la LCSP, ya que no concuerda con el mismo concepto que se utiliza a efectos de otras normas administrativas), definido en el apartado 2, y *poder adjudicador*, definido en el apartado 3, en el entendido de que algunas entidades del sector público pueden no tener la consideración ni de Administración pública, ni de poder adjudicador. En cuanto a las relaciones entre las categorías de Administración pública y poder adjudicador, debe señalarse que toda Administración pública tiene la consideración, *per se*, de poder adjudicador, mientras que no todo poder adjudicador es, en todo caso, una Administración pública, a efectos de la LCSP. Gráficamente, el ámbito subjetivo de la LCSP

puede representarse como tres círculos concéntricos de distinto tamaño.

El círculo más pequeño, el núcleo esencial, comprendería la enumeración de las entidades que *a los efectos de la Ley* tienen la consideración de Administraciones públicas. Aquí se incluirían las Administraciones territoriales y las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social, los Organismos autónomos, las Universidades Públicas, las entidades de derecho público que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad, y las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que, alternativamente, cumplan alguna de las características siguientes: a).- que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o b).- que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios. La novedad que presenta este concepto de Administración pública a efectos de la LCSP es que excluye del mismo a las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales.

Engloba este primer círculo y añade nuevos organismos el segundo, que se refiere a los poderes adjudicadores. En este punto, la LCSP incorpora en bloque el concepto comunitario, integrando en el mismo a las Administraciones públicas territoriales, a los entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia distintos de aquéllas, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o

mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios del art. 3.3 LCSP financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia, así como a las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

En último lugar –el tercer círculo–, relaciona todas las Administraciones, instituciones, sociedades y entes que integran el sector público, a efectos de la LCSP. Integran este concepto todas las entidades señaladas en el apartado 1 del art. 3 LCSP.

El objetivo de esta categorización de los entes integrantes del sector público a efectos de la LCSP (Administraciones públicas, poderes adjudicadores no Administración pública, y entidades del sector público no poderes adjudicadores) no es otro que significar un régimen jurídico de contratación propio y distinto para cada uno de ellos, de manera que no todas las prescripciones de la LCSP van a resultar de aplicación, en todo caso, a cada una de esas entidades que conforman el sector público a efectos de la LCSP.

A las entidades que, a efectos de la LCSP, tienen la consideración de Administraciones públicas, les resultarán de aplicación todas las disposiciones contenidas en la LCSP. A los poderes adjudicadores que no tengan la consideración de Administración pública según lo dispuesto en el art. 3.2 LCSP, sólo les resultarán de aplicación, en todo caso, las disposiciones generales contenidas en el Título Preliminar y las de alcance general (es decir, no previstas específicamente para los contratos de las Administraciones públicas) contenidas en el Libro I de la LCSP. La preparación de los contratos de este tipo de entidades queda sujeta únicamente a lo dispuesto en el Título II del Libro II de la Ley, y en cuanto a la adjudicación de tales contratos, dependiendo de si nos encontramos ante un contrato sujeto a regulación armonizada o no, resultarán de aplicación, bien las mismas normas que para la

adjudicación de los contratos por las Administraciones públicas, con algunas especialidades (si se trata de la adjudicación de contratos sujetos a regulación armonizada, Cfr. art. 174 LCSP), o bien unas instrucciones internas en las que regulen sus procedimientos de contratación (si estamos ante contratos no sujetos a regulación armonizada, Cfr. art. 175 LCSP). En cuanto a los efectos y extinción (la ejecución) de los contratos adjudicados por estos Poderes adjudicadores no Administración pública, se regirán por el Derecho privado.

Por último, en cuanto al régimen jurídico de los contratos adjudicados por las entidades del sector público que no tienen la consideración de poder adjudicador, la única diferencia con respecto de los contratos celebrados por entidades que tienen la consideración de poder adjudicador pero no son Administración pública reside en que la adjudicación de los mismos está sujeta, únicamente, a lo dispuesto en sus instrucciones internas de procedimiento para la adjudicación de sus contratos, ya que, respecto de este tipo de entidades, la distinción entre contratos sujetos a regulación armonizada o no sujetos a regulación armonizada no es procedente.

Lo cierto es que la regulación del ámbito de aplicación subjetivo por la LCSP plantea algunas sombras. Planea en la regulación del ámbito subjetivo de la LCSP la confusión del género -el poder adjudicador- con la especie -los distintos sujetos contratantes sometidos a la Ley-, de manera que su exégesis resulta muy complicada. Con un sentido didáctico plantea dicho autor que una mejor comprensión de este precepto y del alcance del ámbito subjetivo de la LCSP aconseja leer primero el apartado 3 del art. 3 LCSP para determinar si un ente es o no poder adjudicador –conforme a los criterios ya referidos fijados por el TJCE- para posteriormente dilucidar si es Administración pública (a los efectos de la LCSP), para lo cual habrá que atender al apartado 2 del mismo art. 3 LCSP y, terminar con la lectura del primer apartado del propio art. 3 LCSP, para aclarar si estamos ante un ente que, no siendo

Administración pública, ni Poder adjudicador, está integrado sin embargo en el Sector público (a efectos de la LCSP).

4.- El elemento subjetivo del contrato (II): la gestión de servicios públicos por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social.

Con ocasión de la modificación operada en la LCSP por la Ley 2/2011, la Disposición final quincuagésimo quinta de ésta última disponía, con efectos de 1 de enero de 2011 (retroactivos, pues la Ley se aprobó el 4 de marzo) y vigencia indefinida, la modificación del apartado 1 del art. 8 LCSP, que desde entonces queda redactado en los siguientes términos:

1. El contrato de gestión de servicios públicos es aquél en cuya virtud una Administración Pública o una Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, 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 o Mutua encomendante.

Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria.

Esa disposición fue incorporada a la LES durante su tramitación en el Senado (no estaba en el Proyecto de Ley). Según justificaba la enmienda núm. 615 (BOCG, Senado, núm. 9, de 28 de enero de 2011, pág. 515) presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Senado, dos son los motivos que justifican la habilitación a las Mutuas para la licitación de contratos de gestión de servicios públicos de prestación de asistencia sanitaria. El primero, que tal prestación había sido calificada como propia de un contrato de gestión de servicio público por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado (Informe 37/95 de 24 de octubre de 1995). Junto a ello se alegó la remisión que a la LCSP realiza el artículo 12 del Real Decreto 1993/1995, de 7 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades

Profesionales en la gestión de la Seguridad Social, recientemente modificado por Real Decreto 38/2010, de 15 de enero, para contemplar la posibilidad de que las Mutuas pudiesen establecer entre sí los mecanismos de colaboración y cooperación necesarios, mediante la puesta en común de instrumentos, medios y servicios, con la finalidad de obtener la mayor eficacia y racionalización en la utilización de los recursos gestionados por ellas. La modificación operada en el apdo. 3 del antecitado art. 12 consistió en la remisión a la LCSP «en cuanto sea de aplicación», para la tramitación de conciertos con otras Mutuas, con las Administraciones públicas sanitarias o con medios privados, cuando una Mutua carezca de medios o los disponibles resulten insuficiente para dispensar la prestación de la asistencia sanitaria debida y la plena recuperación de los trabajadores accidentados en el trabajo y enfermos profesionales.

Por lo tanto, como consecuencia de esa remisión a la LCSP operada con la reforma en 2010 del Real Decreto 1993/1995, se ha entendido necesaria la ampliación del ámbito subjetivo del art. 8 LCSP, habilitando a las Mutuas para licitar como contratos de gestión de servicios públicos la prestación de asistencia sanitaria.

CONCLUSIÓN GENERAL

Al contrario de lo que pudiera parecer, el ámbito objetivo del contrato de gestión de servicios públicos no comprende cualquier prestación que pueda denominarse como servicio público, sino únicamente las que consistan en la gestión de uno de los que jurídicamente tengan tal consideración. La importante diferencia en cuanto al régimen jurídico de esos contratos, sobre todo desde la perspectiva del derecho europeo, justifica la necesidad de una adecuada depuración del concepto, calificado por la retribución del contratista, que proviene mayoritariamente de la explotación del servicio, y por tratarse de actividades reservadas para su prestación por

la Administración, monopolizando tal prestación, aunque con la posibilidad de gestionarla de forma indirecta.

LECCIÓN 3.- Distinción de figuras afines al contrato de gestión de servicios públicos.

INTRODUCCIÓN

La posibilidad de que diversos contratos puedan integrar unas mismas prestaciones está admitida por la normativa sobre contratos públicos. Ahora bien, esa coincidencia de prestaciones obliga a depurar cada contrato hasta conocer los elementos que lo caracterizan y permiten su calificación como tal, pues no olvidemos que a cada contrato le corresponde un determinado régimen jurídico y no resulta posible su intercambio sin más.

Por tal razón, a los efectos de determinar si las diferentes técnicas contractuales resultan intercambiables entre sí, resulta preciso analizar las diferentes técnicas “paraconcesionales” que, junto a los contratos de concesión de servicios públicos, pueden encontrarse en la normativa sobre contratos públicos.

OBJETIVOS

1.- Conocer los elementos que permiten distinguir el contrato de gestión de servicios públicos del contrato de servicios.

2.- Determinar el régimen jurídico aplicable a los contratos en los que, junto a la gestión de servicios públicos, concurren prestaciones consistentes en la ejecución de obras.

3.- Distinguir el contrato de gestión de servicios públicos del nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

APARTADOS

1.- Los contratos de servicios.

Dentro de la cuestión relativa a la clasificación de los contratos conviene detenerse, dada su incidencia y repercusiones prácticas en la distinción entre el contrato de servicios y el contrato de "concesión de servicios", donde la complejidad deriva quizá de la incorrecta depuración conceptual¹⁶ y cuya correcta interpretación debe realizarse desde la perspectiva del derecho comunitario (véase en particular la STJCE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 31). Teniendo por objeto la prestación de un servicio, surge inmediatamente la necesidad de distinguir el contrato de gestión de servicios públicos del ordinario contrato público de servicios. La calificación de un contrato de una u otra forma no resulta baladí, pudiendo señalarse varias diferencias en cuanto al régimen jurídico de los mismos. Señaladamente, el plazo de cada uno de ellos, un máximo de cuatro años con la posibilidad de ser prorrogados por otros dos en el caso de los contratos de servicios (Cfr. art. 279.1 LCSP), o bien hasta cincuenta, veinticinco ó diez (según de qué tipo de servicio se trata, y de si incluye la ejecución de obras con carácter previo o no) en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos (Cfr. art. 254 LCSP).

El artículo 8 LCSP –y 116 LCSP– define al contrato de gestión de servicios públicos como aquél 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 encomendante. El debate es sí se ha ampliado o no el alcance de esta modalidad contractual siendo clave a tal fin la expresión "asunción como propia", de lo que parece desprenderse que

¹⁶ Recientemente, acerca de esta distinción entre contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios, puede consultarse el trabajo de MIGUEZ MACHO, L.; "Las formas de colaboración pública privada en el derecho español", *RAP*, núm. 175, 2008, pp. 157-215.

tal contrato no puede pivotar sobre el concepto de competencia administrativa. Por otra parte, la concreta definición y alcance nos introduce necesariamente 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 (y no desde la perspectiva nacional).

Un contrato de concesión presenta, en general, las mismas características, cualquiera que sea el objeto al que haga referencia. En efecto, tal como sucede con las concesiones de obras, el criterio de explotación constituye una característica esencial para determinar si se trata de una concesión de servicios. Y así lo ha puesto de relieve la Sentencia TJCE de 10 de noviembre de 1998 (*BFI HOLDING*), en la que se descarta la calificación de concesión de servicios, visto que la remuneración percibida consistía únicamente en un precio pagado por la autoridad pública y no en un derecho de explotar el servicio. Conviene recordar que, en el Sentencia *Lottomatica*, el Tribunal distinguió claramente entre una transferencia de responsabilidad al concesionario por lo que respecta a las operaciones del juego de la lotería, que pueden calificarse como actividades que entran en la competencia del Estado en el sentido ya indicado, y el simple suministro de sistemas informáticos a la administración. El Tribunal concluyó, en este caso, que, al no existir tal transferencia, se trataba de un contrato público

En virtud de este criterio, como primer requisito, existe concesión cuando el operador asume el riesgo del servicio en cuestión (establecimiento del servicio y explotación del mismo), cobrando una parte significativa de su remuneración al usuario, en particular mediante la percepción de tarifas, en cualquiera de sus formas. El modo de remuneración del operador es, como en la concesión de obras, un elemento que permite determinar la asunción del riesgo de explotación. La concesión de servicios, del mismo modo que la concesión de obras,

se caracteriza, en definitiva, por una transferencia de la responsabilidad de explotación.

Y el dato de la explotación por el contratista será condición esencial en este contrato, pues de lo contrario la prestación se tipificará como contrato de servicios. Insiste en esta idea la STJCE de 10 de septiembre de 2009, Wasser, en la que se define en el ámbito de las Directivas 2004/18 y 2004/17, el concepto y diferencias del contrato de servicios y de concesión de servicios afirmando que:

"49 Procede señalar, a este respecto, que el artículo 1, apartado 2, letra a), de la directiva 2004/17 dispone que los «contratos de suministro, de obras y de servicios» son contratos a título oneroso celebrados por escrito entre una o varias de las entidades adjudicadoras contempladas en el apartado 2 del artículo 2 de dicha Directiva y uno o varios contratistas, proveedores o prestadores de servicios.

50 A tenor del artículo 1, apartado 3, letra b), de dicha Directiva, la «concesión de servicios» es un contrato que presenta las mismas características que el contrato de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de prestación de servicios consiste, bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, bien en dicho derecho acompañado de un pago.

51 De la comparación de ambas definiciones se desprende que la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación de servicios. Un contrato de servicios requiere una contrapartida pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 39) mientras que, en el caso de una concesión de servicios, la contrapartida de la prestación de servicios consiste en el derecho a explotar el servicio, bien únicamente, bien acompañado de un pago.

54 Dicho criterio resultaba ya de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia anterior a la entrada en vigor de la Directiva 2004/17. Según dicha jurisprudencia, existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consista en el derecho del prestador a explotar su propia prestación (véase, en este sentido, la sentencia Telaustria y Telefonadress, antes citada, apartado 58; el auto de 30 de mayo de 2002, Buchhändler-Vereinigung, C- 358/00, Rec. p. I- 4685, apartados 27 y 28, así como las sentencias de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C- 382/05, Rec. p. I- 6657, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C- 437/07, apartado 29).

55 A este respecto, carece de pertinencia el hecho de que la remuneración se rija por el Derecho privado o por el Derecho público.

56 El Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una concesión de servicios, en particular, en casos en los que la remuneración del prestador provenía de pagos efectuados por los usuarios de un parking público, de un servicio de transporte público y de una red de

teledistribución (véanse las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartado 40; de 6 de abril de 2006, ANAV, C- 410/04, Rec. p. I- 3303, apartado 16, y Coditel Brabant, antes citada, apartado 24).

57 De ello se desprende que, en el caso de un contrato de servicios, la circunstancia de que la otra parte contratante no obtenga el pago de una remuneración directa por parte de la entidad adjudicadora sino que obtenga el derecho a recaudar una remuneración de terceros responde a la exigencia de una contrapartida establecida en el artículo 1, apartado 3, letra b), de la Directiva 2004/17.

58 Sin embargo, esta conclusión impone que se precisen los conceptos de «derecho a explotar» y de «contrapartida de la prestación», incluidos en dicha disposición.

59 De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que, cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho del prestador a explotar su propia prestación, esta modalidad de retribución implica que el prestador asume el riesgo de explotación de los servicios (véanse, en este sentido las sentencias Parking Brixen, apartado 40; de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, apartado 34, y de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, apartado 29, antes citadas).

66 A este respecto procede señalar que el riesgo es inherente a la explotación económica del servicio.

67 Si la entidad adjudicadora sigue soportando la totalidad del riesgo sin exponer al prestatario a las incertidumbres del mercado, la atribución de la explotación del servicio requerirá la aplicación de las formalidades previstas por la Directiva 2004/14 para proteger la transparencia y la competencia.

68 **Ante la inexistencia absoluta de transmisión al prestatario de los riesgos relacionados con la prestación del servicio, la operación en cuestión constituye un contrato de servicios** (véase, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Contse y otros, C- 234/03, Rec. p. I- 9315, apartado 22, y de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, antes citada, apartados 35 a 37, así como, por analogía, respecto de una concesión de obras, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, antes citada, apartado 30 y 32 a 35). Tal como se afirma en el apartado 51 de la presente sentencia, en este último caso, la contrapartida no consiste en el derecho a explotar el servicio.

73 Por un lado, la configuración jurídico pública de la explotación económica y financiera del servicio facilita el control de la explotación del mismo y reduce los factores que pueden vulnerar la transparencia y falsear la competencia.

74 Por otro, debe seguir siendo posible que las entidades adjudicadoras, actuando de buena fe, garanticen la prestación de servicios mediante una concesión, si consideran que se trata de la mejor manera de garantizar el servicio público de que se trata, incluso si el riesgo derivado de la explotación es muy limitado.

75 Además, no sería razonable pedir a la autoridad pública concedente que cree condiciones de competencia y de riesgo

económico superiores a las que existen en el sector en cuestión debido a la normativa aplicable al mismo.

76 En tales circunstancias, dado que la entidad adjudicadora no tiene influencia alguna en la configuración jurídico pública del servicio, es imposible que introduzca y, por consiguiente, transfiera, factores de riesgo que quedan excluidos por dicha configuración.

77 En todo caso, incluso si el riesgo que corre la entidad adjudicadora es muy limitado, es necesario que transfiera al concesionario la totalidad, o al menos una parte significativa, del riesgo de explotación que corre para que se considere que existe una concesión de servicios."

Doctrina que reitera la reciente STJCE de 15 de octubre de 2009, Acoset SpA, advirtiendo que la cuestión de si una operación debe calificarse o no de «concesión de servicios» o de «contrato público de servicios» ha de apreciarse exclusivamente a la luz del Derecho comunitario (véase en particular la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, C- 382/05, apartado 31). Y, en la línea de la anterior STJCE precisa la distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios

"39 La diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, C- 206/08, Rec. p. I-0000, apartado 51). En un «contrato público de servicios» en el sentido de las Directivas 2004/18 y 2004/17, la contrapartida es pagada directamente por la entidad adjudicadora al prestador del servicio (véase en particular la sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen, C- 458/03, Rec. p. I- 8585, apartado 39). Existe una concesión de servicios cuando la modalidad de retribución convenida consiste en el derecho a explotar el servicio y el prestador del servicio asume el riesgo vinculado a la explotación del servicio de que se trate (véanse, en particular, la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Italia, C-437/07, apartados 29 y 31, y la sentencia WAZV Gotha, antes citada, apartados 59 y 68).

43 El Tribunal de Justicia ha reconocido la existencia de una concesión de servicios en casos en los que la remuneración del prestador del servicio provenía de los pagos efectuados por los usuarios de un aparcamiento público, de un servicio de transporte público y de una red de teledistribución (véanse las sentencias Parking Brixen, antes citada, apartado 40; de 6 de abril de 2006, ANAV, C- 410/04, Rec. p. I- 3303, apartado 16, y de 13 de noviembre de 2008, Coditel Brabant, C- 324/07, Rec. p. I-0000, apartado 24).

46 Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de las Directivas 2004/18 y 2004/17, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la

nacionalidad (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 18)".

47 Entre las disposiciones del Tratado específicamente aplicables a las concesiones de servicios públicos cabe destacar los artículos 43 CE y 49 CE (véase en particular la sentencia ANAV, antes citada, apartado 19).

Y que vuelve a recoger la sentencia de 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst*, afirmando que "si bien el modo de remuneración es, por tanto, uno de los elementos determinantes para la calificación de una concesión de servicios, de la jurisprudencia se desprende además que la concesión de servicios implica que el concesionario asuma el riesgo de explotación de los servicios de que se trate y que la inexistencia de transmisión al prestador del riesgo relacionado con la prestación de los servicios indica que la operación en cuestión constituye un contrato público de servicios y no una concesión de servicios".

En suma, en interpretación correcta del artículo 8 LCSP, se reduce la categoría de contrato de gestión de servicios públicos, debiendo estar para la concreta tipificación de una prestación de este tipo tanto a los criterios interpretativos fijados por el TJCE como a lo dispuesto en el vigente Reglamento Comunitario regulador del CPV (2008), en tanto norma de directa aplicación en todos los Estados.

En definitiva, que el contrato de gestión de servicios público exige una delimitación desde la óptica del derecho comunitario y que sin transferencia de riesgos estaremos siempre en presencia de un contrato de servicios¹⁷.

2.- Los contratos de concesión de obras públicas.

¹⁷ Así lo advierte también la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativa a distintas cuestiones suscitadas en la preparación de los contratos por los poderes adjudicadores, en particular referentes a la calificación del contrato, el fraccionamiento del objeto del contrato, la excepcionalidad del procedimiento negociado, la solvencia del contratista, los criterios de adjudicación y los gastos imputables al contratista.

El objeto de las concesiones de obras es, por definición, distinto del de las concesiones de servicios¹⁸. Esto puede suscitar diferencias en términos de inversión y de duración entre los dos tipos de concesión.

Dado que la Directiva 2004/18 determina una identidad en cuanto a los elementos caracterizadores de las concesiones, con independencia del objeto sobre el que se proyecten (obras o servicios), resulta útil determinar cuáles son los supuestos para que se trate de una concesión de cada tipo, sobre todo en casos de contrato mixto en el que junto a la ejecución de una obra se incluye también un aspecto de prestación de servicios.

En materia de delimitación del ámbito de aplicación de los preceptos de la Directiva, el considerando 10 especifica que "un contrato debe considerarse contrato público de obras sólo si su objeto abarca específicamente la ejecución de alguna de las actividades que se detallan en el anexo I, si bien el contrato puede conllevar la prestación de otros servicios necesarios para la realización de dichas actividades. Los contratos públicos de servicios, ..., podrán incluir obras en determinadas circunstancias. No obstante, cuando dichas obras sean accesorias al objeto principal del contrato y sean, por tanto, consecuencia o complemento del mismo, el contrato no podrá considerarse como un contrato público de obras". Dicha prescripción fue interpretada por el Tribunal de Justicia, en el asunto *Gestión Hotelera Internacional*, en el sentido de que «cuando las obras (. . .) sólo tienen un carácter accesorio en relación con el objeto principal de la licitación, la totalidad de esta licitación no puede calificarse de contrato público de obras (. . .)»

Aunque estos principios se hayan desarrollado con respecto a los contratos públicos, resulta conveniente adoptar un enfoque similar para determinar si una concesión está sujeta o no a la Directiva. El ámbito de aplicación *ratione materiae* de ésta es en efecto el mismo,

¹⁸ STJUE de 26 de abril de 1994, (*Lottomatica*).

tanto si se trata de un contrato de obras como de una concesión de obras.

Por lo tanto, sobre todo, se trata de saber si el objeto principal del contrato es la construcción de una obra o la ejecución y realización de trabajos por cuenta del concedente o si, por el contrario, esos trabajos o la construcción de esa obra son sólo accesorios en relación con el objeto principal del contrato.

Si el contrato se refiere principalmente a la construcción de una obra por cuenta del concedente, se trata, de una concesión de obras.

En tal caso debe aplicarse el régimen previsto por la Directiva 2004/18 siempre que se alcance el umbral de aplicación de dicha Directiva (4.845.000 euros), y ello aunque estén presentes aspectos vinculados a los servicios. El hecho de que los trabajos o las obras los realicen en realidad terceros no cambia la naturaleza del contrato básico. El objeto del contrato sigue siendo el mismo.

Por el contrario, un contrato de concesión que implique la realización de obras sólo con carácter accesorio, o que se refiera solamente a la explotación de una obra existente, se interpreta como concesión de servicios.

Pueden darse también en la práctica operaciones que supongan a la vez la realización de una obra o de trabajos y la prestación de servicios. De este modo, como parte accesorio de una concesión de obras, pueden establecerse concesiones de servicios para actividades complementarias pero independientes de la explotación de la concesión de una obra. Así, por ejemplo, los servicios de restaurante de una autopista pueden ser objeto de una concesión de servicios diferente de la concesión de construcción o gestión de la autopista. En esos casos, al ser dissociables los objetos de estos contratos, se aplicarían las normas respectivas relativas a cada tipo de contrato.

3.- El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado.

Por último, también resulta precisa la distinción del contrato de gestión de servicios públicos del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado que recoge la LCSP¹⁹. La necesidad de su distinción obedece al hecho de que, debido a que entre las prestaciones propias del contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado se incluyen las propias del contrato de gestión de servicios públicos, han comenzado a licitarse tradicionales contratos de gestión de servicios públicos como contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado.



V. Anuncios

A. Anuncios de licitaciones públicas y adjudicaciones

ADMINISTRACIÓN LOCAL

- 2789** *Anuncio del Ayuntamiento de Castellbisbal por el que se convoca la licitación, mediante diálogo competitivo, del contrato de colaboración entre el sector público y el privado para el servicio de recogida de residuos, limpieza viaria y mantenimiento zonas ajardinadas.*

En efecto, el art. 11 LCSP define el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como aquéllos en que una Administración Pública o una Entidad pública empresarial u organismo similar de las Comunidades Autónomas encarga a una entidad de derecho privado, por un periodo determinado en función de la duración de la amortización de las inversiones o de las fórmulas de

¹⁹ Analiza con gran detalle este nuevo contrato BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., " Los contratos de colaboración público-privada en la Ley de Contratos del Sector Público", La Ley, Madrid, 2009 y A. DORREGO DE CARLOS y F. MARTÍNEZ VAZOSA la colaboración pública privada en la Ley de contratos del sector público- La Ley, Madrid. Resultan igualmente de interés los trabajos de GONZÁLEZ GARCÍA, JULIO V. "El contrato de colaboración público-privado", *Revista Administración Pública* núm. 170, 2006; CHINCHILLA MARIN, Carmen, "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado", *Revista Española Derecho Administrativo*, núm. 132 de 2006 y ARIMANY LAMOGLIA, Esteban, La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras y equipamientos locales, *Cuadernos de Derecho Local* 11, 2006. De especial interés resulta el número monográfico de la Revista Presupuesto y Gasto Público (núm. 45, 2006) dedicado a la Colaboración Público-Privada para la realización de infraestructuras públicas o prestación de servicios. En especial, a efectos de entender el cambio normativo efectuado por LCSP puede verse el estudio de A. VALDIVIESO SAÑAS, "El marco legal de la colaboración público-privada en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público", pp.11-23.

financiación que se prevean, la realización de una actuación global e integrada que, además de la financiación de inversiones inmateriales, de obras o de suministros necesarios para el cumplimiento de determinados **objetivos de servicio público** o relacionados con actuaciones de interés general, comprenda alguna de las siguientes prestaciones:

...
d).- Otras prestaciones de servicios ligadas al desarrollo por la Administración **del servicio público** o actuación de interés general que le haya sido encomendado.

La inclusión de prestaciones de servicios ligadas al desarrollo de un servicio público dentro del objeto de un contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado obliga a apuntar algunos criterios que sirvan para determinar cuándo estamos ante un contrato de cada clase.

En primer lugar hemos de señalar que el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado no es un contrato que las entidades del sector público puedan utilizar alternativamente al resto de contratos típicos conocidos, entre los que incluimos el contrato de gestión de servicios públicos. Así cabe deducirlo de lo dispuesto en el art.11.2, que dispone –en tono imperativo- que «Sólo podrán celebrarse contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado cuando previamente se haya puesto de manifiesto, en la forma prevista en el artículo 118, que otras fórmulas alternativas de contratación no permiten la satisfacción de las finalidades públicas». Es posteriormente ese art. 118 LCSP el que ratifica el carácter subsidiario o residual que se atribuye a este contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, al afirmar que «Con carácter previo a la iniciación de un expediente de contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, la Administración o entidad contratante deberá elaborar un documento

de evaluación en que se ponga de manifiesto que, habida cuenta de la complejidad del contrato, no se encuentra en condiciones de definir, con carácter previo a la licitación, los medios técnicos necesarios para alcanzar los objetivos proyectados o de establecer los mecanismos jurídicos y financieros para llevar a cabo el contrato, y se efectúe un análisis comparativo con formas alternativas de contratación que justifiquen en términos de obtención de mayor valor por precio, de coste global, de eficacia o de imputación de riesgos, los motivos de carácter jurídico, económico, administrativo y financiero que recomienden la adopción de esta fórmula de contratación».

Es importante destacar además que, como consecuencia del endeudamiento en que se ha incurrido en los últimos años, la celebración por la Administración General del Estado de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (también en relación con los de concesión de obra pública) cuyo valor estimado exceda de doce millones de euros precisa, además de la evaluación previa a la que se ha hecho referencia, de un informe previo y vinculante del Ministerio de Economía y Hacienda, que se pronunciará sobre las repercusiones presupuestarias y compromisos financieros que conlleva la celebración del contrato, así como sobre su incidencia en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria (art. 16 del Real Decreto-ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público). Para la emisión de dicho informe, el órgano de contratación debe proporcionar información completa acerca de los aspectos financieros y presupuestarios del contrato, incluyendo los mecanismos de captación de financiación y garantías que se prevea utilizar, durante toda la vigencia del mismo, así como, en su caso, el documento de evaluación previa a que se refiere el artículo 118 LCSP. La limitación subjetiva de este trámite al ámbito del Sector Público Estatal ha hecho que varias

Comunidades Autónomas hayan incluido previsiones similares para sus contratos del mismo tipo (y por algunas Comunidades Autónomas²⁰).

Aparte de las actuaciones preparatorias, que tienen en la LCSP un régimen diferenciado en función de que se trate de contratos de gestión de servicios públicos (arts. 116-117 LCSP) o de contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (arts. 118, 119 y 120 LCSP), se aprecian acusadas diferencias en relación con el elemento objetivo del contrato, el plazo de ejecución, y la retribución del contratista.

En relación con el objeto de los contratos, un primer aspecto que ha llamado la atención a la doctrina es la amplitud de las prestaciones que pueden integrar el objeto de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado a la vista del art. 11 LCSP. La Ley concibe el contrato de colaboración en términos tales que permiten convertir en un contrato de esta naturaleza prácticamente todos los objetos contractuales previamente definidos en la propia Ley,

²⁰ Vid. en este sentido el art. 5 de la Ley de Islas Baleares 6/2010, de 17 de junio, por la que se adoptan medidas urgentes para la reducción del déficit público, que señala como novedad que el informe, que deberá emitir en este caso la consejería competente en materia de hacienda y presupuestos, deberá tener en cuenta los criterios establecidos por la Intervención General de la Administración del Estado en la elaboración del déficit en términos de contabilidad nacional. Igualmente, la Disposición Adicional quinta de la Ley 14/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia para el ejercicio 2010, en la redacción que le da la Ley 1/2010, de 28 de junio, que contempla la elaboración de un informe sobre la incidencia del contrato en el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria por la Dirección General de Presupuestos, y otro emitido Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia a la vista del estudio de su viabilidad económico-financiera presentado, que deberá contemplar las proyecciones de ingresos, gastos y resultados, valorando la aportación total prevista de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia y la evaluación y reparto de los riesgos en cada fase del mismo. La Ley murciana dispone el carácter preceptivo de ambos informes, sin señalar, a diferencia de lo que sucede con el emitido por el Ministerio de Economía y Hacienda para el sector público estatal y la consejería competente en materia de hacienda y presupuestos en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Islas Baleares, su carácter vinculante. La Ley Murciana señala asimismo la obligación de remitir anualmente a la Comisión de Economía, Hacienda y Presupuesto de la Asamblea Regional una relación comprensiva de todas las operaciones informadas por el Instituto de Crédito y Finanzas de la Región de Murcia y por la Dirección General de Presupuestos. En un sentido similar, si bien no con la precisión de las anteriores, debe entenderse la previsión contenida en el art. 24 de la Ley 12/2010, de 27 de diciembre, del Presupuesto de la Comunidad Autónoma de Andalucía para el año 2011, que atribuye a la Consejería de Hacienda y Administración Pública la competencia para autorizar los proyectos de inversión que vayan a ejecutarse a través de fórmulas de colaboración público-privada, debiendo la Consejería interesada recabar de aquélla “la autorización para financiar el proyecto de que se trate mediante la fórmula de colaboración público-privada que se considere más adecuada”.

circunstancia que ha llevado a algún autor a plantear una desnaturalización sustantiva del contrato propiciada por la propia Ley. A la vista de lo anterior, y a los efectos de distinguir el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado de los de gestión de servicios públicos podemos avanzar que el objeto del de colaboración no se reduce a las prestaciones de servicios ligadas al desarrollo de un servicio público, sino que pueden integrarse en el mismo otras prestaciones, propias de los contratos de obras, de servicios o de suministros.

Otra de las diferencias que se aprecian en relación con ambos contratos es la del plazo de ejecución. A regular este aspecto en relación con los contratos de gestión de servicios públicos se dedica el art. 254, señalando hasta cuatro plazos de ejecución distintos, en función de cuál sea el objeto del contrato: Cincuenta años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser hasta 60 años; veinticinco años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios; y diez años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios siempre que no incluyan la construcción de una obra con carácter previo. Por su parte, el art. 290 LCSP dispone una duración máxima de los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado sensiblemente inferior a la que el contrato tendría si se optase por la modalidad de gestión de servicio público, y es que no podrá exceder de 20 años, con la única excepción de aquellos contratos de colaboración en los que por razón de la prestación principal que constituya su objeto y de su configuración, el régimen aplicable sea el propio de los contratos de concesión de obra pública – no por tanto, cuando se trate de un contrato de gestión de servicios

públicos-, en cuyo caso se estará, en cuanto al plazo de duración del contrato, a lo dispuesto en el artículo 244 LCSP, que permite que la duración del contrato se extienda hasta los 40 años.

Asimismo, ambos tipos contractuales presentan una notable diferencia en cuanto al modo en que el contratista haya de percibir su retribución por la ejecución del contrato. Según el art. 11.3 LCSP, la retribución del socio privado en los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado (art 257.1 vs 11.3 LCSP) consistirá en un precio que se satisfará durante toda la duración del contrato, y que podrá estar vinculado al cumplimiento de determinados objetivos de rendimiento. Esa vinculación de la retribución a la disponibilidad del servicio o a determinados objetivos de rendimiento o calidad se presenta como una constante en este tipo de contratos. Por el contrario, la retribución del contratista en un contrato de gestión de servicios públicos proviene de la explotación del servicio, de manera que su retribución se vincula a la demanda de utilización del mismo por parte de terceros (figura ésta, la del tercero, que no suele estar presente en los contratos de colaboración, pues los pagos son realizados directamente por la Administración), y ello con independencia de que el precio lo perciba directamente de los usuarios o de la propia Administración (peaje en sombra) (art. 257 LCSP).

CONCLUSIÓN GENERAL

Las diferencias que presentan en cuanto a su régimen jurídico las distintas figuras contractuales contempladas en la LCSP permiten concluir que no se trata de técnicas intercambiables, aun cuando algunas de ellas presenten una identidad, parcial o cuasi total desde el punto de vista de las prestaciones integradas en las mismas. A cada figura contractual le corresponderá un determinado régimen jurídico, y ello al margen de que, de forma accesorio, acoja prestaciones propias de otras figuras contractuales.

UNIDAD DIDÁCTICA 2.- Modalidades de gestión de los servicios públicos.

INDICE

UNIDAD DIDÁCTICA 2.- Modalidades de gestión de los servicios públicos. 52

INDICE 52

INTRODUCCIÓN GENERAL 53

OBJETIVOS GENERALES 53

ESQUEMA DE CONTENIDOS 54

LECCIONES DE APRENDIZAJE 55

LECCIÓN 1.- La gestión de servicios públicos. 55

INTRODUCCIÓN..... 55

OBJETIVOS 55

APARTADOS 56

1.- La gestión directa de los servicios públicos (I). Introducción. 56

2.- La gestión directa de los servicios públicos (I). Organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales. 58

3.- La gestión con medios propios. 61

3.- Modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos. 63

CONCLUSIÓN GENERAL 64

LECCIÓN 2.- Modalidades contractuales de gestión indirecta de los servicios públicos. 66

INTRODUCCIÓN..... 66

OBJETIVOS 66

APARTADOS 67

1.- La concesión. 67

2.- La gestión interesada. 67

3.- El concierto 69

4.- La Sociedad de Economía mixta. 70

5.- La gestión contractual de los servicios públicos a la luz del Derecho europeo de contratos públicos y concesiones. 73

CONCLUSIÓN GENERAL 77

LECCION 3.- Modalidades “paracontractuales” de gestión de los servicios públicos. 80

INTRODUCCIÓN..... 80

OBJETIVOS 80

APARTADOS 81

1.- El arrendamiento. 81

2.- La cooperación administrativa como alternativa a la vía contractual. 81

3.- Fórmulas institucionales.84

CONCLUSIÓN GENERAL 88

INTRODUCCIÓN GENERAL

En esta Unidad didáctica se expondrán las diversas modalidades de gestión de los servicios públicos, tradicionalmente agrupadas en directas e indirectas. Podremos diferenciar unas de otras atendiendo al vínculo que une al titular del servicio y al gestor del mismo, contractual, en el caso de las modalidades de gestión indirecta, no contractual sino más bien organizativo o convencional, en el caso de las modalidades de gestión directa.

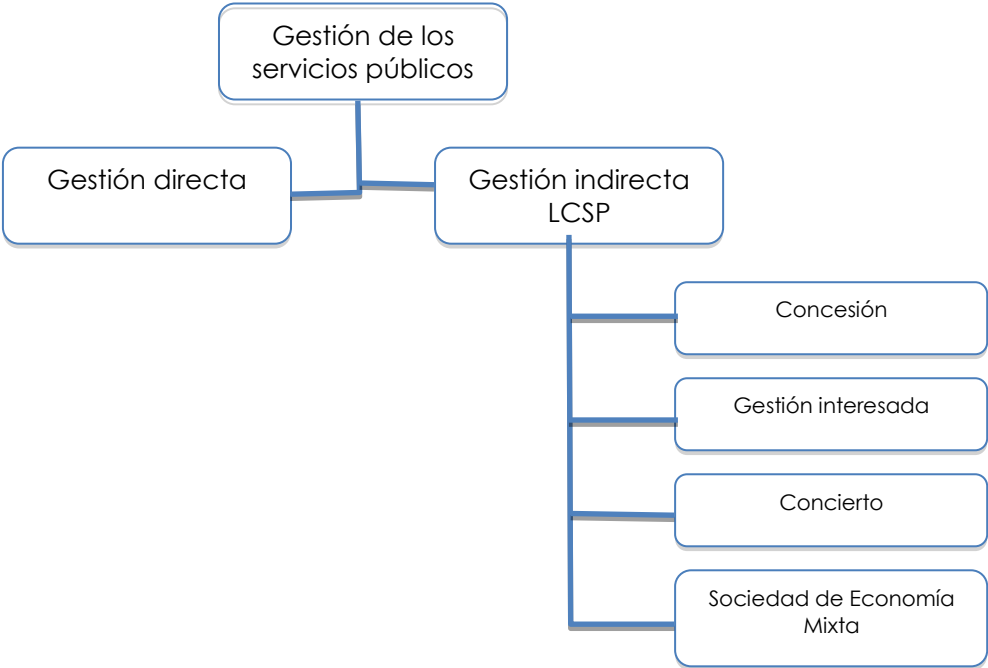
Dentro de cada una de esas modalidades de gestión de los servicios públicos se enunciarán las distintas submodalidades y sus principales características definidoras, prestando especial atención a las cuatro modalidades que recoge la Ley de contratos del Sector público: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la Sociedad de economía mixta.

OBJETIVOS GENERALES

1.- Determinar qué modalidades de gestión de los servicios públicos están sujetos a las disposiciones de la Ley de contratos del Sector público.

2.- Conocer otras fórmulas de gestión de servicios públicos que no están sujetas o sólo lo están parcialmente, a la Ley de contratos del Sector público.

ESQUEMA DE CONTENIDOS



LECCIONES DE APRENDIZAJE

LECCIÓN 1.- La gestión de servicios públicos.

INTRODUCCIÓN

La gestión de los servicios públicos locales está presidida por el principio de libertad de elección de entre las diferentes formas de gestión que la normativa habilita, sean directas o indirectas. La diferencia entre una y otra forma de gestión radica en la intervención de un tercero, formal y funcionalmente distinto a la Entidad titular del servicio. Si en la gestión del servicio no interviene un tercero distinto de la propia organización titular del servicio público, nos encontraremos ante una modalidad de gestión directa. Si por el contrario, en la gestión del servicio ha de intervenir un tercero distinto a quien es el titular y responsable de la prestación del servicio, estaremos ante una forma de gestión indirecta, y será necesaria la celebración de un contrato con ese tercero, ajustándose su régimen jurídico a lo dispuesto en la Ley 30/2007, de 30 de octubre (LCSP), para las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos. La existencia o no de un tercero en la gestión del servicio supone, por tanto, la aplicación de uno u otro régimen jurídico.

OBJETIVOS

1.- Determinar los modos de gestión de los servicios públicos, diferenciando la gestión directa de la gestión indirecta.

2.- Conocer los supuestos de exclusión de la aplicación de la LCSP a la gestión de los servicios públicos.

APARTADOS

1.- La gestión directa de los servicios públicos (I). Introducción.

En cuanto a la gestión de los servicios públicos, de lo dispuesto en el art. 85 LRBRL se deduce la posibilidad de optar bien por una forma directa (mediante gestión por la propia entidad, organismo autónomo local o sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local) o bien por una forma indirecta (mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público, a través de concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mercantil o cooperativa legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local). En todo caso, el gestor de un servicio público viene obligado a mantener en todo momento la continuidad y regularidad de su prestación, lo cual entraña una serie de peculiaridades en su régimen jurídico: en materia de bienes, quiebra, huelga, etc.

En consecuencia, es posible tanto una gestión integrada o directa en la que la Administración asume las funciones de entidad gestora, bien centralizada bien descentralizadamente (ya sea a través de la constitución de organismos autónomos locales ya sea mediante sociedad mercantil) como una gestión desintegrada o indirecta en la que previo contrato administrativo queda abierto tal campo de actuación a los particulares que se convierten así en gestores de una actividad originaria y primordialmente pública, si bien la Administración conserva el poder de dirección y control sobre la actividad y sobre la empresa concesionaria y que se caracterizan por constituir unos poderes internos de modalización sobre las condiciones técnicas y económicas de la prestación en que el servicio público consiste y sobre la propia organización que la realiza.

Por cuanto se refiere a las formas de gestión directa de servicios públicos, que son la primera opción que para la gestión de actividades declaradas de titularidad del ente local ofrece la LRBRL en la que la explotación se realiza en régimen de monopolio por lo que será necesario, amén de cumplir previamente las exigencias de carácter general para cualquier tipo de actividad económica, Acuerdo de la Corporación adoptado por mayoría absoluta del número legal de sus miembros, así como autorización del Gobierno de Aragón. En la segunda opción, la gestión indirecta de servicios públicos -una de las modalidades de privatización - bastará el Acuerdo mayoritario del Pleno.

Por lo que a la gestión directa se refiere, la LRBRL ofrece tres posibilidades:

- Una gestión centralizada por la propia Administración en la que, por tanto, no se crea ningún tipo de personificación jurídico-especializada. Los medios personales y materiales se adscriben e integran en el presupuesto de la entidad local.

- Una gestión descentralizada mediante la creación de organismos autónomos. A tal efecto, la LAL deslegaliza su constitución y permite que estos puedan ser creados por cualquier Ente local. Organismos que, como es tradicional, se configurarán como personas jurídico-públicas que someten su régimen de funcionamiento a las reglas del Derecho Administrativo. Se rigen por su propio estatuto, aprobado por la entidad local, que determinará los fines de su creación y los bienes y recursos económicos afectados a su cumplimiento, su organización y el régimen de funcionamiento, el sistema de designación de los órganos y el personal directivo, así como las facultades de tutela que aquella se reserva. Los organismos autónomos elaborarán un presupuesto propio adaptado a la estructura de los presupuestos de las entidades locales, que se incorporará como anexo al general de la entidad local de que dependan.

- Una gestión igualmente descentralizada mediante la creación de una sociedad mercantil participada íntegramente o mayoritariamente por la Corporación local y que, a diferencia del organismo autónomo, se configura como personificación privada que funda sus actuaciones en el derecho privado, excepto en las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y contratación. Por ello, esta figura, propia de los supuestos de actuación económica en régimen de competencia, debe mirarse con excepcionalidad a fin de evitar la tan creciente y preocupante huida del Derecho Administrativo. Estando en presencia de un servicio público monopolizado en su gestión no resulta aconsejable, desde la óptica de los intereses y principios jurídicos en juego acudir con carácter general a esta figura.

2.- La gestión directa de los servicios públicos (I). Organismos autónomos, entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles locales.

La gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y de entidades públicas empresariales locales se regirán, respectivamente, por lo dispuesto en los artículos 45 a 52 y 53 a 60 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en cuanto les resultase de aplicación, con las siguientes especialidades:

Su creación, modificación, refundición y supresión corresponderá al Pleno de la entidad local, quien aprobará sus estatutos. Deberán quedar adscritas a una Concejalía, Área u órgano equivalente de la entidad local, si bien, en el caso de las entidades públicas empresariales, también podrán estarlo a un organismo autónomo local.

Excepcionalmente, podrán existir entidades públicas empresariales cuyos estatutos les asignen la función de dirigir o coordinar a otros entes de la misma o distinta naturaleza.

El titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos, y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo.

En cuanto a su organización, en los organismos autónomos locales deberá existir un consejo rector, cuya composición se determinará en sus estatutos.

En las entidades públicas empresariales locales deberá existir un consejo de administración, cuya composición se determinará en sus Estatutos.

El secretario del Consejo de Administración, que debe ser un funcionario público al que se exija para su ingreso titulación superior, ejercerá las funciones de fe pública y asesoramiento legal de los órganos unipersonales y colegiados de estas entidades.

La determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo como del resto del personal, deberán ajustarse en todo caso a las normas que al respecto apruebe el Pleno o la Junta de Gobierno, según corresponda.

Estarán sometidos a controles específicos sobre la evolución de los gastos de personal y de la gestión de sus recursos humanos por las correspondientes concejalías, áreas u órganos equivalentes de la entidad local.

Su inventario de bienes y derechos se remitirá anualmente a la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local.

Será necesaria la autorización de la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que se encuentren adscritos, para celebrar contratos de cuantía superior a las cantidades previamente fijadas por aquélla.

Estarán sometidos a un control de eficacia por la concejalía, área u órgano equivalente de la entidad local a la que estén adscritos.

Los estatutos de los organismos autónomos locales y de las entidades públicas empresariales locales comprenderán los siguientes extremos:

- La determinación de los máximos órganos de dirección del organismo, ya sean unipersonales o colegiados, así como su forma de designación, con respeto en todo caso a lo dispuesto en el apartado anterior, con indicación de aquellos actos y resoluciones que agoten la vía administrativa.

- Las funciones y competencias del organismo, con indicación de las potestades administrativas generales que éste puede ejercitar.

- En el caso de las entidades públicas empresariales, los estatutos también determinarán los órganos a los que se confiera el ejercicio de las potestades administrativas.

- El patrimonio que se les asigne para el cumplimiento de sus fines y los recursos económicos que hayan de financiar el organismo.

- El régimen relativo a recursos humanos, patrimonio y contratación.

- El régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, de intervención, control financiero y control de eficacia, que serán, en todo caso, conformes con la legislación sobre las Haciendas Locales.

Los estatutos deberán ser aprobados y publicados con carácter previo a la entrada en funcionamiento efectivo del organismo público correspondiente.

Por su parte, las sociedades mercantiles locales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo las materias en que les sea de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero, de control de eficacia y contratación, y sin perjuicio de lo señalado en el apartado siguiente de este artículo.

La sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o un ente público de la misma.

Los estatutos determinarán la forma de designación y el funcionamiento de la Junta General y del Consejo de Administración, así como los máximos órganos de dirección de las mismas.

3.- La gestión con medios propios.

El apdo. 2 del art. 8 LCSP advierte que «las disposiciones de la LCSP referidas al contrato de gestión de servicios públicos 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 a aquellos en que la misma se atribuya a una sociedad de derecho privado cuyo capital sea, en su totalidad, de titularidad pública. Se está queriendo referir la norma a un supuesto de gestión del servicio público que queda al margen de la aplicación de la LCSP que encuentra su fundamento en el art. 4.1.n de la misma (que junto al apdo. 6 del art. 24 regulan las encomiendas a “medios propios”)²¹.

Esta excepción al ámbito de aplicación de la LCSP encuentra su fundamento en la inexistencia en el plano material de dos voluntades autónomas necesarias para poder celebrar el contrato, y ello al margen de que, en el plano formal, sí que encontremos dos personas jurídicas distintas (Administración titular del servicio y entidad de derecho público o sociedad de derecho privado). Y es que precisamente, las entidades que, de conformidad con el art. 24.6 LCSP, tienen la consideración de

²¹ Según dicho precepto, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la LCSP «Los negocios jurídicos en cuya virtud se encargue a una entidad que, conforme a lo señalado en el artículo 24.6, tenga atribuida la condición de medio propio y servicio técnico del mismo, la realización de una determinada prestación.» Debe señalarse que la condición de medio propio deberá reconocerse expresamente por la norma que las cree o por sus estatutos, que deberán determinar las entidades respecto de las cuales tienen esta condición, y determinará para ellas la imposibilidad de participar en licitaciones públicas convocadas por los poderes adjudicadores de los que sean medios propios.

medio propio, no tienen una voluntad autónoma, y por lo tanto, no pueden condicionar o rechazar el encargo de gestión del servicio público.

Esta excepción, por cuanto supone la inaplicación de la LCSP a un negocio jurídico de los que integran su ámbito de aplicación objetivo, debe ser utilizada únicamente cuando concurren los presupuestos establecidos para ello, es decir, cuando esa entidad de derecho público o sociedad de derecho privado sean medios propios de la Administración titular del servicio público a gestionar. En este sentido, y de conformidad con el art. 24.6 LCSP, tendrán la condición de medio propio, de la Administración para la que realicen la parte esencial de su actividad cuando ésta ostente sobre los mismos un control análogo al que pueden ejercer sobre sus propios servicios (Cfr. STJUE de 18 de noviembre de 1999 (As. C-107/98, Teckal), apdo. 50). En el caso de sociedades de Derecho privado, además, la totalidad de su capital tendrá que ser de titularidad pública (Cfr. STJUE de 11 de enero de 2005 (As. C-26/03, Stadt Halle), apartado 48).

Se entenderá que existe ese control análogo al que tienen sobre sus propios servicios cuando el titular del servicio público pueda, posibilidad de influencia determinante, tanto sobre los objetivos estratégicos como sobre las decisiones importantes del medio propio (Cfr. STJUE de 13 de octubre de 2005 As. C-458/03, Parking Brixen), apdo. 65.), circunstancia que el art. 24.6 ha entendido que sucede cuando se puede conferir a la entidad de derecho público o sociedad de derecho privado encomiendas de gestión que sean de ejecución obligatoria para ellos de acuerdo con instrucciones fijadas unilateralmente por el encomendante y cuya retribución se fije por referencia a tarifas aprobadas por la entidad pública de la que dependan.

Únicamente cuando concorra ese control del titular del servicio público sobre la entidad de derecho público o sociedad de derecho privado a la que se vaya a encargar la gestión del servicio público (análogo al que ostenta sobre sus propios servicios) y dicha entidad

realice la parte esencial de su actividad para la Administración titular del servicio podrán dejarse de aplicar las disposiciones de la LCSP para ese encargo de gestión del servicio público.

3.- Modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos.

En cuanto a la gestión contractual de los servicios públicos, la doctrina ha puesto en entredicho la consideración del de gestión de servicios públicos, definido en el art. 8 LCSP como contrato, o mejor dicho, como un único contrato. En efecto, tal y como han como han puesto de relieve GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el tipificado en la LCSP como contrato de gestión de servicios públicos no es tanto una figura contractual (a pesar de que se utilice el singular para su denominación) cuanto una técnica de gestión de los servicios públicos, la gestión indirecta de los mismos. Dicha técnica se define por oposición a la llamada “gestión directa del servicio”, que supone que es la Administración titular del servicio la que, con sus propios medios, gestiona el servicio. La gestión indirecta, por el contrario, supone la intervención de un tercero que se interpone entre el titular del servicio y el usuario o prestatario del mismo. La selección de ese tercero gestor del servicio por cuenta del titular del mismo se canaliza a través de un contrato, de ahí que la regulación del mismo la encontramos en la norma que regula los contratos administrativos.

La pretendida unidad que, desde un punto de vista nominal, pretende reflejar la utilización del singular para referirse a dicho contrato en la LCSP (contrato de gestión de servicios públicos), contrasta no obstante con la pluralidad de figuras o tipos contractuales (que superan la condición de “modalidades”, a pesar de que así las denomine) que para esta modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos admite el art. 253 LCSP²². A tenor de dicho precepto, la contratación de la gestión de los servicios públicos podrá adoptar las siguientes figuras²³:

²² En este sentido, señalaban GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2002, p. 727) la insistencia del legislador en su pretensión –técnicamente insostenible- de *unificar en el*

a).- Concesión, por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.

b).- Gestión interesada, 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.

c).- Concierto con persona natural o jurídica que venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

d).- 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.

La previsión de estas cuatro fórmulas es la que impide considerar la gestión de servicios públicos como una verdadera categoría contractual como tal. En el sentido apuntado anteriormente, la gestión de servicios públicos regulada en la LCSP no es sino una técnica de gestión (la indirecta) que se concreta en diferentes contratos, que poco tiene que ver unos con otros (y así lo ha señalado la STS de 27 de enero de 1992). Efectivamente, cada una de las modalidades contractuales contempladas en el art. 253 presenta una estructura de obligaciones diferentes para las partes.

CONCLUSIÓN GENERAL

lecho de Procusto de un supuesto tipo contractual único figuras contractuales distintas y que responden a esquemas obligacionales también diferentes.

²³ Hemos de señalar las dificultades para mantener el arrendamiento como fórmula de gestión indirecta de los servicios públicos. Si bien la legislación de régimen local la contempla de forma expresa, lo cierto es que la JCCA ya se ha pronunciado en términos negativos sobre subsistencia (Informe 24/05, de 29 de junio de 2005): *el artículo 156 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (hoy 253 LCSP) omite la mención del arrendamiento como modalidad de la gestión de servicios públicos a diferencia de lo que sucedía con el artículo 85.4.d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, mención del arrendamiento, hoy derogada por la nueva redacción que al citado artículo 85 ha dado la Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de Medidas para la Modernización del Gobierno Local. Desde el punto de vista reglamentario se llega a idéntica conclusión de la derogación o supresión del arrendamiento como forma de gestión de los servicios públicos locales, ya que la disposición derogatoria única del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, deja subsistente el Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, sólo en cuanto no se opongan a la ley y los artículos 138 a 142 del citado Reglamento que se refieren al arrendamiento, son contrarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en cuanto no menciona esta modalidad de gestión de servicio público.*

A la hora de determinar el modo en que debe realizarse la prestación de un servicio público la Administración pública titular del mismo puede optar entre dos grandes alternativas: la gestión directa del mismo, o bien la gestión indirecta, introduciendo a un tercero, colaborador en la gestión de la prestación del mismo. La gestión directa puede incluir la participación de terceros en la gestión del servicio, si bien dichos terceros lo son únicamente en el plano formal, que no en el material, a diferencia de los terceros que intervienen en la gestión indirecta, que lo son también en el sentido material del término.

LECCIÓN 2.- Modalidades contractuales de gestión indirecta de los servicios públicos.

INTRODUCCIÓN

La gestión contractual, sujeta a las disposiciones de la LCSP, de los servicios públicos se identifica con las fórmulas de gestión indirecta que la misma señala en el art. 253: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Importa destacar que no son cuatro contratos diferentes, sino cuatro fórmulas de gestionar un mismo contrato, el de gestión de los servicios públicos, aun cuando cada una de esas modalidades presenta un régimen jurídico particular.

OBJETIVOS

1.- Conocer las diferencias entre las diferentes formas de gestión indirecta de los contratos de gestión de servicios públicos.

2.- Determinar la calificación de las diferentes fórmulas de gestión indirecta de los servicios públicos a efectos del Derecho europeo de contratos públicos y concesiones.

APARTADOS

1.- La concesión.

La concesión, primera de las modalidades que puede adoptar la gestión de los servicios públicos, se caracteriza por la transferencia de los riesgos y venturas que puedan acaecer durante la ejecución del contrato al contratista. Esa asunción de riesgos y venturas supone, en el supuesto normal, que el empresario asume los costos de instalación y ejecución del servicio y se resarce mediante el cobro de un precio a los usuarios; incluso puede, a su vez, concurrir en él la obligación del pago de una contraprestación o canon a la Administración concedente, por ejemplo, por la ocupación del dominio público. Ahora bien, puede suceder que esa transferencia de riesgos no sea total. Concurriendo o no pagos por los usuarios de los servicios, y existiendo o no ocupación demanial, puede darse el caso de que la Administración quede obligada al pago de determinadas subvenciones al concesionario, que de otro modo no prestaría el servicio. O puede suceder también que la Administración venga obligada, en determinados supuestos, a reequilibrar el equilibrio económico de la concesión. La asunción de riesgos que caracteriza los contratos de concesión de servicios públicos debe entenderse por tanto, no en sentido absoluto, sino relativo, siendo exigible en cualquier caso que el contratista asuma la mayor parte de los riesgos del contrato.

2.- La gestión interesada.

La segunda de las formas de gestión de los servicios públicos a que se refiere la LCSP es la gestión interesada, una fórmula en cuya virtud la Administración pública y el empresario o empresaria (persona física o jurídica) participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato administrativo, pudiéndose estipular incluso un beneficio mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas atendiendo al resultado de la

explotación. El riesgo económico del contrato se asume en este caso de modo conjunto.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 180 RGLCAP, se podrá establecer un ingreso mínimo en favor de cualquiera de las partes asociadas, a abonar por la otra parte, cuando el resultado de la explotación no alcance a cubrir un determinado impoene de beneficios.

Esta fórmula de gestión se diferencia de la gestión a través de sociedad de economía mixta puesto que la colaboración Administración-particular no se instrumenta mediante la creación de una sociedad sino a través de un contrato. Es por ello que la mayoría de la doctrina reconoce que en puridad nos encontramos ante una concesión administrativa con cláusula de interesamiento. En la concesión, la gestión se realiza a riesgo y ventura del particular, por lo que la inclusión de la cláusula de interesamiento en que consiste la gestión interesada no es sino una modulación del riesgo y ventura implícito en toda concesión, en virtud de la cual la Administración participará con el particular en los resultados de la gestión.

La gestión interesada tiene como presupuesto la rentabilidad del servicio público a prestar, y esa es precisamente la circunstancia que justifica la participación de la Administración y al mismo tiempo diferencia este contrato de la concesión. Esta participación de la Administración supone un matiz respecto de la asunción de riesgos y venturas que puedan sucederse durante la ejecución de contrato. En la concesión, tanto unos como otros van en perjuicio o beneficio únicamente del contratista (al menos en el plano teórico). En cambio, en la gestión interesada, a diferencia de lo que ocurre en la concesión, la participación de la Administración no sólo es en los riesgos, sino también en las venturas acaecidas durante la explotación del servicio. Es esto algo que, de ordinario, no sucede en la concesión, ya que los mecanismos que anteriormente hemos señalado (subvenciones, restablecimiento del equilibrio económico) se proyectan normalmente sobre los riesgos del contrato, en el sentido de disminuir los que asume el

contratista y no sobre las venturas que pueden acaecer y beneficiar a la Administración concedente.

3.- El concierto

En tercer lugar, la LCSP contempla la posibilidad de concierto. Se trata de una forma de gestión indirecta prevista tanto en la legislación estatal como en la local especialmente apropiada para hacer frente a los servicios sociales o asistenciales, que implica la celebración de un contrato con entidades públicas o privadas o particulares que vengán realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate.

A diferencia del arrendamiento, en el caso del concierto es la Administración quien aprovecha los locales o instalaciones que tenga el particular para la prestación de la actividad, limitándose únicamente a otorgarle a la entidad concertada la condición jurídica de gestor del servicio público correspondiente.

A través del concierto se aprovecha la infraestructura y/o actividad preexistente de un determinado operador económico para acordar (concertar) con él la prestación de esos servicios públicos, ya que la actividad que éstos venían prestando presenta un contenido análogo al del respectivo servicio. Su utilización, no obstante, está condicionada por la mayor eficacia en el desempeño del servicio público que se obtendrá con la concertación (Cfr. art. 181 RGLCAP).

La circunstancia de que la persona natural o jurídica con la que se vaya a concertar la prestación del servicio público venga realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público de que se trate pone en duda, a nuestro juicio que estemos ante una técnica para la prestación de servicios públicos, a pesar de que, del texto de la LCSP, así se deduzca. La idea de reserva al sector público, excluyente de la iniciativa privada sobre la actividad reservada, casa mal con el presupuesto de que se vengán realizando prestaciones análogas a las que constituyen el servicio público. Esta característica pone en duda

precisamente que se trate de una modalidad de gestión de servicios públicos entendidos aquí en sentido estricto, ya que si lo fueran, la reserva de la actividad impediría su ejercicio fuera del marco de una fórmula de gestión de servicio público con carácter previo a la adjudicación del contrato. También impediría la reserva la concurrencia de sectores (público y privado) en la prestación del servicio, una vez producida la misma, concurrencia que se mantiene en los sectores sobre los que típicamente se proyecta la acción concertada para la prestación de servicios, como son los casos de los conciertos sanitarios y educativos. En este sentido, puede decirse que el concepto estricto de servicio público se compadece mal con la concurrencia para la prestación del mismo.

4.- La Sociedad de Economía mixta.

En la modalidad del contrato a través de sociedad de economía mixta, la gestión se lleva a cabo a través de la creación de una sociedad mercantil –anónima o de responsabilidad limitada- en la que la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública, en concurrencia con personas naturales o jurídicas, o en la participación de una sociedad mercantil ya creada. El carácter mixto de la sociedad resulta de la participación conjunta en el capital social y en la dirección y gestión de la empresa en la que ha de intervenir la Administración.

La gestión a través de sociedad de economía mixta englobaría tanto los supuestos en los que la participación de la Administración en el capital de la Sociedad es mayoritaria, como los supuestos en los que esa participación pública es minoritaria. No comprendería los casos en los que la participación de la Administración en el capital social es íntegra, pues ya no nos encontraríamos ante una Sociedad de Economía mixta, ni ante una fórmula de gestión indirecta de los servicios públicos. La gestión de los servicios públicos a través de una sociedad

participada íntegramente por la Administración sería un supuesto de gestión directa del servicio público.

En los contratos de gestión de servicios públicos la sociedad de economía mixta figurará como contratante con la Administración, correspondiéndole los derechos y obligaciones propios del concesionario de servicios públicos (art. 182 RGLCAP).

Una concreta matización es necesaria en los negocios calificados como servicio público gestionados mediante la modalidad de sociedad de economía mixta, donde, con el fin de no quebrantar el derecho comunitario, debe aplicarse la normativa de contratación pública para licitar la venta de las acciones con adecuada transparencia y concurrencia para la creación de una sociedad de economía mixta pues lo contrario podría suponer una discriminación indirecta, tal y como ya pusiera de relieve la STJCE de 5 de diciembre de 1989 (En esta Sentencia se condena a la República de Italia al reservar únicamente a las sociedades en que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública). Por ello, no es posible la venta directa del accionariado ni tampoco la aplicación de la normativa patrimonial por ser de aplicación preferente la LCSP. Y recuérdese que a Comunicación sobre las CPPI advierte que «el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto».

Esto obliga, a la aplicación de los procedimientos de licitación contenidos en la LCSP. La exigencia de publicidad que se deriva, de los artículos 35, 36 y 58 de la Directiva 2004/18, para las concesiones de servicios públicos, la jurisprudencia - Sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, apartados 60 a 62; y 21 de julio de 2005,

Coname, apartados 16 a 19)- la ha impuesto como medio para preservar los principios de transparencia, de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad (los distintos postores han de disfrutar de idénticas oportunidades, con independencia de su nacionalidad, como mostró la sentencia del Tribunal de Justicia 25 de abril de 1996, Comisión/Bélgica, apartados 33 y 54).

En resumen, es necesario que el socio privado se seleccione mediante un procedimiento de licitación pública, tras la verificación de los requisitos financieros, técnicos, operativos y de gestión, así como de las características de su oferta, en cuanto al servicio que ha de ejecutarse; que el socio privado asuma, como industrial, la ejecución del servicio y de las obras; y que esa licitación sea conforme al principio de la libre competencia y respete la transparencia y la igualdad de trato exigidas por el derecho comunitario para las concesiones y, en su caso, las reglas de publicidad y de adjudicación de la contratación pública.

Debe advertirse no obstante que la regulación de esta modalidad del contrato de gestión de servicios públicos, que puede calificarse como prototípica de la colaboración público-privada institucional, aparece colmada de lagunas, significativamente, las cuestiones relativas a la selección del socio privado (procedimiento, información del proyecto, criterios de selección y adjudicación admitidos, elementos específicos de los estatutos, pacto entre accionistas) y a la fase de ejecución. Para solventarlas puede atenderse a las consideraciones que, con carácter general, ha señalado la Comisión europea en su *Comunicación interpretativa relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)* de 12 de abril de 2008 a la que se hace referencia al analizar en la siguiente Lección las fórmulas institucionales aplicadas a la gestión de servicios públicos.

5.- La gestión contractual de los servicios públicos a la luz del Derecho europeo de contratos públicos y concesiones.

Tal y como hemos visto, la LCSP prevé cuatro fórmulas contractuales distintas (formalmente denominadas “modalidades” por la LCSP, aunque materialmente, como ya señalamos, se trata de cuatro contratos distintos) para la gestión indirecta de los servicios públicos: la concesión, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta. Atendiendo a su denominación en la LCSP surge en relación a todas ellas es la de su calificación a efectos del Derecho europeo de contratos públicos y concesiones, puesto que con idéntica denominación no hay ningún contrato tipificado en las Directivas sobre la materia. La pregunta es ¿con qué tipo de contratos se identifican, de entre los previstos en la Directiva 2004/18, los de gestión de servicios públicos previstos en la LCSP?

Prescindiendo del criterio formal que representa el *nomen iuris* que reciben los contratos, y atendiendo a uno de carácter material, que tome en consideración el objeto del contrato, puede establecerse la identidad de los contratos de gestión de servicios públicos regulados en la LCSP con los contratos de servicios o con las concesiones de servicios regulados en la Directiva comunitaria. Esa doble posibilidad que nace del criterio material adoptado para calificar los contratos obliga a analizar exactamente con qué categoría de las comunitarias se identifican los contratos de gestión de servicios públicos definidos en la LCSP, puesto que los efectos de calificarlos bien como contratos de servicios, bien como concesiones de servicios no resultan indiferentes. Es más, a la vista de la previsión en la LCSP de cuatro tipos contractuales para la gestión indirecta de los servicios públicos, interesa determinar qué calificación merecen cada uno de esos tipos contractuales en Derecho comunitario. Como decíamos, los efectos de atribuirles una u otra calificación, contrato o concesión, no son inocuos, a la vista de que, como sabemos, las concesiones de servicios están excluidas del

ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18. Si alguna de las fórmulas contractuales previstas en la LCSP para la gestión de servicios públicos pudieran recibir la calificación de concesión de servicios a efectos del Derecho comunitario, la consecuencia inmediata sería que la adjudicación de esos contratos no quedaría sujeta a las prescripciones de dicha Directiva, sino que su adjudicación únicamente estaría condicionada por los principios que derivan de las libertades de circulación de mercancías, establecimiento y prestación de servicios, esto es, los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia, tal y como se entendiese su materialización por las normas nacionales reguladoras de los contratos públicos.

Para abordar la tarea de determinar cuáles de las fórmulas contractuales previstas en la LCSP para la gestión de los servicios públicos tienen la consideración de concesiones de servicios en Derecho europeo, puede afirmarse la correspondencia, *en principio*, entre el contrato de concesión de servicios comunitario y nuestro contrato de gestión de servicios públicos. Ahora bien, dicha identidad ha de ser ratificada, para cada una de las cuatro fórmulas previstas en la LCSP para la gestión indirecta de servicios públicos, *atendiendo a los criterios que identifican a las concesiones en Derecho comunitario* expuestos en el apartado anterior.

Recordemos que las notas que determinan la calificación de contrato público como concesión de servicios a efectos del Derecho europeo son, en primer lugar, la naturaleza del servicio, por incidir normalmente sobre actividades que son competencia de un poder público y para las cuales pueden existir derechos especiales o exclusivos. En segundo lugar, la retribución del contratista, que consiste en un derecho de explotación del servicio, o en dicho derecho acompañado de un precio, y por último, y en íntima relación con la retribución del contratista, la transferencia a éste de los riesgos derivados de la explotación del servicio.

Respecto de la primera nota distintiva de las concesiones de servicios comunitarias, que los contratos recaigan sobre actividades de la competencia de un poder público, bien podría afirmarse que, al menos parcialmente, lo cumplen todas las fórmulas recogidas en el art. 253 LCSP. Todas las fórmulas del art. 253 exigen que antes de proceder a la contratación de un servicio público, se haya establecido su régimen jurídico, *declarando expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma* (Cfr. art. 116 LCSP). De hecho, esa integración de la actividad bajo las competencias de la Administración es una nota definitoria del concepto de servicio público a efectos de la LCSP. Corrobora nuestro parecer la literalidad del art. 8 LCSP que define el contrato de gestión de servicios públicos como *aquél 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 encomendante*.

Respecto del segundo componente de esta primera nota característica de las concesiones de servicios comunitarias, la existencia de derechos especiales o exclusivos sobre esa actividad competencia de la Administración, es una circunstancia cuya concurrencia no puede afirmarse con rotundidad en todas las fórmulas previstas en el art. 253 LCSP. Si bien es cierto que, de ordinario, esa exclusividad parece una circunstancia inherente tanto en la concesión, la gestión interesada y el contrato de sociedad, no lo es tanto en el caso del concierto, donde frecuentemente son varias las entidades concertadas para la prestación del mismo servicio.

La segunda nota característica de las concesiones de servicios en Derecho comunitario es la retribución del contratista. El art. 1.4 de la Directiva 2004/18 señala que consistirá, *o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio*. El derecho de explotación en el ámbito de las concesiones de servicios a efectos del Derecho comunitario consiste en

la facultad del concesionario de cobrar derechos al usuario del servicio (por ejemplo, mediante peajes o percepción de tarifas) durante cierto período de tiempo, y es ésta una fórmula retributiva que no es frecuente encontrar en todas las fórmulas de gestión indirecta de los servicios públicos enumeradas en el art. 253 LCSP. De hecho, a diferencia de lo que sucede en Derecho comunitario, la retribución del contratista no se contempla como nota característica de ninguna de las fórmulas del art. 253 LCSP, ni representa el criterio para distinguir los contratos de gestión de servicios públicos de los contratos de servicios.

En el concierto, la retribución que percibe el contratista no consiste en un derecho de explotación del servicio, sino que se aproxima mucho al régimen propio del contrato de servicios, en el que la contraprestación del contratista consiste simple y llanamente, en el pago de un precio.

En la gestión interesada, según dispone el art. 253 LCSP, la Administración y el empresario participarán en los resultados de la explotación del servicio en la proporción que se establezca en el contrato. Consecuentemente, la asunción de los riesgos que pueden acaecer durante la prestación del servicio no se transfieren al contratista por completo, sino que se repartirán igualmente entre Administración y contratista en la misma proporción que se establezca en el contrato. Esta coparticipación en los riesgos del contrato parece contraria a la transferencia que reclama la consideración del contrato como concesión de servicios en Derecho comunitario. El dato determinante que certifica que la gestión interesada no es una concesión de servicios a efectos del Derecho comunitario lo aporta el art. 180 RGLCAP, al señalar que *se podrá establecer un ingreso mínimo en favor de cualquiera de las partes asociadas, a abonar por la otra parte, cuando el resultado de la explotación no alcance a cubrir un determinado impone de beneficios*. Ese aseguramiento de beneficios resulta definitivamente contrario a la asunción del riesgo de explotación, y determina finalmente que descartemos a la gestión

interesada que define el art. 253 LCSP como una concesión de servicios en Derecho comunitario.

Tampoco en el contrato de sociedad de economía mixta encontramos una transferencia de riesgos al contratista en el sentido exigido por el Derecho comunitario para la calificación del contrato como concesión de servicios.

Descartada la existencia de una transferencia de riesgos al contratista en la gestión interesada, el concierto y el contrato de sociedad, procede analizar qué sucede con el sistema de concesión. Se trata del supuesto más sencillo y evidente, puesto que la propia definición de dicho contrato en el art. 253 LCSP lo significa precisamente por el hecho de que *el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura*. Procede concluir, por tanto, bajo las condiciones señaladas, la identidad en este punto entre el contrato de concesión de servicios públicos regulado en la LCSP y la concesión de servicios en Derecho comunitario.

A la vista de lo anterior, parece que la única de las anteriores modalidades que podría encajar en la categoría comunitaria de concesión de servicios es la concesión de servicios públicos. En consecuencia, el régimen jurídico previsto para las concesiones de servicios en la Directiva comunitaria únicamente resulta de aplicación a las concesiones de servicios públicos previstas en el art. 253.a LCSP. Atendiendo al objeto sobre el que se proyectan dichas técnicas, a efectos del Derecho comunitario, la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta tendrán la consideración de contratos de servicios, quedando sujetos, cuando el valor estimado de los mismos supere los 193.000 euros, a las prescripciones contenidas en la Directiva 2004/18.

CONCLUSIÓN GENERAL

La Ley de contratos del sector público contempla cuatro modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos. Cuestión

debatida es la de su calificación a efectos del Derecho europeo de contratos públicos y concesiones. En ese plano pueden distinguirse distintos regímenes jurídicos, en función de que dichos contratos “nacionales” sean calificados como contratos de servicios o como concesiones por el Derecho europeo. Sentado lo anterior, otra cuestión es cómo ha configurado la LCSP el régimen jurídico de la modalidad de gestión indirecta de los servicios públicos. Es decir, cómo se han materializado en la LCSP los principios de igualdad de trato, no discriminación, reconocimiento mutuo, proporcionalidad y transparencia que deben presidir la adjudicación de las concesiones de servicios. Es aquí donde debemos advertir que en la LCSP no se han configurado excepciones en relación con la modalidad de concesión respecto del resto de fórmulas de gestión de los servicios públicos, aun cuando, de conformidad con el régimen jurídico de estos contratos que deriva del Derecho europeo, pudo haberse hecho.

En el art. 253 LCSP se establecen, en plano de igualdad, las cuatro fórmulas de gestión de los servicios públicos. Aparte de los preceptos que disciplinan el régimen común de todos los contratos administrativos, los arts. 116 y 117 determinan las reglas especiales de preparación de los contratos de gestión de servicios públicos, y los arts. 251 a 265 contienen normas específicas en cuanto a la ejecución de este tipo de contratos, cualquiera que sea la modalidad elegida. Esto supone que, en la práctica, tanto las concesiones de servicios públicos como el resto de fórmulas de gestión indirecta de los servicios públicos, se rigen por las mismas reglas. Ello se debe, única y exclusivamente, a una decisión del legislador español, no a una obligación derivada del Derecho comunitario. En la LCSP (con anterioridad sucedía igualmente en la LCAP y el TRLCAP) se ha producido una equiparación en punto al procedimiento de adjudicación de las concesiones de servicios públicos con el resto de fórmulas de gestión de servicios públicos, de manera que, de forma indirecta, a las concesiones de servicios públicos les resultan de aplicación las prescripciones de la Directiva, pero insistimos,

no porque se trate de una obligación que derive del Derecho europeo, sino por una decisión del legislador español. Hubiera sido –y lo es– perfectamente posible, y conforme al Derecho europeo, plantear algunas especialidades para el régimen jurídico de las concesiones de servicios públicos, entendiendo para estos supuestos que los principios de igualdad, no discriminación, transparencia y publicidad pueden materializarse de una forma distinta a como lo hacen en las Directivas comunitarias y, como consecuencia de éstas, en la norma por la cual se incorporan las mismas al Ordenamiento interno.

LECCION 3.- Modalidades “paracontractuales” de gestión de los servicios públicos.

INTRODUCCIÓN

Al margen de las figuras contractuales que prevé la LCSp para la gestión de los servicios públicos, no podemos olvidar algunas otras fórmulas que en algún momento se han utilizado por estar previstas en la normativa (singularmente la de régimen local) y cuya vigencia exige un pronunciamiento expreso. Es el caso del arrendamiento.

Junto a ella hemos de dar cuenta de dos alternativas a la gestión contractual que en un futuro pueden ser objeto de un mayor desarrollo normativo, convirtiéndose en eficaces alternativas a la gestión contractual de los servicios públicos. Nos referimos a la cooperación horizontal entre Administraciones públicas y a la posibilidad de articular la colaboración entre la Administración titular del servicio y un operado privado mediante un vínculo institucional.

OBJETIVOS

1.- Determinar la vigencia del arrendamiento como fórmula admisible para la gestión de los servicios públicos.

2.- Establecer las condiciones bajo las cuales podría articularse la prestación de un servicio público mediante una fórmula asociativa entre varias entidades públicas.

3.- Dar a conocer las posibilidades de institucionalizar la colaboración entre el sector público y el sector privado como fórmula de gestión de los servicios públicos.

APARTADOS

1.- El arrendamiento.

En varias ocasiones se ha utilizado el arrendamiento como forma de gestión de los servicios públicos, en particular, de los de titularidad local. Habilitaba para ello lo dispuesto en el artículo 85.4 d) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases del Régimen Local, al mencionar el arrendamiento, entre las fórmulas de gestión indirecta de los servicios públicos. Sin embargo, no puede mantenerse hoy la subsistencia del arrendamiento como fórmula de gestión de los servicios públicos locales por cuanto la mención al arrendamiento fue derogada con ocasión de la nueva redacción que al artículo 85 LRBRL ha dado la Ley 57/2003, de 16 de diciembre de Medidas para la Modernización del Gobierno Local.

Además, el art. 253 de la LCSP omite la mención del arrendamiento como modalidad de la gestión de servicios públicos.

Desde el punto de vista reglamentario se llega a idéntica conclusión de la derogación o supresión del arrendamiento como forma de gestión de los servicios públicos locales ya que la disposición derogatoria única del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, deja subsistente el Título III del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, sólo en cuanto no se opongan a la ley, y los artículos 138 a 142 del citado Reglamento que se refieren al arrendamiento, son contrarios a la LCSP, en cuanto no menciona esta modalidad de gestión de servicio público (así lo concluye el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 24/05, de 29 de junio de 2005).

2.- La cooperación administrativa como alternativa a la vía contractual.

En su Sentencia de 13 de noviembre de 2008 (As. C-324/07, *Coditel Brabant SA*, apdos. 48 y 49), el Tribunal de Justicia aceptó la posibilidad de que una autoridad pública realice las tareas de interés público que le corresponden *en colaboración con otras autoridades públicas*. Se trataba en ese caso de una fórmula de colaboración institucionalizada en el marco de una sociedad mercantil en el que se enjuiciaba la posibilidad de que varias entidades ostentasen sobre de manera conjunta un control sobre dicha sociedad análogo al ejercido sobre los propios servicios.

En otra posterior de 9 de junio de 2009 (As. C-480/06, *Comisión Vs. República Federal de Alemania*, apdo. 47), y a la vista de que el Derecho de la Unión Europea no impone a las autoridades públicas el uso de una determinada forma jurídica para garantizar sus misiones de servicio público, se declaraba la innecesariedad de articular la colaboración entre poderes públicos a través de fórmulas institucionales, admitiéndose la posibilidad de utilizar las de tipo convencional sin sujetar el nacimiento del vínculo entre las partes a la normativa sobre contratos públicos. Se trataba en este caso de un acuerdo cooperación entre cuatro Landkreise de Baja Sajonia y la ciudad de Hamburgo para la eliminación de sus residuos en la nueva instalación de valorización térmica construida por esta última ciudad.

En ambos casos, la excepción a la aplicación de la normativa sobre contratos públicos se justificaba por la naturaleza organizativa y no contractual de los acuerdos de cooperación celebrados por los poderes públicos, naturaleza organizativa que se manifiesta de diferente manera en ambos casos. En el primero, el relativo a la relación de un poder adjudicador y sus medios propios, por la existencia de un control sobre el medio propio análogo al ejercido sobre los propios servicios y un vínculo de destino de la parte esencial de la actividad del medio propio para con las entidades que lo controlan, tal y como señaló el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 18 de noviembre de 1999 (As. C-107/98, *Teckal*, apdo. 50).

En el caso de acuerdos de cooperación horizontal entre entidades públicas, y puesto que no existe una entidad sobre la que proyectar el control, la dimensión organizativa y no contractual del acuerdo se justifica por la concurrencia de una serie de requisitos señalados, antes que por el Tribunal de Justicia, por el Parlamento europeo, en su *Resolución sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* de 26 de octubre de 2006 (2006/2043/INI), al hilo de la cooperación intermunicipal (Cfr. apdo. 45), sobre los que insistiría de nuevo en su posterior *Informe sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública* de 10 de mayo de 2010 (2009/2175/INI) (Cfr. apdo. 9 *in fine*), una vez conocida la Sentencia de 9 de junio de 2009.

El primero de esos requisitos, de carácter subjetivo, es la naturaleza pública de los sujetos que participan en el acuerdo de cooperación, excluyendo la participación de en el mismo de sujetos privados, por no perseguir éstos con su actuación objetivos de interés público y porque de aceptarse, podrían suponer una ventaja para el sujeto privado frente a sus competidores.

En segundo lugar, que el acuerdo de cooperación lo sea para la consecución de un objetivo común, de interés público, que exceda del puro intercambio de prestaciones de servicios a cambio de un precio. En este sentido, el hecho de que la cooperación se proyecte sobre actuaciones «fuera de mercado», es decir, de naturaleza no comercial, ceñidas al ámbito geográfico propio de las entidades cooperantes, por las que no se abone un precio en contraprestación (lo cual no debe ser entendido en el sentido de que no pueda haber trasferencias económicas para compensar los gastos en que incurra la entidad prestadora, sino en el sentido de que no se incluye en las mismas ninguna cantidad en concepto de beneficio industrial), o la renuncia de derechos indemnizatorios en caso de suspensión o anormal prestación, son algunos de los indicadores aceptados por la jurisprudencia europea de que la relación entre las partes deja de

obedecer a la lógica contractual para encajar en el ámbito de las decisiones organizativas.

En cualquier caso, la exclusión de la aplicación de la normativa sobre contratos públicos únicamente alcanzaría al nacimiento del vínculo entre las partes, sin extenderse a una eventual convocatoria de licitación, cuando fuese necesaria para el desarrollo de la cooperación.

3.- Fórmulas institucionales.

Junto a las fórmulas contractuales del art. 253 LCSP no debemos olvidar la posibilidad que ahora ofrece la LCSP de utilizar otras fórmulas, de naturaleza institucional, para la realización de actuaciones típicamente contractuales, como puede ser la gestión de un servicio público. En este sentido debiera interpretarse la introducción de una nueva Disposición Adicional (la trigésimo quinta) en la LCSP, dedicada al régimen de adjudicación de contratos públicos en el marco de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, con ocasión de la Ley de Economía Sostenible:

Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.

Debe advertirse, no obstante, que la Disposición Adicional Trigésimo quinta LCSP tiene un ámbito objetivo muy reducido, que no agota todas las posibilidades que ofrece la colaboración entre el sector público y el sector privado de tipo institucional, con lo cual sólo de manera parcial se aborda la regulación de este fenómeno. El precepto se refiere única y exclusivamente a la colaboración entre el sector público y el sector privado en el seno de una sociedad de economía mixta, sin contemplar otras fórmulas institucionales que podrían servir igualmente para vehicular la colaboración de ambos sectores, como podrían ser todas las fórmulas asociativas sin carácter mercantil, las

fundaciones o los consorcios. Es cierto que la *Comunicación interpretativa de la COMISIÓN relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI)* de 12 de abril de 2008, texto de referencia sobre la materia, utiliza en ocasiones el término "empresa pública" para referirse a la entidad institucional encargada de gestionar la colaboración entre el sector público y el sector privado, pero no es menos cierto que en otras ocasiones, la Comunicación se refiere de un modo más genérico a "entidades de capital mixto", concepto que, entendemos, no queda restringido únicamente a las formas mercantiles.

La referida disposición regula la selección del socio privado que constituirá con el socio público la sociedad de capital mixto, pero ninguna referencia se contiene a las relaciones de dicha sociedad con terceros, en particular, a las relaciones contractuales que dicha sociedad haya de entablar con terceros. Entendemos que el régimen jurídico aplicable a los contratos que hayan de celebrar las sociedades de economía mixta a las que se refiere la disposición se ajustará bien a la LCSP, en la medida en que algunas de sus disposiciones le resulten de aplicación, en su caso, por tener la consideración de entidad del sector público, o incluso de poder adjudicador, bien al Derecho privado.

La primera de las cuestiones que se plantea en relación con la realización del encargo a la entidad mixta, cualquiera que sea la modalidad de colaboración institucional elegida (creación de entidad ad hoc o apertura de una entidad pública preexistente a la participación del sector privado) es el modo de articularlo. Una primera opción, conocida como "doble licitación" pasa por convocar un primer procedimiento para la selección del socio, para luego convocar otro procedimiento de cara a la adjudicación del contrato. A este segundo procedimiento concurriría la entidad mixta, junto con el resto de operadores económicos interesados. Por el contrario, una segunda opción, pasaría por la convocatoria de una "única licitación", pero con

un doble objeto: la selección del socio privado para formar parte de la entidad mixta (prestación subjetiva), de una parte, y de otra, la adjudicación del contrato (prestación objetiva) a esa entidad participada por el socio público y el socio privado, trámites que concurrirían, simultáneamente, en una misma resolución de adjudicación. De esta manera, la elección del adjudicatario o del concesionario se convierte en un método para concretar el socio privado que asume el contrato o la concesión.

La Comisión propone directamente que el socio privado sea seleccionado mediante un procedimiento de licitación transparente y competitivo cuyo objeto sea el contrato público o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto y la contribución operativa del socio privado a la ejecución de esas tareas y/o su contribución administrativa a la gestión de la entidad de capital mixto. Es decir, que la selección del socio privado va acompañada de la creación de la entidad mixta y la adjudicación del contrato público o la concesión a dicha entidad, o si el método para instrumentar la colaboración institucional es la participación de un socio privado en una entidad pública existente, el objeto del procedimiento de selección del socio privado puede ser confiar la ejecución de contratos públicos o concesiones que hasta entonces habían sido ejecutados internamente por la entidad pública. Además, el procedimiento de licitación única ha sido admitido incluso por Tribunal de Justicia. En su Sentencia de 15 de octubre de 2009 (As. C-196/08, *Acosef SpA*), el Tribunal de Justicia se pronuncia sobre la licitación convocada para la selección del socio privado minoritario de una sociedad de economía mixta que habría de resultar adjudicataria directa del servicio integrado de aguas («servizio idrico integrato») en la provincia de Ragusa (Sicilia, Italia). Para el Tribunal de Justicia:

“56 Con arreglo a la jurisprudencia, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa sería contraria al objetivo de competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato, ya que tal procedimiento otorgaría a la empresa

privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja con respecto a sus competidores (Sentencia de 11 de Enero de 2005, As. C-26/03, Stadt Halle y RPL Lochau, apartado 51, y Sentencia de 10 de noviembre de 2005, As. C-29/04, Comisión/Austria, apartado 48).

58 ...recurrir a una doble licitación casa mal con el ahorro de trámites que inspira las colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se discute en el litigio principal–, cuya creación reúne en el mismo expediente la selección del socio económico privado y la adjudicación de la concesión a la entidad de capital mixto que debe constituirse únicamente a estos efectos.

59 Aunque la inexistencia de licitación en la adjudicación de la gestión de unos servicios resulta incompatible con los artículos 43 CE y 49 CE y con los principios de igualdad de trato y de no discriminación, es posible resolver este problema si se selecciona al socio privado respetando las exigencias recordadas en los apartados 46 a 49 de la presente sentencia, desde el momento en que se exija a los candidatos que demuestren, no sólo su capacidad para convertirse en accionistas, sino ante todo su capacidad técnica para prestar el servicio y las ventajas económicas y de otro tipo que conlleva su oferta.

60 En la medida en que los criterios de selección del socio privado no se basen únicamente en el capital que aporta, sino también en su capacidad técnica y en las características de su oferta en cuanto a las prestaciones específicas que debe realizar, y en la medida en que se encomiende a dicho socio, como ocurre en el litigio principal, la explotación del servicio de que se trate y, por lo tanto, la gestión del mismo, cabe considerar que la selección del concesionario es un resultado indirecto de la selección del socio privado, decidida al término de un procedimiento respetuoso con los principios del Derecho comunitario, de modo que carecería de justificación un segundo procedimiento de licitación para seleccionar al concesionario.

61 En tal situación, si se recurriera a un doble procedimiento, primero para seleccionar al socio privado de la sociedad de capital mixto y luego para adjudicar la concesión a dicha sociedad, ello podría disuadir a las entidades privadas y a las autoridades públicas de establecer colaboraciones público-privadas institucionalizadas –como la que se examina en el litigio principal– a causa de la dilación inherente a la aplicación de dichos procedimientos y de la incertidumbre jurídica que existiría en cuanto a la adjudicación de la concesión al socio privado previamente seleccionado.

63 Habida cuenta de las consideraciones expuestas, procede responder a la cuestión planteada que los artículos 43 CE, 49 CE y 86 CE no se oponen a que se adjudique directamente un servicio público que En cualquier caso, el procedimiento de licitación debe respetar los principios de libre competencia, de transparencia y de igualdad de trato impuestos por el Tratado. En el marco de una operación de colaboración institucional entre el sector público y el sector privado esta obligación implica, según la Comisión, que la entidad adjudicadora incluya en el anuncio de licitación, o en el pliego de condiciones, la información fundamental sobre los documentos siguientes:

- el contrato público y/o la concesión que se ha de adjudicar a la entidad de capital mixto que habría de crearse,

- los estatutos de dicha entidad,
- el pacto entre accionistas, y
- todos los demás elementos por los que haya de regirse, por un lado, la relación contractual entre la entidad adjudicadora y el socio privado y, por otro, la relación entre la entidad adjudicadora y la entidad de capital mixto que debe crearse.

Junto a lo anterior, debería informarse además a los interesados sobre la duración prevista del contrato público que la entidad de capital mixto ha de ejecutar o de la concesión que ha de explotar, así como de las posibilidades de renovación o modificación del contrato público o de la concesión adjudicada, indicando las posibilidades de adjudicación opcional de nuevas tareas. La documentación debería indicar de la forma más detallada posible, al menos, el número y las condiciones de aplicación de esas opciones.

CONCLUSIÓN GENERAL

En principio, el art. 253 LCSP determina una serie de fórmulas tasadas para la gestión indirecta de los servicios públicos. Sin embargo, fruto de la reciente evolución de la jurisprudencia europea no debe descartarse que, junto a las fórmulas “contractuales” (incluyendo aquí el contrato de sociedad de economía mixta para la selección del socio privado) se acojan fórmulas de cooperación horizontal entre distintas Administraciones públicas para la prestación de servicios públicos de manera conjunta. Lo particular de estas fórmulas es que, por razón de las particulares relaciones jurídicas a que daría lugar la cooperación interadministrativa, quedarían al margen de la normativa sobre contratos del sector público.

UNIDAD DIDÁCTICA 3.- La gestión contractual de los servicios públicos

INDICE

INTRODUCCIÓN GENERAL	90
OBJETIVOS GENERALES	90
ESQUEMA DE CONTENIDOS	91
LECCIONES DE APRENDIZAJE	92
LECCIÓN 1.- La preparación de los contratos de gestión de servicios públicos. Especialidades en la tramitación del expediente de contratación.	92
INTRODUCCIÓN	92
OBJETIVOS	92
APARTADOS	93
1.- La determinación del régimen jurídico del servicio.	93
2.- El valor estimado del contrato. Problemática para su cálculo.	93
3.- El expediente de contratación.	96
4.- El contenido del Pliego de cláusulas administrativas particulares.	97
4.- La solvencia a exigir a los licitadores.	100
5.- La realización de obras como prestación propia de los contratos de gestión de servicios públicos.	102
CONCLUSIÓN GENERAL	104
LECCIÓN 2.- La licitación y adjudicación del contrato.	107
INTRODUCCIÓN	107
OBJETIVOS	107
APARTADOS	108
1.- Procedimientos utilizables para la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos.	108
2.- Publicidad de las licitaciones.	109
3.- Trámites para la adjudicación del contrato.	112
4.- La perfección del contrato.	114
5.- Sistema de recursos aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos.	116
A).- Sistema de recursos en contratos sujetos a regulación armonizada.	116
B).- Sistema de recursos en contratos no sujetos a regulación armonizada.	119
CONCLUSIÓN GENERAL	121
LECCIÓN 3.- La ejecución del contrato.	123
INTRODUCCIÓN	123
OBJETIVOS	123
APARTADOS	124
1.- Régimen jurídico del contrato.	124
2.- La duración del contrato de gestión de servicios públicos.	125
3.- Derechos y obligaciones de las partes.	126
4.- Modificación del contrato de gestión de servicios públicos.	127
5.- La extinción del contrato y sus efectos (en especial, la reversión de obras e instalaciones).	131
CONCLUSIÓN GENERAL	135

INTRODUCCIÓN GENERAL

En esta Unidad didáctica se abordarán las cuestiones que plantea la tramitación de un expediente para la licitación de un contrato de gestión de servicios públicos.

Para una mejor exposición, se ha estructurado la Unidad didáctica en tres bloques, haciendo coincidir cada una de ellas con las tres fases que atraviesa todo expediente de contratación: preparación, adjudicación y ejecución del contrato.

OBJETIVOS GENERALES

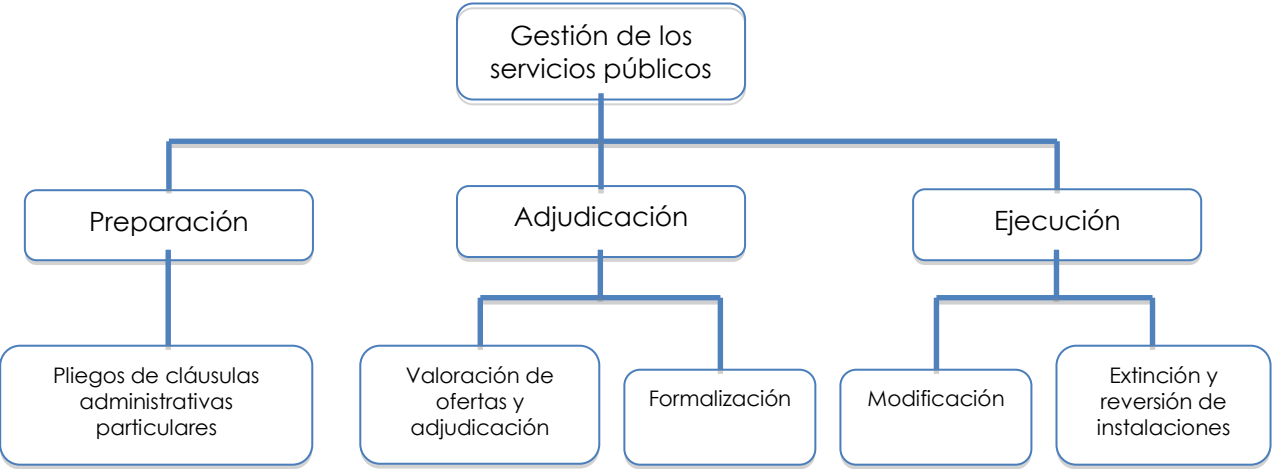
1.- Conocer los contenidos básicos del expediente de contratación de los contratos de gestión de servicios públicos, y en especial, del Pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la licitación y ejecución del contrato.

2.- Determinar el momento en que se produce la perfección del contrato y los efectos de la misma.

3.- Identificar los derechos y obligaciones de las partes del contrato durante la ejecución del mismo.

4.- Conocer las prerrogativas de la Administración titular del servicio público durante la ejecución del contrato, y en particular el régimen jurídico de su modificación.

ESQUEMA DE CONTENIDOS



LECCIONES DE APRENDIZAJE

LECCIÓN 1.- La preparación de los contratos de gestión de servicios públicos. Especialidades en la tramitación del expediente de contratación.

INTRODUCCIÓN

La correcta preparación del expediente de los contratos públicos es una cuestión de importancia capital. Es en esta fase donde se va a predeterminar el régimen jurídico del contrato, diseñando aspectos tan importantes como el valor estimado del contrato, del que dependerá luego la publicidad que deba darse al contrato, el procedimiento de adjudicación a utilizar, o el sistema de recursos aplicables. También en esta fase se configuran los derechos y obligaciones de las partes, al elaborar los Pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, documentos que van a tener la consideración de "Ley" durante las posteriores fases de adjudicación y ejecución de los contratos. Por esa razón debe tenerse en cuenta muy especialmente el diseño de dichos elementos.

OBJETIVOS

- 1.- Establecer el método para el cálculo del valor estimado del contrato de gestión de servicios públicos.
- 2.- Determinar el contenido mínimo del Pliego de cláusulas administrativas particulares.
- 3.- Conocer las particularidades que presenta la preparación del contrato de gestión de servicios públicos cuando en su seno se integran prestaciones de obras.

APARTADOS

1.- La determinación del régimen jurídico del servicio.

Las Administraciones Públicas no pueden celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales (art. 22 LCSP). Es por ello que, con anterioridad al inicio del procedimiento de adjudicación, deben ser determinadas con precisión la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria.

Ello obliga, en el caso de los contratos de gestión de servicios públicos, a que con anterioridad a su contratación se haya establecido su régimen jurídico declarando expresamente que la actividad de que se trata queda asumida por la Administración respectiva como propia de la misma. Junto a dicha «reserva» habrán de atribuirse las correspondientes competencias administrativas para la prestación del servicio, determinarse el alcance de las prestaciones en favor de los administrados, y regular los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio.

2.- El valor estimado del contrato. Problemática para su cálculo.

El art. 76 LCSP define el concepto de “valor estimado del contrato”, concepto que tiene su importancia a efectos de determinar el régimen jurídico de los contratos públicos, y entre otras cuestiones, las relativas a los procedimientos de adjudicación que se pueden utilizar, la publicidad que debe otorgarse a los anuncios de licitación o la aplicación de un sistema de recursos contractuales determinado. Según el mencionado art. 76 LCSP, «el valor estimado de los contratos vendrá determinado por el importe total, sin incluir el Impuesto sobre el Valor Añadido, pagadero según las estimaciones del órgano de contratación.

En el cálculo del importe total estimado, deberán tenerse en cuenta cualquier forma de opción eventual y las eventuales prórrogas del contrato». A dicho importe habrá de añadirse (supuesto frecuente cuando se utiliza el procedimiento de diálogo competitivo para la adjudicación del contrato), la cuantía de las primas o pagos a los candidatos o licitadores, cuando se haya previsto su abono como fórmula de promocionar la concurrencia. También habría que integrar en el cálculo del valor estimado del contrato, y como consecuencia de la modificación operada en la LCSP por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, el importe máximo que puedan alcanzar las modificaciones de contrato, en el caso de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92 ter, se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación la posibilidad de que el contrato sea modificado.

La estimación deberá hacerse teniendo en cuenta los precios habituales en el mercado, y estar referida al momento del envío del anuncio de licitación o, en caso de que no se requiera un anuncio de este tipo, al momento en que el órgano de contratación inicie el procedimiento de adjudicación del contrato.

Para su determinación, y a diferencia de lo que sucede en el caso de los contratos de obras y de concesiones de obras públicas, de suministros y de servicios, el art. 76 no establece reglas específicas. Habida cuenta de las especialidades que pueden presentar los contratos de gestión de servicios públicos, para el cálculo del valor estimado de estos contratos puede resultar de utilidad el criterio establecido por la Junta Superior de Contratación Administrativa de la Generalitat Valenciana 2/2010, de 31 de enero de 2010. Señalaba en su informe dicho órgano consultivo que el valor estimado del contrato de gestión de servicios públicos debe calcularse de conformidad con lo previsto en el artículo 257 de la Ley de Contratos del Sector Público, previa elaboración por la Administración del anteproyecto de explotación del servicio que exige el artículo 117 de la Ley, en los contratos que comprendan la ejecución de obras, o del estudio para la

delimitación de las tarifas al que se refiere el artículo 183 del Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con dicho precepto de la Ley, cuando el contrato no comprenda la realización de obras.

De conformidad con dichos preceptos, el valor estimado del contrato, se pueden definir como el valor actual (en el momento de la licitación) del total de ingresos estimados que percibirá o podrá percibir el concesionario vinculados a la explotación del servicio durante todo el periodo de la concesión, menos el valor actual del canon que en su caso haya de satisfacer el concesionario a la Administración durante el mismo período. Alternativamente, el valor estimado del contrato puede obtenerse o venir reflejado por el valor actual de los ingresos medios anuales que se estimen pueda y deba obtener el contratista durante el período de concesión, multiplicado por el número de años de concesión y minorado igualmente por el valor del canon que en su caso haya que satisfacer a la Administración durante la vigencia del contrato. La razón para excluir el canon a satisfacer por el concesionario es porque no se trata de una retribución al concesionario sino de un ingreso para la administración concedente por la utilización de los bienes y servicios objeto de la concesión y, por tanto, no puede nunca formar parte del valor estimado del contrato ni de su precio. Es decir, el canon representa una participación de la Administración en los ingresos obtenidos por el concesionario de los usuarios y por la utilización del servicio²⁴.

²⁴ Hay que advertir, no obstante, que la fórmula de valoración descrita presenta variaciones y una mayor complejidad cuando, de acuerdo con lo previsto en el contrato, el concesionario ha de efectuar inversiones en activos fijos (inmovilizado) que no se amorticen durante el período de vigencia del contrato, que deban entregarse a la Administración al término de la concesión y que no se haya previsto en el anteproyecto de explotación la creación de un fondo de reversión suficiente para cubrirlos durante el plazo de concesión, mediante las correspondientes provisiones anuales. En ese caso, deberá incluirse en el precio del contrato la contraprestación que deberá pagarse al concesionario al término de la concesión por la parte no amortizada de dichos activos. Igualmente, aumenta la dificultad de dicha valoración cuando el contrato comprende la ejecución de obras y otras inversiones necesarias para la explotación

3.- El expediente de contratación.

Como en todo contrato, a la licitación de los de gestión de servicios públicos debe preceder la tramitación del oportuno expediente de contratación, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato en los términos previstos en el art. 22 LCSP (determinación con precisión de la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas).

En el expediente se justificará adecuadamente la elección del procedimiento y la de los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato.

En el expediente de contratación deberá señalarse la modalidad, de entre las que el art. 253 LCSP permite, con arreglo a la cual se materializará dicha gestión. También deberán incorporarse al expediente el anteproyecto de explotación del servicio y, en su caso, de las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización (en tal supuesto serán de aplicación los preceptos establecidos para la concesión de obras públicas).

Junto a ellas, habrá de constar la certificación de la existencia de crédito suficiente para hacer frente a las obligaciones que se deriven de la ejecución del contrato y su fiscalización por la Intervención.

También se incluirán en el expediente de contratación los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas donde se establezcan las condiciones de prestación del servicio. En los pliegos de cláusulas administrativas particulares se incluirán los pactos y

del servicio, incluso en ocasiones con carácter previo al inicio de dicha explotación, que deban ser financiadas por el concesionario y retribuidas a lo largo de la concesión. En ese supuesto, el anteproyecto de explotación deberá no sólo valorarlas, imputarlas al ejercicio que correspondan y prever su amortización, sino también estimar con precisión los costes financieros en los que tendrá que incurrir el concesionario para financiar las, teniendo en cuenta que la empresa deberá obtener y utilizar en gran medida recursos ajenos de entidades del sistema financiero para llevarlas a cabo.

condiciones definidores de los derechos y obligaciones de las partes del contrato, debiendo acomodarse las prescripciones contenidas en los pliegos a las normas reguladoras del régimen jurídico del servicio.

Una vez completado el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación. Dicha resolución implicará también, por lo general, la aprobación del gasto.

4.- El contenido del Pliego de cláusulas administrativas particulares.

Los pliegos de cláusulas administrativas particulares contendrán aquellas declaraciones que sean específicas del contrato de gestión de servicios públicos y del procedimiento y forma de adjudicación, las que se considere pertinente incluir y no figuren en el pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte de aplicación o estén en contradicción con alguna de ellas y las que figurando en el mismo no hayan de regir por causa justificada en el contrato de que se trate. En particular, los pliegos de cláusulas administrativas particulares serán redactados por el servicio competente y de conformidad con el art. 67.1 y .4 RGLCAP deberán contener las siguientes prescripciones:

1. Necesidades administrativas que satisfacer mediante el contrato y los factores de todo orden a tener en cuenta.
2. Régimen jurídico básico que determina el carácter de servicio público, con expresión de los reglamentos reguladores del servicio y de los aspectos jurídicos, económicos y administrativos.
3. Definición del objeto del contrato.
4. Plazo de ejecución o de duración del contrato, con determinación, en su caso, de las prórrogas, que serán acordadas de forma expresa.
5. Canon o participación a satisfacer a la Administración por el contratista o beneficio mínimo que corresponda a alguna de las

partes²⁵.

6. En su caso, tarifas a abonar por los usuarios y procedimiento para su revisión.
7. Precio o contraprestación económica a abonar por la Administración cuando proceda, especificando la clase, cuantía, plazos y forma de entrega, si procede.
8. Mención expresa de la existencia de los créditos precisos para atender a las obligaciones que se deriven para la Administración del cumplimiento del contrato hasta su conclusión, o expresión de que el contrato no origina gastos para la Administración.
9. Criterios de selección basados en los medios de acreditar la solvencia económica, financiera y técnica conforme a los artículos 63, 67 y 68 LCSP.
10. Procedimiento y forma de adjudicación del contrato. Cuando el contrato se adjudique por procedimiento negociado deberán indicarse los aspectos económicos y técnicos que serán objeto de negociación.
11. Criterios para la adjudicación del contrato, por orden decreciente de importancia, y su ponderación. En su caso, los parámetros objetivos que en función de los cuales se apreciará que las proposiciones presentadas no pueden ser cumplidas como consecuencia de la inclusión de valores anormales o desproporcionados.
12. Indicación expresa, en su caso, de la autorización de variantes o alternativas, con expresión de sus requisitos, límites, modalidades

²⁵ La referencia al «canon que hubiera de satisfacerse» por el concesionario contenida en el art. 117.1 LCSP, y despojada ahora de la coletilla 'cuando así procediera' que figuraba anteriormente en el art. 158.1 TLCAP, conduce a BLANQUER CRIADO a afirmar que siempre debe abonarse el canon o participación. No obstante, el propio autor reconoce que se trata de un cambio abierto a distintas interpretaciones, toda vez que el verbo no se emplea en su fórmula imperativa sino subjuntiva –'hubiera'–, por lo que se puede argumentar que no estamos ante una prestación necesaria o inexorable, sino potencial o potestativa, en atención a las particulares circunstancias del caso; La nueva Ley de contratos del sector público, Guía práctica, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 104-105.

y aspectos del contrato sobre los que son admitidas.

13. Documentos a presentar por los licitadores, así como la forma y contenido de las proposiciones.

14. Garantías provisionales y definitivas, así como, en su caso, garantías complementarias.

15. Derechos y obligaciones específicas de las partes del contrato y documentación incorporada al expediente que tiene carácter contractual.

16. La posibilidad de que el contrato sea modificado y las condiciones en que podrá producirse la modificación.

17. Importe máximo de los gastos de publicidad de licitación del contrato, tanto en boletines oficiales, como, en su caso, en otros medios de difusión, que debe abonar el adjudicatario.

18. Causas especiales de resolución del contrato.

19. Supuestos en que, en su caso, los incumplimientos de carácter parcial serán causa de resolución del contrato.

20. Especial mención de las penalidades administrativas que sean de aplicación en caso de demora de la ejecución.

21. En su caso, plazo especial de recepción del contrato.

22. Plazo de garantía del contrato o justificación de su no establecimiento y especificación del momento en que comienza a transcurrir su cómputo.

23. Especificación de las obras e instalaciones que hubiera de realizar el contratista para la explotación del servicio público, expresando las que habrán de pasar a la Administración a la terminación del contrato, en su caso.

24. Especificación de las obras e instalaciones, bienes y medios auxiliares que la Administración aporta al contratista para la gestión del servicio público, con indicación de la obligación del contratista de mantenerlos en buen estado.

25. En los contratos bajo la modalidad de concesión, requisitos y condiciones que, en su caso, deberá cumplir la sociedad que se

constituya para la explotación de la concesión.

26. En su caso, condiciones especiales de ejecución del contrato, y su carácter esencial o no, pudiendo además indicarse las penalidades especiales que resultarán de aplicación en caso de incumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución.

27. En su caso, obligación del contratista de guardar el sigilo sobre el contenido del contrato adjudicado.

28. Expresa sumisión a la legislación de contratos del Sector Público y al pliego de cláusulas administrativas generales que, en su caso, resulte aplicable.

El pliego de cláusulas administrativas particulares deberá aprobarse por el órgano de contratación previamente a la autorización del gasto o conjuntamente con ella, y siempre antes de la licitación del contrato o, de no existir ésta, antes de su adjudicación.

4.- La solvencia a exigir a los licitadores.

Para celebrar contratos con el sector público los empresarios deberán acreditar estar en posesión de las condiciones mínimas de solvencia económica y financiera y profesional o técnica que se determinen por el órgano de contratación. Los requisitos mínimos de solvencia que deba reunir el empresario y la documentación requerida para acreditar los mismos se indicarán en el anuncio de licitación y se especificarán en el pliego del contrato, debiendo estar vinculados a su objeto y ser proporcionales al mismo.

En el Pliego de cláusulas administrativas particulares se indicarán los medios, de entre los consignados en los arts. 64 a 68 LCSP (y no otros), de los que los licitadores pueden servirse para acreditar la solvencia propia.

Debe resaltarse asimismo que el art. 52 LCSP faculta a los licitadores a la hora de acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, para basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los

vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios. Sobre esta cuestión resultan de interés las consideraciones del Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón núm 29/2008, de 10 de diciembre, que afirma que

«no existe a priori, ninguna restricción en relación a los medios en los que se puede completar la solvencia de una empresa con la capacidad de otra; así se desprende también de la Sentencia Holst Italia que se refiere precisamente a un supuesto en el que se exigían como requisitos de solvencia un determinado volumen de negocio y una experiencia mínima en contratos similares, requisitos que según concluye la sentencia un licitador podrá completar con la capacidad de otras entidades.

Ahora bien, hay que admitir que es difícil imaginar la integración con medios externos en los supuestos del artículo 64.1 LCSP apartados a) y b) que se refieren a la acreditación de solvencia mediante la aportación de declaraciones de entidades financieras, justificantes de la existencia de seguro profesional, presentación de cuenta anuales o de libros de contabilidad.

En cualquier caso, tal y como señala el propio art. 52 LCSP, la admisibilidad de la integración de solvencia con medios externos queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato. En ese mismo sentido la jurisprudencia del TJCE hace hincapié en que corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado, y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados. Hay que entender pues, la integración de solvencia con medios externos como una posibilidad admisible únicamente cuando quede totalmente garantizada la ejecución del contrato siendo recomendable que en los pliegos de cláusulas administrativas se recoja expresamente que si los licitadores acuden a la posibilidad que les brinda el artículo 52 LCSP, se les exigirá demostrar que para la ejecución del contrato dispondrán de los medios aportados a través de otra entidad mediante la exhibición del correspondiente documento de compromiso y que en caso de resultar adjudicatario del contrato el licitador se compromete a ejecutar el mismo con los mismos medios que ha aportado para acreditar su solvencia. Asimismo, en estos supuestos debería recogerse específicamente en el contrato dicha circunstancia, adjuntando los compromisos debidamente formalizados».

Por último, en relación con la solvencia de los licitadores en los contratos de gestión de servicios públicos, debe señalarse que no procede la exigencia de clasificación en estos contratos, pues el art. 54

LCSP determina su necesidad únicamente en contratos de obras y de servicios que superen una determinada cantidad.

5.- La realización de obras como prestación propia de los contratos de gestión de servicios públicos.

Conocida es la posibilidad de que en un contrato de gestión de servicios públicos se integren, como prestación propia del mismo, la ejecución con carácter previo de las obras que resulten precisas para la posterior prestación del servicio. En tales supuestos, la tramitación del expediente irá precedida de la elaboración y aprobación administrativa del anteproyecto de explotación y del correspondiente a las obras precisas, con especificación de las prescripciones técnicas relativas a su realización.

En tal supuesto, el art. 117.2 LCSP dispone la aplicación de los preceptos establecidos en la Ley para la concesión de obras públicas. En particular, el art. 113 LCSP, relativo al anteproyecto que en función de la complejidad de la obra y del grado de definición de sus características puede acordar realizar la Administración, que deberá contener, como mínimo, la siguiente documentación:

- a. Una memoria en la que se expondrán las necesidades a satisfacer, los factores sociales, técnicos, económicos, medioambientales y administrativos considerados para atender el objetivo fijado y la justificación de la solución que se propone. La memoria se acompañará de los datos y cálculos básicos correspondientes.
- b. Los planos de situación generales y de conjunto necesarios para la definición de la obra.
- c. Un presupuesto que comprenda los gastos de ejecución de la obra, incluido el coste de las expropiaciones que hubiese que llevar a cabo, partiendo de las correspondientes mediciones aproximadas y valoraciones. Para el cálculo del coste de las

expropiaciones se tendrá en cuenta el sistema legal de valoraciones vigente.

- d. Un estudio relativo al régimen de utilización y explotación de la obra, con indicación de su forma de financiación y del régimen tarifario que regirá en la concesión, incluyendo, en su caso, la incidencia o contribución en éstas de los rendimientos que pudieran corresponder a la zona de explotación comercial.

El anteproyecto deberá ser aprobado por el órgano de contratación tras un período de información pública. Al aprobarse el anteproyecto quedará autorizada la redacción del proyecto o proyectos que en el mismo se indiquen, que deberán ser objeto de contratación y ejecución independientes.

En el supuesto de que las obras sean definidas en todas sus características por la Administración concedente, se procederá a la redacción, supervisión, aprobación y replanteo del correspondiente proyecto.

Los proyectos deberán contener, como requisitos mínimos, un documento que defina con precisión las obras y sus características técnicas y un presupuesto con expresión de los precios unitarios y descompuestos.

En el Proyecto se indicarán los antecedentes y situaciones previas de las obras, métodos de cálculo y ensayos efectuados, cuyos detalles y desarrollo se incluirán en anexos separados. También figurarán en otros anexos: el estudio de los materiales a emplear y los ensayos realizados con los mismos, la justificación del cálculo de los precios adoptados, las bases fijadas para la valoración de las unidades de obra y de las partidas alzadas propuestas y el presupuesto para conocimiento de la Administración obtenido por la suma de los gastos correspondientes al estudio y elaboración del proyecto, cuando procedan, del presupuesto de las obras y del importe previsible de las expropiaciones necesarias y de restablecimiento de servicios, derechos reales y servidumbres afectados, en su caso. La memoria tendrá carácter contractual en todo

lo referente a la descripción de los materiales básicos o elementales que forman parte de las unidades de obra.

Los planos deberán ser lo suficientemente descriptivos para que puedan deducirse de ellos las mediciones que sirvan de base para las valoraciones pertinentes y para la exacta realización de la obra.

El programa de trabajo, entre otras especificaciones, contendrá, debidamente justificados, la previsible financiación de la obra durante el período de ejecución y los plazos en los que deberán ser ejecutadas las distintas partes fundamentales en que pueda descomponerse la obra, determinándose los importes que corresponderá abonar durante cada uno de ellos.

Realizada, en su caso, la correspondiente información pública, supervisado el proyecto, cumplidos los trámites establecidos y solicitados los informes que sean preceptivos o se estime conveniente solicitar para un mayor conocimiento de cuantos factores puedan incidir en la ejecución o explotación de las obras, el órgano de contratación resolverá sobre la aprobación del proyecto.

Habida cuenta de la especialidad que presentan estos contratos de gestión de servicios públicos que incluyen también la ejecución de obras, el órgano de contratación podrá incluir en el pliego, en función de la naturaleza y complejidad de éste, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido. Las respuestas tendrán carácter vinculante y deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación.

CONCLUSIÓN GENERAL

La preparación del contrato mediante la adecuada tramitación del expediente de contratación resulta de una importancia capital de cara a garantizar una posterior ejecución del contrato sin problemas. Es en esta fase donde se va a conformar el Pliego de cláusulas administrativas particulares, al que se atribuye el valor de "ley del

contrato" y en el que se definirán los derechos y obligaciones de las partes.

LECCIÓN 2.- La licitación y adjudicación del contrato.

INTRODUCCIÓN

Una vez aprobado el expediente de contratación se abre la fase de licitación del contrato en la que, de acuerdo con el procedimiento que se haya decidido seguir, se producirá la selección de los licitadores y posteriormente la adjudicación del contrato a la oferta que se considera como la económicamente más ventajosa.

Es en esta fase, en la que intervienen ya diferentes operadores económicos, donde debe prestarse atención al respeto a los principios generales de la contratación pública: el principio de igualdad de trato y de no discriminación entre los licitadores, el de publicidad, posibilitando que la oportunidad de contratación sea conocida por los interesados, el de transparencia de las actuaciones, el de confidencialidad de la información señalada como tal por los licitadores en sus ofertas, y el de adjudicación del contrato a la oferta que se identifique como la económicamente más ventajosa.

OBJETIVOS

- 1.- Conocer los procedimientos que pueden ser utilizados para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos.
- 2.- Resaltar las novedades introducidas en la legislación de contratos del sector público como consecuencia de sus últimas modificaciones en relación con el momento de perfección de los contratos.
- 3.- Determinar el régimen de recursos contractuales aplicable para la revisión de los actos dictados durante el procedimiento de adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos.

APARTADOS

1.- Procedimientos utilizables para la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos.

Con carácter general, para la licitación de los contratos de gestión de servicios públicos puede utilizarse indistintamente el procedimiento abierto o el procedimiento restringido. En el procedimiento abierto todo empresario interesado podrá presentar una proposición. Por el contrario, en el procedimiento restringido sólo podrán presentar proposiciones aquellos empresarios que, a su solicitud y en atención a su solvencia, sean seleccionados por el órgano de contratación. En ambos procedimientos estará prohibida toda negociación de los términos del contrato con los solicitantes o candidatos.

Igualmente podrá utilizarse el procedimiento negociado. Sin embargo, la utilización de dicho procedimiento queda condicionada a la concurrencia de unas determinadas circunstancias: o bien alguna de las señaladas en el art. 154 LCSP (que contempla los supuestos de utilización de dicho procedimiento aplicables con carácter general a cualquier tipo de contrato), o las específicamente indicadas para el contrato de gestión de servicios públicos en el art. 156 LCSP. Este último precepto señala, precisamente como causas de utilización del procedimiento negociado para los contratos de gestión de servicios públicos, las siguientes:

a).- Cuando se trate de servicios públicos respecto de los cuales no sea posible promover concurrencia en la oferta.

b).- Los de gestión de servicios cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a cinco años.

c).- Los relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertados con medios ajenos, derivados de un Convenio de

colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que éste haya sido adjudicado con sujeción a las normas de esta Ley.

Con carácter general será necesario publicitar la celebración de los contratos de gestión de servicios públicos, quedando exceptuados de tal obligación únicamente en los supuestos en los que la propia LCSP autorice la utilización del procedimiento negociado en su vertiente sin publicidad. Así, por ejemplo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 161.2 LCSP, debe señalarse la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado en su modalidad sin publicidad en el supuesto contemplado en la letra b del art. 156 LCSP. Será necesario para ello que el valor estimado del contrato no supere los 60.000 euros. Para el caso de superar dicho importe, y siempre que no se rebasen los 500.000 euros, será necesario publicar un anuncio de licitación conforme al art. 126 LCSP.

Junto a los anteriores igualmente podría utilizarse, cuando se den los requisitos para ello, el diálogo competitivo, los acuerdos marco o los sistemas dinámicos de contratación.

2.- Publicidad de las licitaciones.

Con carácter general, los diferentes procedimientos de adjudicación de los contratos públicos determinan la necesidad de publicitar la licitación de los contratos. Salvo en el caso de los procedimientos negociados, cuando concorra alguna de las causas que expresamente autorizan la licitación sin publicidad, y de los contratos menores (si es que la gestión de un servicio público no supera las cuantías que califican estos contratos), sujetos a una tramitación especial, el art. 126 LCSP dispone la obligatoriedad de anunciar las licitaciones en el Boletín Oficial del Estado, o cuando se trate de contratos de las Comunidades Autónomas, entidades locales u organismos o entidades de derecho público dependientes de las mismas, en los diarios o boletines oficiales autonómicos o provinciales.

Sin embargo, en el caso de los procedimientos negociados por razón de la cuantía, la publicidad en el Boletín Oficial que corresponda puede sustituirse por la que, de manera obligatoria, debe realizarse del mismo anuncio igualmente en el perfil de contratante del órgano de contratación.

De manera adicional, cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE), sin que en este caso la publicidad efectuada en los diarios oficiales autonómicos o provinciales pueda sustituir a la que debe hacerse en el Boletín Oficial del Estado. El envío del anuncio al DOUE deberá preceder a cualquier otra publicidad. De hecho, los anuncios que se publiquen en otros diarios o boletines deberán indicar la fecha de envío al DOUE, de la que el órgano de contratación dejará prueba suficiente en el expediente, y no podrán contener indicaciones distintas a las incluidas en dicho anuncio. Si el contrato no está sujeto a regulación armonizada, la publicidad en el Diario Oficial de la Unión Europea es voluntaria.

Sobre el contenido de dichos anuncios, puede verse el modelo de anuncio de licitación incluido en el Real Decreto 300/2011, de 4 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y se habilita al titular del Ministerio de Economía y Hacienda para modificar sus anexos:



I. DISPOSICIONES GENERALES

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y HACIENDA

5192

Real Decreto 300/2011, de 4 de marzo, por el que se modifica el Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de contratos del sector público y se habilita al titular del Ministerio de Economía y Hacienda para modificar sus anexos.

«B. Modelo de anuncio para la licitación de los contratos

1. Entidad adjudicadora: Datos generales y datos para la obtención de la información:
 - a) Organismo.
 - b) Dependencia que tramita el expediente.
 - c) Obtención de documentación e información:
 - 1) Dependencia.
 - 2) Domicilio.
 - 3) Localidad y código postal.
 - 4) Teléfono.
 - 5) Telefax.
 - 6) Correo electrónico.
 - 7) Dirección de Internet del perfil del contratante.
 - 8) Fecha límite de obtención de documentación e información.
 - d) Número de expediente.
2. Objeto del Contrato:
 - a) Tipo.
 - b) Descripción.
 - c) División por lotes y número de lotes/número de unidades.
 - d) Lugar de ejecución/entrega:
 - 1) Domicilio.
 - 2) Localidad y código postal.
 - e) Plazo de ejecución/entrega.
 - f) Admisión de prórroga.
 - g) Establecimiento de un acuerdo marco (en su caso).
 - h) Sistema dinámico de adquisición (en su caso).
 - i) CPV (Referencia de Nomenclatura).
3. Tramitación y procedimiento:
 - a) Tramitación.
 - b) Procedimiento.
 - c) Subasta electrónica.
 - d) Criterios de adjudicación.
4. Valor estimado del contrato: euros
5. Presupuesto base de licitación:
 - a) Importe neto euros. Importe total euros.
6. Garantías exigidas.
Provisional (importe) euros.
Definitiva (%)
7. Requisitos específicos del contratista:
 - a) Clasificación (grupo, subgrupo y categoría) (en su caso).
 - b) Solvencia económica y financiera y solvencia técnica y profesional (en su caso).
 - c) Otros requisitos específicos.
 - d) Contratos reservados.
8. Presentación de ofertas o de solicitudes de participación:
 - a) Fecha límite de presentación.
 - b) Modalidad de presentación.
 - c) Lugar de presentación:
 1. Dependencia.
 2. Domicilio.
 3. Localidad y código postal.
 4. Dirección electrónica:
 - d) Número previsto de empresas a las que se pretende invitar a presentar ofertas (procedimiento restringido).
 - e) Admisión de variantes, si procede.
 - f) Plazo durante el cual el licitador estará obligado a mantener su oferta.

cve: BOE-A-2011-5192

cve: BOE-A-2011-5192

9. Apertura de ofertas:

- a) Descripción.
- b) Dirección.
- c) Localidad y código postal.
- d) Fecha y hora.

10. Gastos de Publicidad.

11. Fecha de envío del anuncio al «Diario Oficial de la Unión Europea» (en su caso).

12. Otras Informaciones.»

A partir de la publicación del anuncio de licitación, los operadores económicos dispondrán de un plazo para presentar sus respectivas ofertas y/o solicitudes de participación, plazo que será determinado por el órgano de contratación teniendo en cuenta el tiempo que razonablemente pueda ser necesario para preparar aquéllas, atendida la complejidad del contrato, y respetando, en todo caso, los plazos mínimos fijados en la LCSP según el tipo de procedimiento de adjudicación que se haya de utilizar.

3.- Trámites para la adjudicación del contrato.

Pocas especialidades presenta el trámite de adjudicación de los contratos cuando se trata de un contrato de gestión de servicios públicos. El art. 134 LCSP dispone con carácter general que el órgano de contratación clasificará, por orden decreciente, las proposiciones presentadas y que no hayan sido declaradas desproporcionadas o anormales conforme a lo señalado en el artículo siguiente. Para realizar dicha clasificación, atenderá a los criterios de adjudicación señalados en el pliego o en el anuncio pudiendo solicitar para ello cuantos informes técnicos estime pertinentes.

El órgano de contratación requerirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa para que, dentro del plazo de diez días hábiles, a contar desde el siguiente a aquél en que hubiera recibido el requerimiento, presente la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorice al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer efectivamente de los medios que se hubiese

comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato conforme al artículo 53.2, y de haber constituido la garantía definitiva que sea procedente. Los correspondientes certificados podrán ser expedidos por medios electrónicos, informáticos o telemáticos, salvo que se establezca otra cosa en los pliegos. De no cumplimentarse adecuadamente el requerimiento en el plazo señalado, se entenderá que el licitador ha retirado su oferta, procediéndose en ese caso a recabar la misma documentación al licitador siguiente, por el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas.

El órgano de contratación deberá adjudicar el contrato dentro de los cinco días hábiles siguientes a la recepción de la documentación, sin que pueda declararse desierta una licitación cuando exista alguna oferta o proposición que sea admisible de acuerdo con los criterios que figuren en el pliego.

Especial importancia reviste el contenido del acto por el que se resuelva la adjudicación del contrato, aspecto que ha sido dotado de un nuevo régimen con ocasión de la reforma de la LCSP por la Ley 34/2010, de 5 de agosto. Así, la adjudicación deberá ser motivada, se notificará a los candidatos o licitadores y, simultáneamente, se publicará en el perfil de contratante. Expresamente se indica ahora que la notificación deberá contener, en todo caso, la información necesaria que permita al licitador excluido o candidato descartado interponer, conforme al artículo 310, recurso suficientemente fundado contra la decisión de adjudicación. En particular expresará los siguientes extremos:

a).- En relación con los candidatos descartados, la exposición resumida de las razones por las que se haya desestimado su candidatura.

b).- Con respecto de los licitadores excluidos del procedimiento de adjudicación, también en forma resumida, las razones por las que no se haya admitido su oferta.

c).- En todo caso, el nombre del adjudicatario, las características y ventajas de la proposición del adjudicatario determinantes de que haya sido seleccionada la oferta de éste con preferencia a las que hayan presentado los restantes licitadores cuyas ofertas hayan sido admitidas.

Sobre el concreto contenido de esta motivación, conviene recordar que la JCCA de la Generalidad de Cataluña ya manifestó en su Recomendación 4/2005, de 12 de diciembre defendía que «... es preciso recomendar que todas las resoluciones incluyan las puntuaciones obtenidas por todas las empresas admitidas al procedimiento, esto es, tanto la puntuación total como la puntuación obtenida en cada criterio objetivo aplicado.»

En la notificación y en el perfil de contratante se indicará el plazo en que debe procederse a la formalización del contrato, momento en el que el contrato quedará perfeccionado.

4.- La perfección del contrato.

Uno de los principales "ajustes" con la reforma operada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto consiste en residenciar la perfección de los contratos públicos en el momento de la formalización y no de la adjudicación definitiva (artículo 27 LCSP). Para ello, además, se ha eliminado esta dualidad de adjudicaciones, objeto de críticas doctrinales²⁶.

Así, el artículo 135.3 LCSP establece que la adjudicación se acuerda por el órgano de contratación en resolución motivada. Contra

²⁶ Fundamenta esta desaparición del doble trámite de adjudicación provisional y definitiva el parecer contrario de la Comisión Europea, manifestado en su Dictamen motivado núm. 260 2190/2002, de 8 de octubre de 2009, a considerar que el recurso contra la adjudicación provisional previsto en el artículo 37 LCSP equivale al recurso contra la adjudicación misma del contrato. Lo que exige el Derecho comunitario es que se permita entablar un recurso eficaz luego de haberse tomado la decisión de adjudicar un contrato y antes de la celebración de este (entiéndase que el término comunitario *celebración* del contrato equivale al nacional de *perfección* del contrato). Para la Comisión, el recurso previsto en el artículo 37, tal y como está configurado, no permite a los licitadores excluidos enjuiciar la corrección de todas las actuaciones posteriores a dicha adjudicación provisional, considerando por ello que se trata de un recurso ineficaz. Vid M. CARBONERO GALLARDO, "Viajes de ida y vuelta: el regreso de la adjudicación única", Revista Contratación Administrativa Práctica núm 100, 2010, pp. 73 a 78.

este acto de adjudicación ahora procederá el recurso especial u ordinario según la cuantía pero no será hasta este momento de formalización cuando el contrato se entienda perfeccionado -al parecer por exigencias de las instituciones comunitarias, con el fin de que el recurso especial pueda ser realmente eficaz-, lo que supone también una alteración de las causas de resolución, por que ahora el desistimiento entre la adjudicación y su formalización no supondrá resolución del contrato. En coherencia con este cambio legislativo se ha modificado el artículo 135 LCSP, anticipando trámites que se exigían antes tras la eliminada adjudicación provisional: ahora el órgano de contratación (no la mesa de contratación), recibida la propuesta de adjudicación que ha establecido la mesa de contratación, se dirige al empresario elegido, para que aporte la documentación que especifica el artículo 135 LCSP (nueva redacción) y la garantía que establece el artículo 83.1 LCSP (en su nueva redacción). Si recibe esa documentación y se considera correcta, el órgano de contratación dictará el primer acto administrativo propiamente dicho, que es el de la adjudicación -o el de exclusión en caso contrario-, acto que no perfecciona el contrato hasta que no se proceda a la formalización del mismo (artículo 27.1 LCSP, nueva redacción). Dicho acto de adjudicación se notificará a los licitadores y se publicará en el perfil de contratante (artículo 135.4 LCSP, nueva redacción). Además, se reduce de quince a diez días hábiles el plazo de que dispone el licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa (ahora el propuesto adjudicatario, antes adjudicatario provisional) para presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad Social o autorizar al órgano de contratación para obtener de forma directa la acreditación de ello, de disponer de los medios que se hubiese comprometido a dedicar o adscribir a la ejecución del contrato y de haber constituido la garantía definitiva procedente, pudiendo las

normas autonómicas fijar un plazo mayor, sin que exceda de veinte días hábiles (antes un mes).

5.- Sistema de recursos aplicable a los contratos de gestión de servicios públicos.

A).- Sistema de recursos en contratos sujetos a regulación armonizada.

El nuevo recurso de carácter precontractual descansa sobre una nueva figura como son los Tribunales administrativos, a los que se les reconoce facultades, de plena jurisdicción con posible restablecimiento de la situación jurídica individualizada y, en su caso, indemnización, se manifiestan en el contenido de la resolución final. A dichos órganos se les otorgan amplias facultades:

a) Puede pronunciarse sobre la anulación de las decisiones ilegales adoptadas durante el procedimiento de adjudicación, incluyendo la supresión de las características técnicas, económicas o financieras discriminatorias contenidas en el anuncio de licitación, anuncio indicativo, pliegos, condiciones reguladoras del contrato o cualquier otro documento relacionado con la licitación o adjudicación, así como, si procede, sobre la retroacción de actuaciones. Si de ello deriva que la adjudicación se realice a favor de otro licitador, se concederá al órgano de contratación un plazo un plazo de diez días hábiles para que requiera al licitador seleccionado para que se presente la documentación pertinente para la adjudicación del contrato (art. 317.2 LCSP).

b) Cuando concurren los requisitos y se solicite por los interesados, podrá imponerse a la entidad contratante la obligación de indemnizar a la persona interesada por los daños y perjuicios que le haya podido ocasionar la infracción legal que hubiese dado lugar al recurso (art. 317.3 LCSP). Para fijar esta indemnización se atenderá en lo posible a los criterios propios de la responsabilidad patrimonial de la Administración (remisión al art. 141.2 y 3 LAP), debiendo cubrir como mínimo los gastos ocasionados por la preparación de la oferta o la participación en el procedimiento de contratación (art. 318 LCSP)

c) Podrá acordar el levantamiento de la suspensión del acto de adjudicación si continuase suspendido y de las restantes medidas cautelares acordadas, así como, si procediera, la devolución de las garantías cuya constitución se hubiera exigido para la efectividad de las mismas (art. 317.4 LCSP).

d) Se le reconoce la potestad de imponer sanciones si se aprecia temeridad o mala fe en la interposición del recurso o en la solicitud de medidas cautelares: entre 1.000 y 15.000 euros, que se fijará en función de la mala fe apreciada y el perjuicio ocasionado al órgano de contratación y a los restantes licitadores (art. 317.5 LCSP).

El objeto del nuevo recurso mantiene una doble vertiente. Así, por una lado, se mantiene su restricción a los contratos sujetos a regulación armonizada, incluidos los contratos subvencionados, los contratos de servicios comprendidos en las categorías 17 a 27 del Anexo II de cuantía igual o superior a 193.000 euros, y los contratos de gestión de servicios públicos en los que el presupuesto de gastos de primer establecimiento sea superior a 500.000 euros y el plazo de duración superior a cinco años.

Por otra parte este recurso alcanza, a los anuncios de licitación, los pliegos y otros documentos contractuales que establezcan las condiciones que deban regir la contratación, así como los actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación, siempre que éstos decidan directa o indirectamente sobre la adjudicación, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos. Respecto de estos últimos, se entiende que son actos de trámite que determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento los actos de la Mesa de Contratación por los que se acuerde la exclusión de licitadores.

Será también objeto de recurso la decisión de la entidad adjudicadora de cancelar la licitación para la adjudicación de un contrato público (STJUE de 18 de junio de 2002, HI Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik PlanungsgesmbH) o el acto por el que la entidad adjudicadora descarta la oferta de un licitador antes incluso de proceder a la selección de la mejor oferta (STJUE de 19 de junio de 2003, GAT). Y lo serán también aquellos modificados que devengan ilegales en tanto sean considerados una nueva adjudicación, tal y como ha interpretado la STJUE de 19 de junio de 2008 (Presstext Nachrichtenagentur GMBH): constituye una nueva adjudicación en el sentido del derecho comunitario de los contratos públicos cuando presentan características sustancialmente diferentes de las del contrato inicial y, por consiguiente, ponen de relieve la voluntad de las partes de volver a negociar los aspectos esenciales del contrato (véase, en este

sentido, STJUE de 5 de octubre de 2000, Comisión/Francia, apartados 44 y 46).

Con todo, la principal característica de este nuevo recurso es su diseño desde la perspectiva de una verdadera eficacia procedimental. Para ello, en los casos de impugnación, de conformidad con lo previsto en las Directivas y la jurisprudencia citada, el recurso suspende la adjudicación y no podrá formalizarse el contrato (perfección) hasta que no haya resolución expresa. Para los demás actos, la LCSP prevé tutela cautelar a través de medidas provisionales.

Por cuanto respecta al plazo para su interposición, la reforma efectuada por la Ley 34/2010 amplía el plazo para ello y aporta una mejor definición del dies a quo para su cómputo, diferenciado en función del acto que se pretenda recurrir. En relación con la primera cuestión, con el objetivo de cumplir con lo dispuesto en el art. 2 quater de la Directiva 2007/66, se amplía el plazo para la interposición del recurso de diez a quince días hábiles. Igualmente, se define mejor el dies a quo para la interposición del recurso, si bien esta cuestión debe ser objeto de un detenido examen. Es preciso advertir que, bajo la apariencia de generalidad con que el art. 314.4 señala que los quince días hábiles dentro de los cuales habrá de interponerse el recurso se contarán a partir del siguiente a aquel en que se remita la notificación del acto impugnado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 135.4, se esconde en realidad un dies a quo aplicable únicamente al recurso planteado contra la decisión de adjudicación del contrato. Dos argumentos pueden esgrimirse –indica con acierto M.A. BERNAL BLAY– en defensa de esta tesis²⁷. El primero, la remisión que el artículo 314.4 realiza al artículo 135.4 (precepto también modificado por Ley 34/2010) que se refiere precisamente a la notificación de la adjudicación del

²⁷ M.A. BERNAL BLAY, “Nueva configuración del recurso especial en materia de contratación pública. comentario al proyecto de ley por el que se adapta la Ley de Contratos del Sector Público a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007”, Contratación administrativa práctica: Revista de la contratación administrativa y de los contratistas, núm. 100, 2010, pp. 31-44.

contrato. El segundo, el señalamiento, en párrafos sucesivos al que refiere la antecitada regla, de otras especiales para el cómputo del dies a quo cuando el recurso tenga por objeto los otros actos susceptibles de recurso. Así, cuando se recurra el contenido de los pliegos y demás documentos contractuales, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que los mismos hayan sido recibidos o puestos a disposición de los licitadores o candidatos para su conocimiento conforme se dispone en el artículo 142 LCSP. Si se trata de recurrir bien actos de trámite adoptados en el procedimiento de adjudicación o un acto resultante de la aplicación del procedimiento negociado sin publicidad, el cómputo se iniciará a partir del día siguiente a aquel en que se haya tenido conocimiento de la posible infracción. Y por último, para interponer recurso contra el anuncio de licitación, el plazo comenzará a contarse a partir del día siguiente al de publicación. Como consecuencia de lo anterior, se ha invertido el tratamiento del dies a quo para la interposición del recurso especial en materia de contratación pública. Si en la redacción original de la LCSP se fijaba primero un dies a quo de aplicación general y luego se especificaba el aplicable cuando el recurso lo fuese contra el acto de adjudicación provisional, ahora primero se fija el plazo para la interposición del recurso contra el acto de adjudicación (aunque no se señale expresamente y se proclame como regla general) para luego señalar el dies a quo del resto de actos que son susceptibles de recurso.

B).- Sistema de recursos en contratos no sujetos a regulación armonizada.

En atención a la limitación objetiva del ámbito de aplicación del recurso especial del artículo 310 LCSP, es necesario determinar cual es el sistema de recursos para los actos que sean adoptados en el curso de un procedimiento de contratación de los no sujetos a regulación armonizada.

En la nueva ley, no encontramos cita alguna respecto del régimen de recursos aplicable a los actos que son dictados en el seno de un procedimiento de adjudicación de un contrato no sujeto a regulación armonizada. Debe entenderse por lo tanto que a los mismos les será de aplicación el régimen ordinario de recursos de conformidad con la Ley 30/92 y Ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa.

Ahora bien, el problema surge por no ser equiparable nuestro sistema de recursos contra los actos administrativos, ni en cuanto a los efectos ni en cuanto a plazos, con el sistema previsto en la ley para la adjudicación del contrato y sus plazos de formalización.

La primera cuestión a dilucidar para determinar el recurso administrativo susceptible contra el acto de adjudicación es la naturaleza jurídica del mismo. Para ello hay que tener en cuenta que la adjudicación se configura como un acto declarativo de derechos (a diferencia del acto de propuesta de adjudicación, que de conformidad con el apartado 2 del artículo 144, no crea derecho alguno a favor del licitador propuesto frente a la adjudicación).

Por otro lado, la adjudicación es un acto dictado por el órgano de contratación, y no por lo tanto una simple propuesta de adjudicación elevada por la mesa al órgano de contratación. De modo que la adjudicación es un acto administrativo que pone fin al procedimiento de adjudicación y por lo tanto el recurso procedente dentro de nuestro sistema ordinario de recursos (Ley 30/92 y LJCA), será potestativamente el de reposición o en su caso directamente el recurso contencioso administrativo.

Lo que sucede como ya advertimos inicialmente, es que ni los plazos de interposición ni de resolución, ni los efectos de la interposición del recurso parecen compatibles con el curso del procedimiento previsto en la ley para la formalización del contrato.

En primer lugar, para la resolución de adjudicación del contrato, la interposición del recurso potestativo de reposición procede en el

curso de un mes desde la notificación del acto de adjudicación; y además la regla general es la no suspensión del acto por la interposición (artículo 111 de la Ley 30/92), de manera que pese a quedar pendiente la posibilidad de interposición del recurso, en el plazo los quince días hábiles siguientes a aquél en que se reciba la notificación de la adjudicación a los licitadores debe procederse a su formalización (art. 140 LCSP).

Sin embargo no siendo el recurso potestativo de reposición obligatorio, de no haberse interpuesto contra la adjudicación siempre cabrá el recurso contencioso por ser un acto firme que pone fin a la vía administrativa. Y el plazo para el recurso contencioso es de dos meses.

El acto de formalización del contrato, confirmatorio de un acto anterior, el de adjudicación, que es el que resuelve el fondo del asunto, cuando decide cuál es la oferta económicamente más ventajosa, y que tiene sus propios mecanismos de impugnación, no será susceptible de recurso, ya que el artículo 28 de la LJCA establece la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurrido en tiempo y forma.

CONCLUSIÓN GENERAL

Tras la modificación de la LCSP por la Ley 34/2010, el momento en que el contrato queda perfeccionado, es decir, el momento a partir de la cual el contrato existe, es el de la formalización en documento administrativo (o en escritura pública si así lo solicita el contratista, corriendo con los gastos que de ello se deriven), y no el de su adjudicación, como venía siendo anteriormente. Importa destacar que tras esta “transformación de la naturaleza antiformalista de los contratos del Sector público”²⁸ se encuentra la necesidad de adaptar al Derecho

²⁸ Tradicionalmente y con arreglo al marco normativo vigente, es claro que la contratación administrativa es eminentemente formalista. De hecho, la Administración no puede contratar verbalmente (artículo 28 de la Ley) y el inicio de la ejecución del

europeo el sistema de recursos establecido para los contratos sujetos a regulación armonizada. Se trata de un recurso especial, caracterizado por la atribución de la competencia para su resolución a un órgano independiente y que tiene como efecto la suspensión automática del procedimiento, cuando el acto recurrido sea el de adjudicación. Sin embargo, dicho recurso no resulta de aplicación en los contratos no sujetos a regulación armonizada (salvo en los contratos de servicios de las categorías 17 a 27 del Anexo II LCSP, cuando su valor estimado supere los 193.000 euros), evidenciándose una enorme diferencia en la protección de los “grandes” contratistas frente a los “pequeños y medianos”.

contrato depende, como regla general, de su formalización. Ahora bien, la forma escrita, aunque obligatoria, carecía de carácter constitutivo. El contrato se perfeccionaba con la adjudicación (definitiva, según la Ley 30/2007 en su versión original), no con la formalización, y desde ese mismo momento existía y obligaba como tal. El incumplimiento de la obligación de formalizar el contrato no afectaba a la existencia ni a la validez del contrato; y de ahí que la falta de formalización del contrato por causas imputables al contratista determinase su resolución con incautación de la garantía. Se seguía, pues, la regla general de que los contratos se perfeccionan por el solo consentimiento (artículos 1.254 y 1.258 del Código Civil). Precisamente para preservar el principio antiformalista que hasta ahora ha inspirado la legislación interna en la materia se introdujo en 2007 la dualidad adjudicación provisional/adjudicación definitiva. La Comisión Europea concluyó que este esquema no daba adecuada respuesta a las exigencias derivadas de la Directiva de recursos y, por ello, además de suprimir la dualidad adjudicación provisional/adjudicación definitiva, la regulación exige ahora una determinada forma para que los contratos celebrados por los poderes adjudicadores se perfeccionen: la formalización pasa a ser, por tanto, constitutiva del contrato. A partir de esta regla y cuando se trate de supuestos en que procede interponer el recurso especial, se establece que la formalización no podrá efectuarse antes de que transcurran quince días hábiles desde que se remita la notificación de la adjudicación a los licitadores y candidatos; y sólo una vez transcurrido dicho plazo (o cuando se acuerde el levantamiento de la suspensión) el órgano de contratación requerirá al adjudicatario para que formalice el contrato en plazo no superior a cinco días a contar desde el siguiente a aquel en que hubiera recibido el requerimiento (art. 140.3 LCSP). La trascendencia práctica de esta modificación afecta a distintos planos. Quizá el más evidente sea el de la desaparición, como causa de resolución de los contratos, de su falta de formalización.

LECCIÓN 3.- La ejecución del contrato.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública debe ser regulada desde la óptica de consecución efectiva y eficiente de la prestación demandada. Esto exige atender con especial interés la fase de ejecución del contrato, que debe ser comprendido desde esta perspectiva del fin derivado de concreta prestación que se demanda. Aquí radica el cumplimiento de los fines públicos que debe prestar la Administración Pública.

En esta última lección nos ocuparemos de algunas de las principales cuestiones que deben centrar la atención de la Administración a la hora de diseñar la ejecución de un contrato de gestión de servicios públicos, y de manera especial, la cuestión de su modificación una vez perfeccionado el contrato, aspecto éste que ha sido objeto de una profunda remodelación con ocasión de la Ley 2/2011, de Economía Sostenible.

OBJETIVOS

1.- Conocer los límites temporales de duración de un contrato de gestión de servicios públicos en función de las prestaciones que integren dicho contrato

2.- Determinar las condiciones bajo las cuales resulta posible la modificación de un contrato de gestión de servicios públicos ya perfeccionado

3.- Conocer las causas de extinción de los contratos de gestión de servicios públicos y los efectos subsiguientes una vez que se produce dicha extinción del vínculo contractual.

APARTADOS

1.- Régimen jurídico del contrato.

La ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos presenta un régimen jurídico peculiar en algunos aspectos. Con carácter general, resultan de aplicación las prescripciones contenidas en el Libro IV LCSP (arts. 192 a 290) que versan sobre los “efectos, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos”, y muy especialmente los arts 251 a 265, que versan precisamente sobre la ejecución del contrato de gestión de servicios públicos.

Sin embargo, el art. 252 LCSP advierte de la existencia de ciertas excepciones, disponiendo expresamente la inaplicación a estos contratos de los artículos 196, apartados 2 a 7, ambos inclusive, 197, 203 y 205, preceptos dedicados a la ejecución defectuosa y demora, resolución por demora y prórroga de los contratos, suspensión de los contratos y cumplimiento de los contratos y recepción de la prestación. Justifica tal excepción el hecho de que, para los contratos de gestión de servicios públicos en los casos de ejecución defectuosa o demora en el cumplimiento opera una solución mucho más estricta que la que prevén los preceptos citados (opción entre otorgar plazo para cumplimiento o resolución). De un lado, el art. 256.a LCSP señala como obligación del contratista la de «prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas». Y de otro, el art. 261 LCSP dispone que, «si del incumplimiento por parte del contratista se derivase perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público y la Administración no decidiese la resolución del contrato, podrá acordar la intervención del mismo hasta que aquélla desaparezca. En todo caso, el contratista deberá abonar a la

Administración los daños y perjuicios que efectivamente le haya irrogado»).

Interesa destacar además, por cuanto respecta al régimen jurídico de la ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos el importante límite que dispone el art. 265 LCSP. Según señala dicho precepto, en este tipo de contratos, la subcontratación sólo podrá recaer sobre prestaciones accesorias.

2.- La duración del contrato de gestión de servicios públicos.

A diferencia de lo que sucede en relación con otros contratos, la LCSP disciplina una duración determinada para los de gestión de servicios públicos. Para ello, la técnica seguida es la fijación de una duración máxima, que impide que el contrato despliegue sus efectos con carácter perpetuo o indefinido, distinguiendo para su determinación las prestaciones que incluye el objeto del contrato (fundamentalmente si se incluye junto a la prestación del servicio público la realización de obras, o el tipo de servicio a prestar).

Así, de conformidad con el art. 254 LCSP, el plazo máximo del contrato será de cincuenta años, cuando junto a la prestación del servicio público se integre la ejecución de las obras que sirvan de base para la posterior explotación del servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso la duración del contrato podrá prolongarse hasta los sesenta años.

Si en el contrato no se integrase la realización de obras, sino únicamente la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios, la duración máxima del contrato no podría superar los veinticinco años. Si por el contrario, el contrato comprendiese la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios, la duración máxima del contrato quedaría reducida a diez años. La única excepción que comprendería este tercer supuesto sería que el contrato,

además de la prestación de servicios sanitarios, integrase en su objeto la realización de obras, supuesto en el que entraría en el ámbito de aplicación del supuesto contemplado en la letra a) del art. 254 LCSP y que haría que el contrato pudiera llegar a tener una duración máxima de cincuenta años.

Debe remarcarse que las duraciones señaladas en el art. 254 LCSP son las que, como máximo, pueden alcanzar los contratos de gestión de servicios públicos, integrando, en su caso, las posibles prórrogas de los mismos que pudieran acordarse (por ejemplo, en los supuestos de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, art. 258 LCSP).

En cualquier caso, la determinación de la duración concreta de cada contrato de gestión de servicios públicos, incluidas sus posibles prórrogas, corresponderá al órgano de contratación, que la señalará en el Pliego de cláusulas administrativas particulares teniendo en cuenta la naturaleza de las prestaciones, las características de su financiación y la necesidad de someter periódicamente a concurrencia la realización de las mismas (art. 23.1 LCSP).

3.- Derechos y obligaciones de las partes.

En el marco de la ejecución de un contrato de gestión de servicios públicos, el contratista está obligado a organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a las características establecidas en el contrato y dentro de los plazos señalados en el mismo, y, en su caso, a la ejecución de las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.

Bien es cierto que la Administración ostenta determinadas prerrogativas la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta (art. 194 LCSP). Junto a ellas, conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate (art. 255 LCSP).

Por su parte, el contratista estará sujeto al cumplimiento de las siguientes obligaciones:

Prestar el servicio con la continuidad convenida y garantizar a los particulares el derecho a utilizarlo en las condiciones que hayan sido establecidas y mediante el abono, en su caso, de la contraprestación económica comprendida en las tarifas aprobadas.

Cuidar del buen orden del servicio, pudiendo dictar las oportunas instrucciones, sin perjuicio de los poderes de policía a los que se refiere el artículo anterior.

Indemnizar los daños que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera el desarrollo del servicio, excepto cuando el daño sea producido por causas imputables a la Administración.

Respetar el principio de no discriminación por razón de nacionalidad, respecto de las empresas de Estados miembros de la Comunidad Europea o signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio, en los contratos de suministro consecuencia del de gestión de servicios públicos.

Como contrapartida, 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.

4.- Modificación del contrato de gestión de servicios públicos.

La de modificar los contratos públicos es una de las prerrogativas más importantes que ostentan las Administraciones públicas durante la ejecución de los mismos. Ahora bien, los supuestos en que puede hacerse uso de tal prerrogativa han sido acotados por la LCSP con ocasión de su modificación por la Ley 2/2011, de Economía Sostenible, y ello al objeto de garantizar la aplicación de los principios de igualdad

de trato y no discriminación también durante la fase de ejecución de los contratos públicos.

En concreto, la LES introduce en el Libro I de la Ley, el que se ocupa de la «Configuración general de la contratación del Sector público y los elementos estructurales de los contratos», un nuevo Título, el V, dedicado a la «Modificación de los contratos», cuestión hasta el momento regulada (con carácter general) en el art. 202 LCSP. El nuevo Título V del Libro I de la LCSP, dedicado a la «Modificación de los contratos» lo inicia el art. 92 señalando el ámbito de aplicación del nuevo régimen, previsto en los artículos subsiguientes, para la modificación de los contratos públicos. En este sentido, el precepto menciona la posibilidad de modificar los contratos del sector público «sólo cuando así se haya previsto en los pliegos o en el anuncio de licitación o en los casos y con los límites establecidos en el artículo 92 quáter». Con ello se quiere advertir de que la aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 92 a 92 quinquies únicamente resultan de aplicación en aquellos supuestos en los que concurran las causas expresadas en los pliegos, en el anuncio de licitación, o en el artículo 92 quáter.

Un primer grupo de modificaciones que la Ley admite sujetando al cumplimiento de determinados requisitos son aquellas sobre cuya posible práctica se hubiese advertido expresamente en los pliegos o en el anuncio de licitación, de modo que tanto los licitadores como quien potencialmente hubiese podido estar interesado en el contrato, fuesen concedores o hubiesen tenido la posibilidad de conocer la condición a que se que encontraba sometido el contrato de que, una vez adjudicado, y durante la ejecución del mismo, algunos de sus términos y condiciones podían ser objeto de modificación.

La admisibilidad de estas modificaciones previstas en la documentación del contrato queda sujeta al cumplimiento de determinados requisitos: 1º.- Que se detallen de forma clara, precisa e inequívoca las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma, y

2º.- Que se señale el alcance y los límites de las modificaciones que pueden acordarse, con expresa indicación del porcentaje del precio del contrato al que como máximo puedan afectar, y el procedimiento que haya de seguirse para ello.

Junto a lo anterior, en el supuesto de que no se hubiera previsto la posibilidad de modificación del contrato, todavía cabría la posibilidad de proceder a su modificación antes de su resolución y a la convocatoria de un nuevo procedimiento de adjudicación, si la causa que motiva la necesidad de modificar el contrato puede encajarse en alguna de las circunstancias que señala el art. 92. quáter apdo. 1:

a) Inadecuación de la prestación contratada para satisfacer las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato debido a errores u omisiones padecidos en la redacción del proyecto o de las especificaciones técnicas.

b) Inadecuación del proyecto o de las especificaciones de la prestación por causas objetivas que determinen su falta de idoneidad, consistentes en circunstancias de tipo geológico, hídrico, arqueológico, medioambiental o similares, puestas de manifiesto con posterioridad a la adjudicación del contrato y que no fuesen previsibles con anterioridad aplicando toda la diligencia requerida de acuerdo con una buena práctica profesional en la elaboración del proyecto o en la redacción de las especificaciones técnicas.

c) Fuerza mayor o caso fortuito que hiciesen imposible la realización de la prestación en los términos inicialmente definidos.

d) Conveniencia de incorporar a la prestación avances técnicos que la mejoren notoriamente, siempre que su disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la adjudicación del contrato.

e) Necesidad de ajustar la prestación a especificaciones técnicas, medioambientales, urbanísticas, de seguridad o de accesibilidad aprobadas con posterioridad a la adjudicación del contrato

Ese nuevo Título V del Libro I LCSP es el que va a determinar los parámetros bajo los cuales resulta admisible la modificación de los contratos públicos. De hecho, a sus disposiciones remite el art. 258 LCSP cuando aborda la cuestión de la modificación de los de gestión de servicios públicos, advirtiéndole que «la Administración podrá modificar por razones de interés público y si concurren las circunstancias previstas en el título V del libro I, las características del servicio contratado y las tarifas que han de ser abonadas por los usuarios.

Las disposiciones del nuevo Título V del Libro I de la LCSP resultarán de aplicación a todos los contratos del sector público, pero en ese Título no se agota la regulación del régimen de modificación de los contratos. Para los de carácter administrativo (no así para los de naturaleza privada) las disposiciones de ese Título V del Libro I LCSP deben completarse con las que se establecen en el Libro IV, por ejemplo, en los arts. 202 (de carácter general), y 258 (contratos de gestión de servicios públicos). De estos preceptos resulta, por ejemplo, que las modificaciones acordadas por el órgano de contratación serán obligatorias (art. 202.1 pfo. 2 LCSP), y ello al margen de la cuantía y porcentaje que representen respecto del importe de adjudicación.

En el mismo sentido, y en relación con las consecuencias de la resolución de los contratos cuando no sea posible su modificación (salvo que la causa sea imputable al contratista), en el art. 208.5 LCSP se establece una cuantía indemnizatoria para el contratista, prefijada legalmente en estos supuestos en el 3 por ciento del importe de la prestación dejada de realizar.

En relación con el régimen particular del contrato de gestión de servicios públicos el art. 258 LCSP dispone que en el caso de que los acuerdos que dicte la Administración respecto al desarrollo del servicio carezcan de trascendencia económica el contratista no tendrá derecho a indemnización por razón de los mismos. 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. En particular, la Administración deberá restablecer el equilibrio económico del contrato, en beneficio de la parte que corresponda, en los siguientes supuestos:

Cuando la Administración modifique, por razones de interés público y de acuerdo con lo establecido en el título V del libro I, las características del servicio contratado.

Cuando actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato.

Cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato. A estos efectos, se entenderá por causas de fuerza mayor las enumeradas en el artículo 214 de esta Ley.

El restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realizará mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan. Estas medidas podrán consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios, la reducción del plazo del contrato y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato. Así mismo, en los casos previstos en los apartados 4.b) y c), podrá prorrogarse el plazo del contrato por un período que no exceda de un 10 % de su duración inicial, respetando los límites máximos de duración previstos legalmente.

5.- La extinción del contrato y sus efectos (en especial, la reversión de obras e instalaciones).

Los contratos de gestión de servicios públicos se extinguirán por su cumplimiento o por su resolución.

El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación, debiendo arbitrarse

para su constatación por parte de la Administración un acto formal y positivo de recepción o conformidad.

Igualmente se extinguirán los contratos de gestión de servicios públicos cuando concurra alguna las causas previstas para su resolución en la LCSP o en el propio contrato. En este sentido, resultan de aplicación las causas generales de resolución de los contratos públicos previstas en el art. 206 LCSP, a las que deben añadirse las específicamente previstas para los contratos de gestión de servicios públicos en el art. 262 LCSP. Integrando, ambos preceptos, resultan causas de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos:

La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 73 bis.

La declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento.

El mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

La demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y el incumplimiento del plazo señalado en la letra c) del apartado 2 del artículo 96.

La imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados o la posibilidad cierta de producción de una lesión grave al interés público de continuarse ejecutando la prestación en esos términos, cuando no sea posible modificar el contrato conforme a lo dispuesto en el título V del libro I.

La demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato.

El rescate del servicio por la Administración.

La supresión del servicio por razones de interés público.

La imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato.

Las establecidas expresamente en el contrato.

Junto a la determinación de cuáles son las causas de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos resulta igualmente importante la fijación de las consecuencias aparejadas a esa resolución del contrato.

Cuando la resolución se produzca por mutuo acuerdo, los derechos de las partes se acomodarán a lo validamente estipulado por ellas.

El incumplimiento por parte de la Administración de las obligaciones del contrato determinará para aquélla, con carácter general, el pago de los daños y perjuicios que por tal causa se irroguen al contratista.

Cuando el contrato se resuelva por incumplimiento culpable del contratista, éste deberá indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados. El acuerdo de resolución contendrá pronunciamiento expreso acerca de la procedencia o no de la pérdida, devolución o cancelación de la garantía que, en su caso, hubiese sido constituida. En el caso de resolución del contrato por concurso del contratista sólo se acordará la pérdida de la garantía cuando el concurso hubiera sido calificado como culpable.

Cuando la resolución se acuerde debido a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados, cuando no sea posible modificar el contrato, el contratista tendrá derecho a una indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de realizar, salvo que la causa sea imputable al contratista.

En el supuesto de resolución del contrato por demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega al contratista de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato el contratista tendrá derecho al abono del interés de demora previsto en la Ley por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en operaciones comerciales de las cantidades debidas o

valores económicos convenidos, a partir del vencimiento del plazo previsto para su entrega, así como de los daños y perjuicios sufridos.

Por su parte, en los supuestos de rescate del servicio, supresión del servicio por razones de interés público, o ante la imposibilidad de la explotación del servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración con posterioridad al contrato, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, atendiendo a los resultados de la explotación en el último quinquenio y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

Además, en los supuestos de resolución de contratos de gestión de servicios públicos que integren la realización de obras como prestación del contrato, la Administración abonará al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión.

Junto a las anteriores, quizás la más importante de las consecuencias de la extinción de los contratos de gestión de servicios públicos sea la reversión de las obras e instalaciones necesarias para la prestación del servicio de que se trate, aspecto a que se refiere el art. 259 LCSP. Señala dicho precepto que una vez finalizado el plazo contractual, el servicio revertirá a la Administración, debiendo el contratista entregar las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato y en el estado de conservación y funcionamiento adecuados. Para garantizar ese adecuado estado de conservación y funcionamiento de las obras e instalaciones que deban revertir a la Administración, durante un período prudencial anterior a la reversión, que deberá fijarse en el pliego, el órgano competente de la Administración adoptará las disposiciones encaminadas a que la entrega de los bienes se verifique en las condiciones convenidas.

CONCLUSIÓN GENERAL

Debido a que se trata de contratos normalmente de larga duración, la ejecución de los contratos de gestión de servicios públicos debe diseñarse de manera pausada, intentando anticipar las diferentes vicisitudes que puedan acaecer durante la misma. Habida cuenta del nuevo y restrictivo régimen de modificación de los contratos públicos, resultante de la modificación de la LCSP por la Ley 2/2011, de Economía sostenible, no resultará posible la modificación de los contratos de gestión de servicios públicos fuera de los casos y con los límites que expresamente se hayan previsto en el propio contrato, o de lo especiales que prevé la propia LCSP, sujetos en cualquier caso, a que no se alteren las condiciones esenciales del contrato. Fuera de tales supuestos no resultará posible la modificación del contrato, y la consecuencia que se impondrá no será otra que precisamente la resolución del contrato y la tramitación de un nuevo procedimiento de adjudicación.