

Presentado por: Eduardo Canales Sirgo

Tutelado por: Iñigo Sanz Rubiales

Título: Los contratos de concesión comunitarios y la concesión de servicios públicos

Índice

Introducción

1. Antecedentes de los servicios públicos y su evolución hasta nuestros días

1.1 Origen en Francia y su evolución.

1.2 Servicio Público en España y su evolución:

1.2.1 Concepto amplio del Servicio Público

1.2.2 Concepto operativo de servicio público

1.2.3 Concepto estricto de Servicio público en España

1.2.3.1 Características de la noción estricta del Servicio público

1.3. Formas de prestación de los servicios públicos

2 Servicio esencial y clasificación de los servicios en Europa

3. Gestión indirecta de los servicios públicos

3.1. Los contratos de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos

3.2. La concesión de servicios públicos en particular

3.2.1. Concepto y límites

3.2.2. El riesgo del concesionario: riesgo operacional de carácter económico

4. La Directiva de concesiones y su transposición en España

4.1. El Anteproyecto de la ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015

4.1.1 Novedades que establece el Anteproyecto de Ley

4.1.2 Los nuevos contratos de concesión de servicios y el contrato de servicios

4.1.3 Distorsiones que plantea el Anteproyecto y diferentes soluciones

4.1.4 Objetivos de la Directiva y modificaciones en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

5. Conclusiones

Introducción

En este trabajo abordaremos el tema de la legislación sobre contratos públicos y la forma en que puede verse afectada en el futuro debido a la trasposición de las nuevas Directivas europeas (en especial, la novedosa Directiva sobre concesiones 2014/23) y las exigencias que estas traen consigo.

Analizaremos el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector público que se ha redactado, las novedades que plantean los redactores, para según ellos, cumplir con las exigencias comunitarias. La novedad más relevante que pretende introducir es la gran eliminación de los contratos de gestión indirecta de los servicios públicos con la conservación de la figura contractual de la concesión, dividiendo esta última en dos figuras contractuales que son el contrato de concesión de servicio y el contrato de servicios. La diferencia que determina la clasificación en un tipo contractual o en otro como veremos, es la existencia o no de transferencia del riesgo operacional al concesionario, término este último que también trataremos en el trabajo.

Trataremos los problemas e inconvenientes que nos encontramos en este nuevo planteamiento del Anteproyecto al introducir estas novedades. Además de las posibles soluciones que introduce la doctrina ante la posible llegada de este Anteproyecto, que en mi opinión resulta un tanto innecesario, como luego comprobaremos al razonar los objetivos o las exigencias que la propia Directiva introduce y como ya se encuentran reguladas en la actual Ley de Contratos del Sector Público.

Llevaremos a cabo un análisis crítico de estas nuevas modificaciones planteadas y girando siempre en torno al Servicio Público como elemento diferenciador propio de nuestro país, concepto sobre el que están inspiradas las concesiones en España y concepto desconocido para el Derecho Comunitario.

Para ello, primero abordaremos una visión global, amplia e ilustrativa sobre el nacimiento del Servicio Público en Francia. Centrándonos en nuestro país desarrollaremos su evolución hasta nuestros días junto a la tendencia hacia la privatización y su desarrollo pasando por las distintas concepciones del Servicio Público como concepto amplio, operativo y por último estricto y desarrollando las características y notas esenciales del concepto actual.

Es decir, desarrollaremos una explicación exhaustiva de su origen y hasta dónde hemos llegado, para así aclarar el contenido de nuestra actual Ley de Contratos de Sector Público y los modos de gestión indirecta y su vinculación al servicio público como concepto propio desarrollado en nuestro país.

Nos centraremos en la adaptación de nuestra legislación a las exigencias comunitarias, es decir en el Anteproyecto de Ley de Contratos citado, el cual, desde un punto de vista crítico, ante la escasa necesidad de modificar la legislación vigente, parece un capricho de dejar un granito de arena personal en la legislación por parte de sus redactores. Trataremos sobre esas exigencias, que como veremos, se resumen en llevar a cabo una modernización del régimen jurídico de los contratos públicos para garantizar la eficiencia de los fondos públicos, con los objetivos de transparencia, igualdad y no discriminación y limitar la discrecionalidad de que disponen los órganos de contratación en los procedimientos de adjudicación, aplicando criterios objetivos. Objetivos, todos ellos, cumplidos ya por la actual Ley de Contratos del Sector Público (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre).

1 Antecedentes de los servicios públicos y su evolución hasta nuestros días:

1.1 Origen en Francia y su evolución:

Analizamos a continuación el origen de los servicios públicos, desde la configuración del concepto en Francia hasta mediados del Siglo XIX, cuando se empieza a plasmar como un criterio global explicativo del Derecho Administrativo.

Además hay que advertir lo que llamamos “Estado prestacional”, entendiendo este concepto como aquel Estado que desarrolla su actividad prestacional asegurando determinadas prestaciones a los ciudadanos. El denominado “Estado garante” es, al igual que el prestacional, el Estado que asegura determinadas prestaciones a los ciudadanos, pero no tiene por qué ser él el prestador; el Estado garante, por lo tanto, puede existir en un entorno de prestaciones privadas, mientras que el Estado prestacional es un Estado en un entorno de protagonismo público.

El Estado es una entidad soberana y abstracta que actúa a través de intervenciones de sus gobernantes, intervenciones que deben ser conformes a derecho y se imponen a los particulares.

En este marco de derecho objetivo, nos encontramos con la idea de Servicio Público, que implica que los gobernantes trabajan para la consecución de la solidaridad social y que se desarrolla a través de la actuación con la finalidad del interés general, de satisfacer las necesidades de la colectividad. El Servicio Público por tanto sería el fundamento y también el límite del poder de los gobernantes.

DUGUIT, representante de la Escuela de Burdeos (o del “servicio público”), era contrario a la soberanía ilimitada del Estado y era más favorable a esta administración de unos servicios públicos por gobernantes con el fin de asegurar una prestación continua y de modo ininterrumpido de los Servicios públicos.

Con el transcurso del tiempo será la doctrina la que construya un concepto de Servicio Público como la piedra angular del Derecho Administrativo, ya que constituye en sí mismo el concepto de Derecho Administrativo. Además, como decía DUGUIT, el servicio público era el elemento central de las instituciones de Derecho público.

De un modo más claro hay que hacer referencia a que este concepto de Servicio Público es lo que conoce como el concepto amplio o amplísimo del Servicio Público, que abarcaría a toda la actuación de la Administración como actividad dirigida a asegurar el interés social. Uno de los grandes exponentes defensores de este concepto amplio era también JÈZE, continuador de la escuela de Burdeos.

Por tanto, en esta etapa el concepto era un concepto amplísimo como equivalente a toda la actividad de la Administración. Es un concepto lato de Servicio que en Francia, como decimos, se equiparaba a la consecución de las necesidades de interés general, y de igual modo se equiparaba el Servicio Público con la actividad administrativa y con el Derecho Administrativo.

En Francia este concepto rompió en el siglo XX con la sentencia conocida como Bac d'Eloka de 22 de enero de 1921¹ por la que nace el concepto de “*service public a caractere industriel et comercial*” (servicio público con carácter industrial o mercantil). Se hace así una

¹Vid FERNÁNDEZ GARCÍA. M^Y. *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, INAP, Madrid 2003, pp 85 y ss.

distinción entre los servicios públicos administrativos (SPA) y los servicios públicos industriales y comerciales (SPIC). Los primeros serían la justicia, enseñanza, el fisco, la policía etc., mientras que los segundos serían por ejemplo el gas, la electricidad, el agua o los transportes.

La dificultad gira en torno a la posibilidad de que la Administración actúe en régimen de servicio público o de gestión industrial o comercial. Si se trata de la primera posibilidad, de los daños causados por la Administración va a conocer la jurisdicción administrativa (en Francia, el Conseil d'État) mientras que si es la segunda conocerán los tribunales ordinarios.

El Conseil d'Etat, en los años 30 y 40 del siglo XX, ya delimitó los conceptos de empresa privada de interés público y la gestión privada de servicios públicos en régimen mixto. Con la Segunda Guerra Mundial el concepto de servicio público empezó a entrar en crisis y con ello se abre la posibilidad de que la Administración pueda utilizar formas de gestión privada de los servicios públicos, es decir por empresas privadas que están sometidas a Derecho privado.

Por tanto, se rompe con la concepción francesa primaria de que el Derecho Administrativo consistía en la gestión de los servicios públicos ya que como vemos hay servicios públicos que se someten al Derecho Privado y son desarrollados por agentes privados.

Apartándonos del plano doctrinal, y hablando del ámbito constitucional en Francia, también se utiliza aquí un concepto lato del servicio público y aunque poco utilizado en las constituciones de Francia: más bien ha sido el juez constitucional el que lo ha llevado a cabo (*Conseil constitutionnel*) distinguiendo dos grandes bloques o grupos de servicios públicos:

- De un lado los servicios públicos que vienen exigidos por la Constitución en base a la soberanía nacional y corresponden por tanto a las funciones soberanas del Estado (si bien más adelante se diferenciará entre los servicios públicos y las funciones públicas por la doctrina española).
- Por otro lado tenemos los servicios públicos llamados “prestacionales” que son de tipo económico y naturaleza social y serían por ejemplo la sanidad o la enseñanza.

Hay que destacar por último que la extensión y límites del Servicio público no están para nada definidos y con ello se plantean problemas. Hay una imprecisión conceptual al igual que es sabido que el concepto de servicio público aunque no tiene un carácter absoluto se seguirá pensando en este concepto lato en Francia como sinónimo de todo el Derecho Administrativo. Cosa que en España de un modo más claro en la doctrina se llegan a conclusiones que son clave para la limitación del concepto de servicio público y necesarias para interpretar correctamente las futuras normas comunitarias.

1.2 Servicio Público en España y su evolución.

En Francia hemos dicho que la evolución y construcción del concepto de Servicio público fue obra de la jurisprudencia, en cambio en España fue debido a la legislación. En España el término de servicio público fue empleado desde principios del siglo XIX.

Pero nos remontamos mucho antes para explicar la proyección que tuvieron los servicios públicos. Situamos en el ámbito europeo el origen de los servicios públicos con la Monarquía absoluta. Y es de destacar que en los tres últimos siglos en Europa se ha asentado sobre la idea de una gestión directa por funcionarios y un monopolio con carácter nacional, que se ha ido diluyendo hasta nuestros días debido a las ideas de privatización, la libre competencia y la globalización de la economía.²

La Monarquía absoluta sentó por tanto las bases de lo que son hoy en día los servicios públicos, pero estos primeros servicios públicos eran aquellos relativos a la soberanía (defensa nacional, justicia, relaciones exteriores, caminos etc.).

Posteriormente con el Constitucionalismo y con el nacimiento de la Administración, surgen grandes servicios públicos gestionados directamente por funcionarios y de carácter estatal o nacional y en régimen de monopolio.

En este punto ya avanzamos las diferentes formas de gestión de los servicios públicos que más adelante analizaremos, los cuales se dividen en dos y en ambas la titularidad del servicio público corresponde al Estado, lo que cambia es la forma de gestión. Así encontramos servicios públicos gestionados de forma directa por la propia Administración y de otro lado aquellos prestados de forma indirecta es decir que es un sujeto particular el

² Vid PARADA. R. *Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 21 edición, 2ª en editorial Open, Madrid 2014, pp 337-339.

que presta el servicio y entre él y la Administración hay una relación contractual en la que el particular gestiona el servicio dentro de unas condiciones.

Dentro de la gestión indirecta la forma normal es la concesión, aunque hay más, como la gestión interesada, el concierto y la sociedad de economía mixta.³

La *concesión* es un contrato administrativo por el cual una Administración encomienda a un particular la gestión de un servicio a su riesgo y ventura. La *gestión interesada* es un contrato administrativo por el cual la Administración encarga a un sujeto de derecho privado la gestión del servicio pero repartiendo los riesgos y beneficios derivados de esa gestión. El *concierto* es un acuerdo por el que un sujeto privado asume la gestión de un servicio de titularidad pública. La *sociedad de economía mixta* es una sociedad en la que concurre la propia Administración con una participación en esta en virtud de la cual puede tomar decisiones.

Si bien la técnica de concesión de estos servicios públicos a empresas privadas en régimen de monopolios conllevó el hacer compatible las ideas liberales con la incapacidad de un Estado para realizar actividades industriales con la necesidad de prestar servicios necesarios e ineludibles para los ciudadanos,

En el siglo pasado los servicios públicos se encaminaron a prestar necesidades de interés general, como puede ser el abastecimiento de agua, luz, gas, teléfono, carburantes, transportes etc. Aunque predomina el sistema de gestión indirecta en la prestación de estos servicios.

El siguiente crecimiento del sector público español sobrepasó la barrera del interés general para invadir la propia actividad de los particulares, lo que Villar Palasí llamó la actividad industrial del Estado o “dación de bienes al mercado”. Con lo que las empresas de titularidad pública sirvieron para mejorar las condiciones de insuficiencia del mercado y luchar contra los monopolios ante la falta de una legislación en materia de defensa de la competencia.

A primeros del siglo XX en España la doctrina se vio muy influenciada por la doctrina francesa en la concepción amplia de servicio público anteriormente expuesta. En cambio la crisis del servicio público ocurrida en Francia explicado antes con la sentencia *Bac d'eloka*, no se produjo de la misma manera en España y es fue debido, según la doctrina, a que aquí

³Vid PARADA. R. *Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 21 edición, 2ª en editorial Open, Madrid 2014, pp 274-276.

no cumplió el concepto de servicio público el objetivo de limitación de competencias jurisdiccionales cosa que si ocurrió en Francia.

El criterio cambiará con la Ley de lo Contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894 y la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, que establecieron el límite entre la jurisdicción contencioso administrativa y la ordinaria basándose en los actos administrativos, no en el servicio público.

A efectos ilustrativos, es de destacar en España un conocido choque de ideas o polémica entre los profesores Garrido Falla y Villar Palasí. Y es que esta polémica gira en torno a que para el primero el carácter monopolístico de los servicios públicos lo es en algunos y no en todos los servicios públicos. En cambio para el segundo el concepto de servicio público estaba unido a un monopolio ya que para él los servicios públicos son competencia de la Administración y no son de competencia a los particulares, porque estos solo lo pueden llevar a cabo con la respectiva concesión administrativa, dado que la titularidad única y exclusiva recae en la Administración (como veremos, la única titular es la Administración y a través de la concesión se permite el ejercicio a los particulares, dicho en términos generales). Según este autor los servicios sociales, sanitarios, educativos no serían servicios públicos (si lo serían dentro del concepto operativo de servicio público, pero no en el concepto estricto que es el que trata de evocar Villar Palasí.

Al margen de esta polémica sobre el concepto monopolístico del servicio público hay que decir que en nuestra constitución de 1978 no hay un concepto que explique de manera unitaria lo que es el servicio público, tornando muchas veces y del contexto un sentido ambivalente. Si bien es cierto que en la Constitución Española en el artículo 128.2 se alude a la exclusividad de la actividad de servicio público, sobre la que giraba la anterior polémica explicada entre los profesores Villar Palasí y Garrido Falla.

Además este artículo da las características principales del servicio público en sentido estricto que además de la anterior de titularidad en exclusiva a la Administración son que se haga mediante reserva de Ley y que tenga por objeto un servicio esencial. Lo desarrollamos más adelante.

-La tendencia a la privatización de servicios públicos:

Con el fin del siglo XX y la llegada del siglo XXI y de la mano de la crisis del Estado de Bienestar se empezó una tendencia hacia la privatización de los servicios públicos, ya fuera

total o simplemente parcial en determinados ámbitos. Así se abrió su actividad a un gran número de operadores económicos en régimen de libre competencia. En este nuevo paradigma de liberación del Estado de sus empresas públicas por la vía del Derecho Comunitario tan solo quedan en el Estado los servicios públicos vinculados al ejercicio de las funciones de soberanía, como defensa nacional, justicia, y seguridad nacional, además de los servicios sociales que no son rentables como educación, sanidad, seguridad social. Como vemos mucho más limitado y reducido que en épocas anteriores donde el Estado gestionaba directamente los servicios públicos.

-Concepto de Servicio Público:

El Tribunal Constitucional respecto al concepto de servicio público en una de sus sentencias⁴ señaló: “La idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina científica, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas”.

El tribunal Supremo también alude en una de sus sentencias al concepto y señala sus caracteres generales, en la sentencia de 5 de marzo de 2007: “con carácter general, una actividad constituye servicio público, en sentido amplio, cuando se trata de la satisfacción de necesidades generales mediante una actividad prestacional que pertenece a la esfera de la competencia de la Administración otorgante”.

Nos adelantamos a las evoluciones sobre el concepto de servicio público y damos una definición para comprender lo que se entiende por servicio público hoy en día. Como **concepto actual de servicio público**, decimos que es una actividad de carácter prestacional que lleva el poder público para satisfacer una necesidad que se considera vital para el ciudadano y que esta actividad está encomendada por una norma a ese poder público normalmente con carácter de exclusividad y de manera continua o no interrumpida.

Es denominado servicio público o también “actividad administrativa de prestación”. Hay quienes ven en los servicios públicos los peligros de la estatalización y un aumento del intervencionismo del Estado y déficit público en contraste con la iniciativa privada y la empresa privada. Para otros en cambio el servicio público es la técnica necesaria para cubrir

⁴ Vid STC 127/1994, de 5 de mayo.

las necesidades de los ciudadanos en un régimen igualitario y al margen del lucro que pretende la empresa privada. Como vemos, son dos percepciones diferenciadas de la prestación de los servicios públicos.

-Clases:

Clases de servicio público: En cuanto a las clases de servicios públicos distinguimos en primer lugar los servicios públicos “uti universi” (del latín uso universal) y “uti singuli” (uso singular)⁵:

- Los servicios públicos uti universo, son los relativos a funciones de soberanía como pueden ser la Justicia, defensa nacional, seguridad nacional y relaciones internacionales. Es decir para todos los ciudadanos.
- Los servicios públicos uti singuli, por el contrario son aquellos que se disfrutan individualizadamente. Dentro de estos encontramos los servicios públicos económicos y los sociales, siendo los primeros los que satisfacen necesidades relacionadas con la actividad económica y los segundos en los que la actividad prestacional tiene por objeto inmediato al ciudadano como la sanidad o la educación.

-Además del Servicio público en sentido estricto cuyo concepto hemos explicado a modo de resumen antes y que posteriormente hablaremos de él en un epígrafe. Y distinguiéndolo de los llamados servicios virtuales o impropios, que también trataremos en un epígrafe posterior, y que son aquellos falsos servicios públicos, que están necesitados de autorización administrativa y son prestados por los particulares sin necesidad de concesión (serían los servicios de farmacia, taxi, enseñanza, sanidad...).

Si nos preguntamos por la situación actual:

Debido a la actual crisis económica que lleva produciendo efectos en nuestro país estos últimos años, los servicios públicos se han ido modificando desde el punto de vista de la transparencia del gasto público y simplificación de procedimientos para una mayor

⁵ PARADA. R. *Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 21 edición, 2ª en editorial Open, Madrid 2014, p 336.

autonomía en la gestión, todo ello dentro de un gran proceso de regeneración ética y de cambio que conlleva finalmente a una clarificación de los procesos, una mayor seguridad y eficiencia. Todo ello como advertimos motivado por la crisis económica y la necesidad de minorar el gasto público.

En la actualidad al ser tan elevado el coste del Estado social y por haberse atenuado las causas que motivaron su aparición se sustituye hoy en día, mas acertadamente por un Estado garante que no dispensa directamente las necesidades de los ciudadanos como hacía el Estado social, más bien deja la prestación de los servicios públicos a sujetos privados (es lo que se conoce como privatización de los servicios públicos).

Esta evolución ha ido paralela a las propuestas de la Unión Europea tendentes a incrementar la eficiencia del gasto público, lo que implica la necesidad de simplificar la regulación y los procedimientos para que estos sean más eficientes, además de fomentar la participación de PYMES y operadores transfronterizos, proteger al medio ambiente para luchar contra el cambio climático y utilizar medios energéticos eficientes.

Como decíamos antes con el desarrollo de un Estado garante, se ha procedido a una privatización de los servicios públicos motivado por la crisis actual económica, ya que debido a las bajas aportaciones públicas a los servicios públicos se ha llevado la prestación de estos servicios a manos privadas mediante fórmulas de gestión indirecta como son la famosa concesión y la sociedad de economía mixta (que son tipos de contratos de gestión de servicios públicos, junto al concierto y a la gestión interesada, regulados por la Ley de Contratos del Sector Público vigente).

La **concesión** consiste en la transferencia al sujeto privado de facultades que en origen son administrativas y el concesionario que es un sujeto privado realizará el servicio bajo su propio riesgo y ventura. Para ello el servicio tiene que tener un componente económico es decir que sea susceptible de ser explotado en el mercado por empresarios particulares, quedando al margen de la concesión todo servicio que implique ejercicio de autoridad.

La **sociedad de economía mixta** el objetivo que persigue es que la Administración participe con personas físicas y jurídicas en la gestión de los servicios públicos.

1.2.1 concepto amplio del Servicio Público

Como explicábamos en el país vecino, también en España arraigó esta concepción de los servicios públicos como cualquier actuación de la Administración que tenga utilidad o interés público, es decir, que constituyan asuntos colectivos de los ciudadanos. Lo que conlleva esta amplitud tan grande de servicio público. Por eso algunos denominan a este concepto como amplio o amplísimo incluso en algunas ocasiones.⁶

En nuestro país, como hemos señalado, por influencia francesa nos dejamos influenciar por este concepto amplísimo de servicio público y en nuestro ordenamiento jurídico relacionamos los servicios públicos con el conjunto de la actividad administrativa en el artículo 106.2 de la Constitución Española referido a la responsabilidad patrimonial de la Administración el cual proclama:

“Los particulares (...) tendrán derecho a ser indemnizados por la lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”

Con ello parece quererse decir que la responsabilidad de la Administración frente a los daños a terceros es por el funcionamiento de los servicios públicos. Como sabemos la responsabilidad de la Administración comprende toda la actividad administrativa; por tanto, se está utilizando en este artículo de la Constitución el concepto amplísimo de Servicio público, al igual que ocurre en leyes ordinarias, como pueden ser la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común en su artículo 139.1 (en la que se habla del derecho de indemnización consecuencia del anormal funcionamiento de los servicios públicos), al igual que el artículo 121.1 de la Ley de Expropiación Forzosa que lo hace en los mismos términos utilizando el concepto de servicios públicos como concepto amplio referente al conjunto de la actividad administrativa.

Desde una perspectiva actual, el hecho de calificar al servicio público desde una perspectiva tan amplia, por no decir amplísima, es muy problemática desde mi punto de vista. Y ya como argumentaba el profesor Laguna de Paz en este punto: “Es claro que si se conceptúa el servicio público en unos términos tan omnicomprensivos la propia noción deviene inoperativa ya que con ella definimos la actuación de la Administración en su conjunto no

⁶ Vid FERNÁNDEZ GARCÍA. M^Y. *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, INAP, Madrid 2003, pp 113 y ss.

una concreta modalidad e intervención administrativa. El enfoque debe pues ser mas particular y tratar de definir una específica modalidad de intervención pública”⁷

También hay que destacar del mismo libro del profesor Laguna de Paz en el cual argumentaba: “la noción amplia de servicio público tiene la ventaja de ser la que aparentemente mejor responde a los datos normativos de nuestro ordenamiento jurídico” pero por otra parte también argumentaba que tiene la desventaja de que es una noción sin consistencia jurídica.

1.2.2 Concepto operativo de servicio público

En primer lugar, hay que distinguir lo que son las funciones públicas de la Administración de los servicios públicos. Cosa que el concepto amplísimo al que hemos aludido parece omitir. Con lo que este concepto resultaría inoperativo o inútil.

Las funciones públicas son las actividades esenciales al Estado, inherentes a la soberanía nacional del Estado y que son fruto del *imperium* público⁸ como las actividades que emprenden el poder legislativo, el poder judicial etc.

Es destacar la distinción que alegaba Zanobini argumentando que mientras la función pública consiste en el ejercicio de una potestad pública, en cambio el servicio público sería más bien una actividad material o de producción industrial puesta a disposición de los particulares.

De un modo más claro y como opinión personal diríamos que mientras que las funciones públicas representan un poder basado en la soberanía nacional, los servicios públicos se basan en un interés social asumido por el Estado por la razón clara de la necesidad de su prestación.

Es claro que si las funciones públicas se basan en la soberanía nacional o en un imperium público (entre ellas actividad legislativa, judicial y algunas ejecutivas) no deben ser objeto de

⁷ Vid. LAGUNA DE PAZ, J.C., *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid 1994, pág. 203.

⁸ Vid FERNÁNDEZ GARCÍA. M^Y. *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, INAP, Madrid 2003, pp 115 y ss.

gestión indirecta por los particulares ni calificadas como servicios públicos. Deben ser desarrolladas por la Administración exclusivamente⁹.

Dejando al margen esta distinción entre funciones públicas y servicios públicos, nos centramos en el denominado concepto **operativo y amplio**; es un concepto más limitado este que el amplísimo que abarca toda la actividad de la Administración. Este concepto operativo ya fue utilizado por el profesor De la Cuétara que definió al servicio público como “Aquella parte de la actividad administrativa en la que por medios de Derecho público se garantiza la existencia de determinadas prestaciones en la sociedad”.⁶¹⁰ Por tanto aquí se está limitando el concepto primario y lato en que consistía el servicio público pues como dice De la Cuétara es una parte de la actividad administrativa y no toda ella en su conjunto.

Para De la Cuétara el concepto de servicio público debe interpretarse en este sentido ya que de este concepto se excluyen las funciones públicas, aunque también es amplio ya que engloba dentro de los servicios públicos no solo los servicios que son prestados por la Administración sino que también hace referencia a los que prestan los particulares en tanto que estos están aunque no sean titularidad del Estado, este se obliga a prestar el servicio de manera continua e ininterrumpida.

En relación al concepto operativo de servicio público, nos encontramos con el **servicio impropio o virtual**¹¹ el cual se definiría como aquel servicio público que es prestado por los particulares mediante una autorización administrativa.

Dentro de esta categoría en España nos encontramos con los servicios de taxi, farmacia, enseñanza sanidad etc. Actividades que encajarían en el concepto operativo de Servicio público en el cual el Estado se reserva unos poderes de intervención y control sobre la actividad en la que cabe una reglamentación sobre la actividad.

Lo que le caracteriza al servicio impropio o virtual es que se trata de una actividad que es funcionalmente privada y que tiene algún interés general y que se dirige al público en general. (Se ve claro con los servicios de taxi). Algunos autores han llamado a estas

⁹ Vid., SANZ RUBIALES, Í., *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*, Universidad de Valladolid, 2004, pp. 11 y ss.

¹⁰ Vid DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M., *La actividad de la Administración. Lecciones de Derecho Administrativo*, Tecnos Madrid, 1983, p 137

¹¹ Vid FERNÁNDEZ GARCÍA. M^Y. *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, INAP, Madrid 2003, pp 120-128.

autorizaciones como “autorizaciones con funcionalidad operativa” reforzando más si cabe que son servicios públicos desde el punto de vista operativo. No en el sentido estricto que ahora trataremos.

1.2.3 Concepto estricto de Servicio público en España

En nuestro país no existió un concepto unitario y claro sobre el Servicio público pero si que hubo una mayoría en la doctrina española a favor de la acepción estricta del servicio público.

Esta acepción del concepto en un sentido estricto se apoya en el artículo 128.2 de la Constitución Española donde se dice que “*mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio*”. Si lo observamos con detenimiento este artículo no expresa la palabra Servicio público como tal pero si contiene las notas definitorias que le corresponden. Y además es de destacar que también el artículo 106.2 de la Constitución alude al término “*servicio público*”, artículo este referido a la responsabilidad patrimonial de la Administración que refleja esta como consecuencia del funcionamiento de los “*servicios públicos*”. Al igual que también el artículo 158 en donde también se alude al término “*servicio público*”.

Como definición del concepto: Para hacernos una idea de la noción estricta del Servicio público aludimos al concepto que dio el profesor López-Muñiz en la que decía que el servicio público comprende: “toda actividad que, por ser considerada servicio esencial a la Comunidad y considerarse necesario para su efectiva garantía, es reservada por la Ley a la titularidad en exclusiva del Poder público, sin perjuicio de que su gestión pueda ser encomendada a terceros colaboradores a través de cualesquiera de los modos de gestión indirecta que el ordenamiento reconoce”.¹²

La acepción estricta de este concepto nos sirve para distinguir las actividades que comprenden los servicios públicos de aquellas actividades en régimen de concurrencia con los particulares (ya que los servicios públicos se atribuyen en titularidad exclusiva al Poder público)

¹² Vid MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ. JL, “El sector eléctrico en España”. Revista del Instituto de Estudios Económicos nº4, 1991, pp 318-319.

En cuanto a este concepto de servicio público, en un ámbito estricto ha sido acogido por la doctrina española y también por la jurisprudencia. Así lo vemos tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo.

En 1979 ya el Tribunal Supremo reflejaba las características del servicio público como concepto estricto (aunque si bien no se reconoce la exigencia constitucional básica de reserva mediante Ley) al señalar por parte del ponente J. L. Ponce de León y Belloso en una sentencia de 2 de marzo de 1979 que:

“para que con rigor pueda predicarse de una actividad el carácter de servicio público debe exigirse que se trate de una actuación técnica, dirigida al público prestada de una forma regular y continua, encaminada a la satisfacción de una necesidad pública”¹³

Más tarde en 1989 el Tribunal dando una definición jurisprudencial sobre el concepto estricto de Servicio público y partiendo de que no hay ninguna norma o texto legal que lo defina, el Tribunal lo definió del siguiente modo:

“(…) pudiendo considerarse como una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua”.¹⁴

Por parte del Tribunal Constitucional también se aceptó esta concepción estricta por ejemplo al entender en 1987 en relación con algunos preceptos de la Ley de aguas que la declaración de servicio público y la asunción de la titularidad en exclusiva por el Poder público eliminaba la libre iniciativa económico privada, esto es de los particulares.¹⁵

Por tanto aunque no exista una definición como tal y precisa de lo que es el servicio público si se entiende jurisprudencialmente lo que abarca y en este sentido la jurisprudencia apoya la acepción estricta del concepto del Servicio público.

¹³ Vid FJ. 4º (Ar 1175 ponente: J. L. Ponce de León y Belloso)

¹⁴ Vid FJ 3º (Ar 8390 Ponente C Madrigal García)

¹⁵ Vid FJ.16º de la sentencia 17/90 de 7 de febrero: “La declaración del transporte del agua como servicio público supone, en efecto, una publicación de una actividad hasta ese momento en el ámbito de la plena disponibilidad de la iniciativa privada” (...). “La declaración de servicio público no incide directamente en la propiedad de los bienes -conducciones e instalaciones-, sino en el ejercicio y desarrollo de la actividad servicial prestada hasta entonces por los particulares. La declaración de servicio público y la asunción de la titularidad del mismo por la Administración elimina la libre iniciativa económico-privada (...)”.

1.2.3.1 Características de la noción estricta del Servicio público

En este punto hago referencia a la gran explicación que da M^a Yolanda Fernández García sobre este concepto y a los autores a los que se remite¹⁶.

Las características de la noción estricta de servicio público se desglosan en varias notas definitorias que a continuación desarrollamos. Del concepto que se recoge en el artículo 128.2 de la Constitución Española “*Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.*”

En primer lugar como actividad de la Administración **en titularidad exclusiva**.

En segundo lugar la reserva del servicio público a la titularidad del Estado, **reserva “mediante Ley”**.

Y por último que el objeto de la reserva sea **servicio esencial** a la comunidad.

- 1) En cuanto a la **exclusividad o monopolio de iure** es lo más característico del servicio público ya que la titularidad de este se reserva en exclusiva al Poder público.

La exclusividad se refleja en el término *publicatio* al que aludía Villar Palasí, algunos autores lo han intentado traducir como “publicación de una actividad”. Se dirige a la creación de títulos de potestad sobre actividades con el fin de controlarlas.

La nota característica de la exclusividad encuentra apoyo mayoritario en la doctrina española como señalaban García-Trevijano o Manzanedo Mateos en sus libros por nombrar algunos, o García de Enterría al decir: “el monopolio de iure es un índice inequívoco del servicio público o en otros términos, todo servicio público es un monopolio”. Con lo cual esta nota parece tener un apoyo doctrinal mayoritario en España.

En cuanto a las posibles acepciones del término *publicatio*, encontraríamos una acepción lata y otra estricta siendo la más conveniente para poder delimitar mejor el concepto de servicio público la acepción estricta.

Mientras que la acepción del término en un sentido lato como decía Mendoza Oliván y sin entrar en detalle, sería un conjunto de formas de inmisión de la Administración en las

¹⁶ FERNÁNDEZ GARCÍA. M^aY. *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, INAP, Madrid 2003, pp 131 y ss.

actividades de los particulares. La acepción estricta considera por el contrario que el término publicatio se vincula a la titularidad en exclusiva a la Administración con la consiguiente exclusión de la iniciativa privada por parte de los particulares. Y se evidencia formalmente a partir de la asunción de la titularidad mediante ley que veremos a continuación.

2) **Reserva mediante Ley** de la titularidad pública, como elemento formal del concepto:

Es claro que precisa una reserva de ley ya que la publicatio de un servicio implica una excepción al principio constitucional de libertad de empresa del artículo 38 de nuestra Constitución: *“Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.”*

La exigencia de que debe hacerse por ley es clara y además debe ser una ley singular. La expresión en “Mediante Ley” tiene como finalidad excluir del ordenamiento jurídico una posible Ley general de publicaciones.

En cuanto a la cuestión de si puede hacerse por Decretos legislativos es evidente la imposibilidad de ello por su naturaleza regulada en el artículo 82 de la Constitución al ser incompatible con la declaración de un servicio público:

Cosa distinta son los Decretos Ley sobre los que sí ha habido discusión ya que parte de la doctrina (si bien minoritaria) ha defendido esta posibilidad y en la práctica se han dado caso como en 1986 cuando se declara como servicio público la estiba y desestiba de buques por Decreto Ley.

La mayor parte de la doctrina y también jurisprudencia no ven factible esta vía ya que los Decretos Ley están pensados para ser utilizados en casos de extraordinaria y urgente necesidad como alega el artículo 86.1 de la Constitución. Y que además afectaría esto al principio constitucional de libertad de empresa del artículo 38 y al derecho de propiedad del 33 de la Constitución.

Es por ello que debe realizarse mediante ley ya que son libertades y en este caso libertades constitucionales que necesitan para su restricción una ley que lo lleve a cabo.

Es claro que el Estado es el que puede dictar estas leyes, pero en cuanto a la posibilidad de que la reserva mediante ley, esta ley la lleven a cabo las Comunidades Autónomas como fuente de su poder legislativo puede no ser tan claro la existir choques de títulos de competencias. Y si bien hay algunos autores que confirman que es posible que una Comunidad Autónoma pueda hacerlo como por ejemplo Sosa Wagner. En cambio otra parte de la doctrina apoya que no es posible dado que si se deja a las Comunidades Autónomas este privilegio de sustraer actividades a la iniciativa privada, los particulares no pueden llevarla a cabo afectando al principio de libre empresa, por tanto afectando al artículo 139 de la Constitución que alega: “(...) *ninguna autoridad podrá adoptar medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación y establecimiento de las personas y la libre circulación de bienes en todo el territorio español*”.

Por tanto debería ser el Estado quien la lleve a cabo además de que es el Estado quien establece las bases de la actividad económica y las condiciones básicas que aseguren la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus deberes.

En cuanto la cuestión de que si la ley por la que se haga la reserva tenga que ser ley ordinaria o ley orgánica, hemos de decir que esta reserva de ley afecta como hemos dicho anteriormente al principio constitucional de libertad de empresa del artículo 38 y no se necesita ley orgánica para llevarlo a cabo ya que esta no se aplica en este caso material porque está destinada al desarrollo y de derechos fundamentales y libertades públicas.

Y si hay que decir que se requiere o se exige ley orgánica para el caso de que afectase a derechos fundamentales o libertades públicas. Y que además no pueden ser objeto de publicatio los servicios o actividades que tengan como objeto material derechos fundamentales o libertades públicas no económicas (entre ellas la libertad de enseñanza, información, expresión etc.) ya que estas no pueden ser sustraídas y atribuidas al Poder público porque aunque se trate de servicios esenciales, no se pueden convertir en servicios públicos en sentido estricto.

3) **Servicio esencial** a la comunidad, como objeto de reserva.

Esta exigencia de tipo objetivo del concepto estricto de servicio público viene apoyada como hemos dicho anteriormente en el artículo 128.2 de la Constitución Española: *mediante*

ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio?. Además de los artículos 28.2 y 37.2 de la misma.

El paradigma gira en torno a diferenciar lo que es servicio esencial de lo que se considera servicio público en sentido estricto. Ya que de ambos el primero consiste en el elemento material del segundo como hemos advertido, es decir el servicio esencial es el elemento material del servicio público stricto sensu, su objeto material en otras palabras.

Hemos de destacar la posición que comparte la mayoría de la doctrina en nuestro país y que aclara muy bien el profesor Garrido Falla:

En este punto el profesor Garrido Falla aclara las ideas principales sobre la distinción de servicio público y servicio esencial. Como decimos el profesor alegaba que el concepto tradicional de servicio público económico estaba reservado para aquellos servicios esenciales que la ley reservara al sector público. No consideraba además factible la distinción entre servicios públicos esenciales y no esenciales ya que estos últimos los considera inconstitucionales. Además de que este profesor decía que no se consideran como servicios públicos aquellos que se denominan servicios públicos asistenciales (como por ejemplo son la sanidad o la enseñanza) y aunque si sean estos servicios esenciales no son servicios públicos. Como veremos más los servicios públicos son servicios esenciales ya que es su objeto material pero no todo servicio esencial es un servicio público.

En esta misma orientación que hace el profesor Garido Falla se pronuncia también De los Mozos Touya quien alegaba que: “el concepto de servicio esencial responde a un concepto más amplio que el de servicio público en sentido estricto, que alude únicamente a los servicios esenciales reservados por el legislador a la titularidad pública (...). Solo los servicios esenciales pueden ser reservados al sector público. Sin embargo los servicios esenciales no son en sí mismos, ni tienen por qué ser servicios públicos”.¹⁷

Si bien también hay parte de la doctrina que se aparta de al anterior posición mayoritaria y que no entiende así esta distinción como es el caso de García Llovet que llega a decir: “No hay en el artículo 128.2 un régimen distinto para los servicios públicos esenciales y los no esenciales; lo que hay es una definición de requisitos materiales y formales en orden a la publicación de una actividad o recurso”.

¹⁷ Vid DE LOS MOZOS TOUYA, I., *Educación en libertad y concierto escolar*, Montecorvo, Madrid. pp 133-132

Otros como Martínez Marín que aunque aceptan la distinción afirman que la constitucionalización de la noción de servicio esencial en lugar de la tradicional de servicio público se ha mostrado como innecesaria. O también otro autor como Blasco Esteve que argumenta que un servicio público puede ser esencial o no (cosa que no defiende García Falla y que no forma parte del objeto material del servicio público en sentido estricto y que no puede por tanto constituirse una reserva a la titularidad pública si no es un servicio esencial).

En cuanto a la jurisprudencia no ha sido unánime tampoco ya que han existido sentencias en las que se ha equiparado el concepto de servicio esencial con el de servicio público¹⁸. Aunque la mayoría de la jurisprudencia hace la distinción entre servicio esencial y servicio público en numerosas sentencias¹⁹.

Por tanto una vez vista la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria en este punto, nos referimos al contenido material de la noción estricta del servicio público que como ya hemos dicho son servicios esenciales. En cuanto a la definición del concepto de servicio esencial, entendemos de forma resumida por servicio esencial aquella actividad prestacional de bienes y servicios de carácter indispensable, vital o básico para la sociedad, con el fin de satisfacer o ejercer derechos fundamentales. Es por ello que el servicio público en sentido estricto no puede ser más que el régimen de los servicios esenciales (ya que estos pueden ser organizados por varios tipos de regímenes). Apoyado este planteamiento firmemente por los profesores Laguna de Paz y Martínez López Muñiz.

Para el profesor Martínez López Muñiz se deriva del ya nombrado artículo 128.2 de la Constitución que los servicios esenciales no tienen por qué estar reservados a la titularidad pública.²⁰

Para el profesor Laguna de Paz en términos muy parecidos también alega que el servicio público es una forma de organizar los servicios esenciales y además dice: “la garantía, continuidad y regularidad en su prestación, en general, no requiere la publicación de la actividad. Los servicios y actividades esenciales pueden ser organizados bajo regímenes jurídicos muy diversos”.

¹⁸ Vid Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio de 1980 (Ar 2950, Cdo.6º. ponente F. Roldán Martínez) y 13 de diciembre de 1984 (Ar 6433, Cdo. 2º. Ponente J.L. Ruiz Sánchez) entre otras.

¹⁹ Vid Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989 y sentencia de 23 de mayo de 1997 (Ar 4065, Cdo. 6º. Ponente R Fernández Montalvo)

²⁰ Vid “Nuevo sistema conceptual” *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 3 (1999), vol. *Privatización y liberalización de servicios*, págs.

2 Servicio esencial y clasificación de los servicios en Europa.

En Europa la clasificación de los servicios no ha sido igual que en España ya que en Europa estos se han dividido entre los servicios que tienen un interés general y los que no lo tienen. Y dentro de los servicios de interés general puede haber servicios de libre mercado, derechos especiales o derechos exclusivos.

No se tiene una noción de servicio público en la Unión Europea como más adelante explicaremos. Por ahora daremos una definición o más bien una aproximación del concepto que se ha dado del servicio esencial.

Así el profesor Martínez López Muñoz lo define como: “aquellas actividades prestacionales de bienes y servicios a los ciudadanos de carácter vital o básico para la satisfacción o el ejercicio de los derechos fundamentales y el consiguiente desarrollo de una vida digna, mínimamente acorde con las condiciones espacio-temporales del desarrollo o del progreso social y que por ello no pueden dejar de tener un destino universal y ser efectivamente accesibles a todos en condiciones básicas de igualdad, asegurándose suficiente regularidad y continuidad, bajo unos patrones de calidad determinados, con adaptación progresiva a la evolución técnica y a los cambios sociales”.

El profesor Martínez López Muñoz deja claro el papel que debe llevar el Estado en la sociedad “*pro libertate*”, de subsidiariedad mientras no sea necesario y de proporcionalidad

En la Unión Europea y hablando de los servicios de interés económico general a los que nos hemos referido anteriormente, estos aparecen en el artículo 86.2 del Tratado CE (actual art. 106.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea²¹) ya que no aparecen como tales los servicios públicos en el ámbito comunitario.

Ha habido en Europa importantes transformaciones de lo que conocíamos como los tradicionales servicios públicos como el gas, electricidad, correos etc. Esta clásica noción de servicio público con la integración en la Unión Europea se ha ido transformando en la actualidad en los Estados miembros y sobre todo en Francia, debido a la importancia que

²¹ “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas de los Tratados, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Unión”.

tiene en el Derecho Administrativo francés la institución de servicio público por la tradición de intervencionismo estatal.

Refiriéndonos de nuevo a los servicios económicos de interés general el Tratado de Funcionamiento de la UE no da una definición de lo que son realmente y por ello ha sido importante la labor interpretativa que han llevado a cabo algunas instituciones comunitarias como el Tribunal de Justicia y la Comisión en relación a este concepto contenido en el artículo 86.2 del Tratado.

Ha sido a través de diferentes sentencias como se ha tratado de aclarar el concepto de servicio esencial. Pero aun así no se llegó a una definición exacta del concepto, aunque si pudieron extraerse notas definitorias o caracteres generales y que enlazan con las que tradicionalmente han informado el concepto de servicio público: nos referimos con ello a la obligación de suministro, la igualdad de tratamiento entre los usuarios del servicio y la continuidad del servicio.

Hay que destacar que el Tribunal de Luxemburgo ha abordado el concepto de servicio esencial como: “aquella obligación de prestación o suministro del servicio, en beneficio de todos los usuarios, en la totalidad de un territorio dado, a unas tarifas uniformes en el territorio, en condiciones de calidad similares, sin considerar en principio las situaciones particulares ni el grado de rentabilidad económica de cada operación individual”.

Estas notas o caracteres generales pueden extraerse, como hemos dicho, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 86.2 del Tratado CE (Sentencia que aborda el criterio objetivo del concepto de servicio esencial, véase Sentencia de 1993 asunto “Corbeau”²²).

Para clarificar o exponer que forma parte de la gestión de los servicios de interés general en Europa, el Tribunal de Justicia calificó a través de diversas sentencias a las empresas que se encarguen de los servicios de electricidad, correos, telecomunicaciones, abastecimiento de agua, ferrocarriles o líneas aéreas como “empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés general”. Todos estos sectores son expuestos además por la Comisión analizados en las Comunicaciones de 1996 y la posterior del año 2000.

²² Vid Sentencia de 19 de mayo de 1993 asunto “Corbeau” (C-320/91 Rec 1993/5 pp- I-2563 y ss) y 27 de abril de 1994 asunto “Almelo” (C-393/92 Rec 1994/4 pp-I-1508 y ss)

Además, en Europa se aborda con Reglamentos y Directivas la posibilidad de obligar a estas empresas encargadas de la gestión de los servicios de interés económico general al cumplimiento de obligaciones de servicio esencial, esto es, a la seguridad del abastecimiento, la regularidad, la calidad, y al precio de los suministros que deben llevar a cabo.

3. Gestión indirecta de los servicios públicos

3.1. Los contratos administrativos

La Ley por la que se rigen los contratos administrativos típicos es la Ley 30/2007, de 30 de octubre de 2007, de Contratos del Sector Público. Ahora bien, tras las reformas operadas por distintas Leyes (en especial, por la Ley 34/2010), el texto vigente es el Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la *Ley de Contratos del Sector Público*. Para lo que nos interesa nos centramos en los contratos de obra, concesión de obra y gestión de servicios públicos. Para ello me baso en las explicaciones y clasificaciones que hace el profesor Ramón Parada sobre los tipos contractuales y su clasificación conforme a la legislación vigente.²³

a) Contrato de obra:

En cuanto al contrato de obra, es un contrato típico cuya finalidad consiste en la construcción de un bien inmueble de distinta naturaleza (Carreteras, ferrocarriles, puertos, canales, edificaciones, aeropuertos, señalización marítima, monumentos y cualquier otra de análoga ingeniería), en la modificación o alteración del terreno y subsuelo (como dragados, sondeos, regeneración de playas, actuaciones urbanísticas u otras análogas) y la reforma, reparación, conservación y demolición de los objetos nombrados anteriormente.

Distinguiendo por tanto dos tipos, unos de primer establecimiento, reforma y gran reparación que dan lugar a la creación de un inmueble y otros de simple reparación, conservación y mantenimiento de los mismos.

La Ley, en el TRLCSP en su artículo 6 da una definición del contrato de obra:

²³ Vid PARADA. R. *Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 21 edición, 2ª en editorial Open, Madrid 2014, pp 253 y ss.

“Son contratos de obras aquellos que tienen por objeto la realización de una obra o la ejecución de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I o la realización por cualquier medio de una obra que responda a las necesidades especificadas por la entidad del sector público contratante. Además de estas prestaciones, el contrato podrá comprender, en su caso, la redacción del correspondiente proyecto.

2. Por «obra» se entenderá el resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble.”

Los efectos primarios de este contrato de obras son un conjunto de obligaciones para el contratista y a su vez unos derechos. Como derecho principal del contratista es el abono del precio por la Administración de acuerdo con las cláusulas administrativas generales. Como obligaciones del contratista podemos destacar como principales:

- 1- Presentar un programa de trabajo
- 2- Ejecutar las obras con detalle a las estipulaciones del pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto base del contrato de obras, así como a las instrucciones que reciba del director facultativo de las obras.
- 3- Asumir el riesgo y ventura de modo que no el riesgo de la obra es de su cuenta salvo los casos de fuerza mayor en que si deberá ser indemnizado
- 4- Indemnizar los daños que cause a los terceros en la ejecución de operaciones que requieran las obras objeto del contrato.

b) Contrato de concesión de obra pública:

El concepto del contrato de concesión de obra pública se regula en el artículo 7 del TRLCSP en su apartado primero:

“La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.”

Por lo tanto, observamos como la principal diferencia en cuanto al concepto respecto al contrato de obra en sentido estricto, es que en este tipo de contrato la contraprestación que recibe el contratista es el derecho a explorar la obra, o incluso este derecho acompañado

del pago de un precio por la Administración. Pero no solo el pago de un precio como ocurría en el contrato de obra.

Cabe destacar que el riesgo lo asume el contratista ya que se ejecutara a riesgo y ventura de este, tanto su construcción como conservación y explotación. Y siempre en los términos establecidos. Siempre a salvo de los casos de fuerza mayor o causa imputable a la Administración en cuyo caso si implicase mayores costes para el contratista se procederá a restablecer el equilibrio económico del contrato.

Tiene el contratista los derechos a explotar la obra y percibir la retribución económica prevista y utilizar los bienes de dominio público necesarios para la construcción y explotación de la misma, incluyendo aquí el derecho a la expropiación forzosa, imposición de servidumbres y desahucio administrativo que resulten obligados; En contrapartida el contratista tiene unas obligaciones:

- 1) Debe ejecutar la obra que se haya establecido y explotarla asumiendo el riesgo de esa explotación que como hemos dicho la realiza a su riesgo y ventura.
- 2) Pero además debe gestionarla garantizando su continuidad, permitirle a todo usuario de acuerdo con los principios de igualdad, no discriminación y universalidad y mediante el abono en cada caso de una tarifa.
- 3) Y obviamente también debe indemnizar a los posibles terceros afectados por los daños que le sean imputables a causa de la ejecución de esas obras o su explotación.
- 4) Proteger el dominio público que se haya vinculado a la concesión y asegurar la protección del medio ambiente y valores ecológicos.
- 5) Por último hay que nombrar la llamada “cláusula de progreso” por la que el contratista debe mantener la obra conforme a lo que en cada situación y de acuerdo con el progreso de la ciencia disponga la normativa técnica, medioambiental, de accesibilidad y eliminación de barreras arquitectónicas así como de seguridad para los usuarios. Artículo 7.2: *“La adecuación, reforma y modernización de la obra para adaptarla a las características técnicas y funcionales requeridas para la correcta prestación de los servicios o la realización de las actividades económicas a las que sirve de soporte material.”*

c) Contrato de gestión de servicios públicos:

Este tipo de contrato se define en el artículo 8 TRLCSP:

“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.”

Cabe destacar que en ningún caso puede ser objeto de este contrato la prestación de servicios públicos que impliquen el ejercicio de autoridad. Así se desprende del Artículo 275.1 TRLCSP, referido al ámbito del contrato de gestión de servicios públicos:

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

Para este tipo de contrato nos encontramos con su figura más clásica, la conocida como concesión de servicio, pero además tenemos las variantes de gestión interesada, concierto, arrendamiento y explotación del servicio mediante la creación de una sociedad de economía mixta. Estas formas se regularon ya en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955 y ahora se regulan en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

En cuanto al derecho principal del concesionario, es el de obtener la contraprestación económica que consistirá en una retribución fijada en función del uso del servicio público que se percibirá de los usuarios o de la propia Administración.

Como contrapartida tiene las siguientes obligaciones recogidas en el artículo 280 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público:

- 1- Prestar y organizar el servicio público que vaya a ofrecer conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación.
- 2- Prestar el servicio con la continuidad necesaria y garantizar a todos los usuarios el derecho a poder usarlo.
- 3- Indemnizar a los terceros a los que cause daños por la realización del servicio
- 4- Respetar los principios de no discriminación, igualdad y universalidad.

En cuanto al punto más importante es el relativo al **equilibrio económico del contrato**. En este sentido siempre por razón de interés público sabemos que la Administración puede

alterar las características del servicio público y las tarifas que deben pagar los usuarios por la prestación del servicio. Así se desprende del artículo 282.1:

“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.”

Pero cuando estas modificaciones puedan alterar el régimen económico del contrato, la Administración tiene la obligación de compensar al contratista de modo que se mantenga el equilibrio económico-financiero del contrato que fue considerado cuando se adjudicó el contrato.

También es necesario restablecer este equilibrio cuando haya sido consecuencia de las actuaciones de la Administración o causa de fuerza mayor la ruptura de ese equilibrio económico.

En este sentido la Administración restablecerá el equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda, ya sea de parte del concesionario como de la propia Administración.

Este restablecimiento del equilibrio económico del contrato puede consistir tanto en la modificación de las tarifas que deben abonar los usuarios del servicio como la reducción del plazo del contrato o su ampliación dependiendo de las circunstancias y siempre respetando los límites de duración legalmente previstos.

Es muy importante destacar que este derecho al equilibrio económico se presentó como excepción al principio de riesgo y ventura en el contrato de servicios públicos. Ya que como es claro y obvio debe de ser recompensado ante los posibles desequilibrios económicos que se puedan producir durante la ejecución ante posibles circunstancias que puedan alterar este equilibrio. Es decir ante los posibles riesgos imprevisibles que puedan alterar el equilibrio de las partes. Se exigía ya desde la jurisprudencia francesa que estos riesgos imprevisibles fueran de tal magnitud que de seguir prestando el servicio el contratista quedaría arruinado.

En nuestro ordenamiento jurídico este derecho al equilibrio económico quedando fuera de situaciones de crisis económicas, se reconoce como hemos dicho ante unos riesgos imprevisibles y con los medios de actualización de tarifas o incluso a la percepción de subvenciones por ello.

La primera vez que se reconoció fue en el Texto Refundido de la Ley de Contratos de 1965 en su artículo 163.1, la justificación de este equilibrio económico se encuentra en este artículo, al prever que en situaciones en las que por razones de interés público se puedan alterar las tarifas de los servicios públicos, siempre con el fin de modificarlos para adaptarlos a las nuevas circunstancias cambiantes para restablecer el equilibrio de ambas partes.

Como decimos la justificación de estas modificaciones son claras, ya que son de interés público y de ello depende la continuidad o que no se vea interrumpida la prestación del servicio público y que no caiga el concesionario en pérdidas que conlleven su ruina y con ello la interrupción del servicio, ya que al ser un servicio público conllevaría a que de seguir prestándolo de manera indirecta la Administración tendría que volver a celebrar otra concesión con las tarifas ya modificadas lo que no beneficia a la Administración y por tanto se actualizan directamente con el mismo concesionario restableciendo así el equilibrio ante los riesgos o situaciones imprevisibles sin tener que resolver el contrato .

d) Contrato de suministros:

En un concepto amplio del contrato de suministros sería aquel contrato por el que la Administración adquiere el disfrute o la propiedad de un bien mueble. A diferencia de cómo pasaba en el contrato de obra que recaía sobre bienes inmuebles. Este tipo de contrato se centra en los muebles únicamente.

Y según el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, se trata de un contrato que va a tener por objeto la adquisición, arrendamiento financiero, o arrendamiento con o sin opción de compra, de productos o bienes muebles.

Además se considerarán como contratos de suministro:

- 1- Los que haya un empresario que se obligue a entregar varios bienes de una forma constante y sucesiva por un precio unitario.
- 2- Aquellos que tengan como fin la adquisición y arrendamiento de sistemas y equipos de telecomunicaciones o para tratar la información.
- 3- Aquellos de fabricación, por los cuales esas cosas que deben de ser entregadas por un empresario, tienen que ser fabricadas con arreglo a características peculiares que hayan sido fijadas con anterioridad.

e) Contrato de Servicios:

Como contrato de servicios en sentido estricto, podemos definir este tipo de contrato como aquel contrato cuyo fin o fines son las prestaciones de hacer que se basan en desarrollar una actividad u obtener un resultado que sea diferente a una obra o un suministro (para diferenciarlo de los otros tipos de contrato).

En su pliego de cláusulas administrativas se fijará el concreto sistema para la fijación del precio como pueden ser unidades de ejecución, unidades de tiempo etc.

El contratista en este caso prestará el servicio siempre siguiendo lo establecido en las cláusulas y pliegos y de conformidad con las instrucciones que se deriven del órgano de contratación.

Se regulan estos contratos en el artículo 10 del TRLCSP:

“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.”

Es importante destacar la diferencia existente entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, ya que mientras que en este último tipo contractual la actividad va dirigida al público en general; en los contratos de servicios en cambio la Administración pública es el beneficiario de la actividad de estos contratos.

La diferencia es notable ya que en los contratos de gestión de servicios públicos se desarrolla una actividad en la que los destinatarios es la sociedad en su conjunto como en la prestación de suministro de agua, luz etc. En cambio en los contratos de servicios la actividad va dirigida no a la colectividad, si no que lo recibe la Administración en sí misma. Esta es la diferencia esencial entre ambos tipos contractuales.

f) Contrato de colaboración entre el sector público y privado

Este tipo de contrato lo definimos de acuerdo con el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público como aquel contrato en el que una Administración pública va

a encargar a una entidad de Derecho privado por un periodo de tiempo determinado, el realizar una actuación global e integrada que además de la financiación de inversiones materiales, obras o suministros que son necesarios para determinadas actuaciones de interés general y objetivos de servicio público, comprenda alguna prestación como:

- A) La construcción, instalación o transformación de obras equipos, así como su renovación y actualización.
- B) El mantenimiento de instalaciones complejas, con su gestión.
- C) Tanto la prestación de servicios como la elaboración de bienes con el fin de aportar soluciones avanzadas y más ventajosas en el mercado.
- D) Determinadas prestaciones de servicios unidos al desarrollo de los servicios públicos o a determinadas actuaciones de interés general.

3.2. Las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos

Los diferentes tipos de concesión de servicios públicos que encontramos en la Ley actualmente, concretamente en el Artículo 277 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

- 1) Concesión: en la que la Administración encarga la gestión del servicio público a un sujeto privado o empresario que lo realiza bajo su riesgo y ventura.
- 2) Gestión interesada: con esta variante se tratan de corregir los excesos de la concesión tradicional al permitir que tanto el empresario como la Administración participen en los resultados de explotar el servicio público en la parte o proporción que hayan establecido en el contrato.
- 3) Concierto: ya sea con persona natural o jurídica, supone un derecho de utilización de unas instalaciones privadas que prestan los mismos servicios que la Administraciones pretende ofrecer. De modo contrario en el arrendamiento, aunque no se prevea en la LCSP la Administración dispone para realizar el servicio público de unas instalaciones propias que arrienda a un particular para que preste el servicio.

- 4) Sociedad de economía mixta: en la que la Administración participa en concurrencia con personas naturales o jurídicas privadas. En cuyo capital puede participar un ente público, y esta sociedad podrá celebrar con la Administración cualquier modalidad o variante de las anteriores para la gestión de servicios públicos.

Cabe destacar que en estas cuatro modalidades, por ser decisiva la cualidad del sujeto que va a gestionar el servicio, es decir las condiciones personales del concesionario, no se admite la subcontrata, que tan solo va a permitirse sobre determinadas prestaciones accesorias.

3.3. La concesión de servicios públicos en particular

3.3.1. Régimen jurídico general

En la actualidad nos encontramos con dos perspectivas diferenciadas sobre los servicios públicos, es decir perspectivas intervencionistas por las que el Estado debe intervenir en la prestación de estos servicios de forma directa a través de la Administración, y por otra parte tendencias privatizadoras que ven más conveniente una actividad de titularidad privada.

Frente a estas perspectivas o tendencias nos encontramos con la gestión indirecta de los servicios públicos de la que antes hemos hablado, con la que se concede a los operadores económicos particulares un gran papel en la gestión de estos servicios públicos aunque la titularidad siga siendo pública ya que un particular no puede ser titular de un servicio público, puede prestarlo pero no es el titular. El titular es la Administración.

Esta figura de la concesión no ha hecho más que resurgir de acuerdo con algunos autores y apoyado por la Comisión Europea en una Comunicación interpretativa sobre las concesiones del año 2000 que asegura su importancia en la actualidad debido a las limitaciones presupuestarias y la limitación de la intervención de los poderes públicos.

La concesión como forma de gestión en materia de servicios públicos tiene un claro objetivo prestacional que no puede dedicarse al ejercicio de funciones públicas vinculadas a la soberanía (Defensa nacional, seguridad nacional etc) que son prestadas directamente por

el Estado ni tampoco actividades de control técnico y no estrictamente prestacionales que no hayan sido declaradas como servicio público.

En cuanto a la naturaleza de la concesión, es una naturaleza mixta (contractual y reglamentaria). El determinar si un servicio se presta en modo de gestión directa o indirecta depende única y exclusivamente de la Administración titular del servicio y de manera discrecional, debiendo argumentar los motivos que les llevan a hacerlo así. Aunque para optar por la gestión indirecta tiene varias limitaciones ya que estará condicionado a unas reglas, entre ellas la prohibición ya citada de que no pueden ejercer por esta vía actividades que conlleven el ejercicio de la autoridad, que es inherente a los poderes públicos.²⁴

En las concesiones se introducen tanto cláusulas contractuales típicas (es decir cláusulas contractuales en sentido estricto) como también otras relativas a la organización del servicio público, esto es las condiciones de funcionamiento que debe respetar el concesionario en la gestión del servicio (es decir que tienen naturaleza reglamentaria en sentido material). De aquí que se tenga a la concesión como un acto mixto (contractual y reglamentario), como una armonización de los contratos administrativos y la autoridad de la Administración.

Por tanto la consideración de la concesión como un contrato no ha sido aceptada de forma uniforme por la doctrina debido a este aspecto reglamentario y también a que la declaración de voluntad de adhesión del contratista es respecto a unas reglas establecidas con anterioridad por la Administración de forma unilateral.

La concesión de servicios públicos aunque no tenga como función la entrega de poderes públicos, (ya que no puede ejercer poderes de autoridad el concesionario) si que puede llevar con carácter accesorio el ejercicio de algunos poderes de policía, aunque en este caso no es claro si esta transmisión sería contractual o unilateral por la Administración. Si bien este ejercicio de poderes de “*imperium*” de forma complementaria o accesorio se hará por delegación, ya que la titularidad sigue siendo pública y no puede ser nunca privada, algunos de estos poderes son la posibilidad de imponer servidumbres, exigencia de tasas a los usuarios, expropiación etc.

²⁴ Vid SANZ RUBIALES. I. *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*. Universidad de Valladolid, 2004, p 52.

Según autores como Villar Palasí, estos poderes del concesionario son puramente accesorios y no tienen carácter permanente ni exclusivo, es decir que son poderes contingentes y compartidos. Y el traslado de estas funciones públicas (que no poderes públicos) al concesionario es el elemento típico de las concesiones de servicio si bien no es una característica esencial de la concesión.

En cambio otros autores como Sosa Wagner lo que hacen es interpretar la prohibición de ejercer poderes de autoridad por los particulares de un modo mas flexible para confirmar la posibilidad de que el concesionario asuma el ejercicio de poderes de autoridad como la vía de apremio, usar agentes ejecutivos particulares etc.

Por ello, estas dos opciones son las que defienden la mayoría de la doctrina respecto al ejercicio de autoridad de los concesionarios (ya sea por admitir su carácter accesorio y complementario o ya sea por una interpretación flexible de las normas). Aunque frente a estas opciones mayoritarias en la doctrina hay quienes defienden que los poderes que recibe el concesionario no conllevan ningún ejercicio de autoridad y con ello queda salvaguardada la legalidad de la actuación del concesionario.

3.3.2. El riesgo del concesionario: riesgo operacional de carácter económico.

Para hablar de la transferencia del riesgo de explotación, primero hay que mencionar que es un **contrato de concesión** para la directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, el cual se define como (art 5.1 a)²⁵:

“Un contrato oneroso celebrado por escrito en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadoras confían en la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios distintos a la ejecución de obras, a uno o más operadores económicos cuya contrapartida es el bien o derecho a explotar las obras o servicios objeto del contrato únicamente o este mismo derecho en conjunción con un pago”.

Y sigue explicando el citado precepto:

²⁵ Hay que destacar que la directiva utiliza un concepto más amplio de concesión de servicios que la concesión de servicio público ya que esta última se refiere solo a los servicios cuya prestación ha sido asumida como propia de la competencia de la Administración.

“La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”

En toda concesión hay un riesgo para el concesionario, estamos hablando de un **riesgo operacional de carácter económico**²⁶, y que conlleva la posibilidad (o el riesgo, mejor dicho) de que el concesionario pueda no recuperar las cantidades que invirtió, o cubrir los costes necesarios para explotar las obras o servicios, todo ello aunque una parte del riesgo lo haya asumido el poder o entidad adjudicadora y a excepción de que haya un riesgo imprevisible como a continuación se expone.

En cuanto a qué tipo de riesgo está tratando la directiva de concesión de servicios cuando se refiere a “riesgo operacional de carácter económico”, no se trata de aquel riesgo vinculado a una posible mala gestión del servicio, o que derive de algún incumplimiento del contrato por parte del operador económico o de casos de fuerza mayor ya que estos se encuentran en cualquier clase de contrato. Más bien se refiere a un riesgo de que puedan producirse en el mercado ciertas modificaciones en la demanda o en el suministro del servicio del mismo o incluso la combinación de ambos, como puede ser el caso de que la demanda de ese servicio caiga debido a una repentina situación de crisis o recesión económica como la actual.²⁷

Más concretamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia de 10 de marzo de 2011 (as. C-274/09)²⁸ dice que dentro del riesgo de explotación económica del servicio se incluyen:

²⁶ Vid HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado” Ponencia presentada al X congreso de la AEPDA, Madrid, 2015, p 10.

²⁷ Vid Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016, Expediente 1.116/2015, p 74

²⁸ Vid VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *REALA* n. 2 (2014), p 14

1. Todo lo relativo a las incertidumbres del mercado, como posibles inestabilidades económicas y recesiones.
2. La competencia que tenga de otros operadores económicos en el sector, siempre dentro de la competencia leal.
3. Un posible desajuste entre la oferta y la demanda, como puede ocurrir en el caso de que bajen el número de consumidores o demandantes del servicio.
4. Insolvencia de los deudores que tenga el operador económico como consecuencia de la prestación del servicio económico.
5. Que con los ingresos recibidos de la explotación del servicio no sea suficiente para cubrir los gastos necesarios para llevarlos a cabo
6. Los posibles daños que pueda causar el operador económico en el desarrollo del servicio debido a una irregularidad.

De esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sacamos los siguientes párrafos que aclaran el sentido del término del riesgo de explotación económica del servicio, así se dice que:

“... debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio” (cdo 37).

y finalmente explica el Tribunal que:

“cuando la remuneración del operador económico elegido corre íntegramente a cargo de personas distintas de la entidad adjudicadora que ha otorgado el contrato relativo a servicios de socorro y el operador económico asume un riesgo de explotación, aunque sea muy limitado, debido en particular al hecho de que el importe de los precios por la utilización de los servicios de que se trata depende del resultado de negociaciones anuales con terceros y no se le garantiza la cobertura íntegra de los costes

soportados en el marco de una gestión de sus actividades conforme a los principios establecidos por el Derecho nacional, dicho contrato debe ser calificado de contrato de «concesión de servicios» en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esta Directiva.» (cdo 48).

Como la concesión se realiza por un plazo amplio, la propia Directiva de concesiones plantea situaciones en las que se permite la modificación de la concesión ante posibles riesgos imprevisibles. La cuestión central radica en saber en qué casos estos riesgos son imprevisibles y en qué casos no lo son, entendiéndose como imprevisibles, de un modo general, aquellas situaciones que el operador económico no pudo prever.

Se permitirá entonces una modificación de la concesión siempre y cuando no cambie el carácter global de la concesión y el posible aumento de valor no supere el 50% del valor de la concesión original²⁹. A pesar de todo ello la directiva también prohíbe la modificación de la concesión si esta altera el equilibrio de la prestación a favor del concesionario (art 43.4 b. TRLCSP)

Cabe destacar que los aquellos contratos que no conlleven la transferencia al concesionario de la responsabilidad de explotación en los términos expuestos no tendrán la consideración de concesión y quedan excluidos del ámbito de la directiva de concesión de servicios.

El riesgo de desarrollar el servicio tiene dos caras diferenciadas y marcadas de una parte por el operador económico y de otra por el poder o entidad adjudicadora.

Por una parte un exceso del riesgo que recaiga en el operador económico equivaldría a un encarecimiento del precio que estaría dispuesto a pagar el sector privado económico para el desarrollo del servicio y que en un último extremo lo haría inviable al ser un riesgo muy elevado y por tanto su precio y como consecuencia ningún operador económico se interesaría en invertir en este ámbito.

Por otra parte si el exceso del riesgo de desarrollar la explotación del servicio recae en la administración, esto equivaldría a un mayor endeudamiento y con ello un mayor desequilibrio presupuestario.

²⁹ Vid GARCÍA RUBIO, F. “La directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España”, *Diario del derecho municipal* estudios y comentarios 02/02/2015, p 8.

Por tanto lo más razonable es a través del estudio de un reparto equitativo de los riesgos de la explotación, desde el punto de vista que los asuma en mayor medida quien más pueda soportarlos, y que con ello no haya desequilibrios en la explotación del servicio.

4. La Directiva de concesiones y su transposición en España

4.1. Anteproyecto de la ley de contratos del sector público de 17 de abril de 2015

En este punto, para la correcta transposición de la Directiva 2014/23, el legislador estatal se encuentra ante dos posibilidades: por una parte, la posibilidad de crear una normativa específica donde se regulen las concesiones (concesiones de obras y servicios), y por otra, la aprobación de una nueva Ley de Contratos del Sector Público que regule los los diferentes tipos contractuales recogidos por las Directivas comunitarias (obras, servicios, suministros, concesiones).

En este sentido, contamos con un borrador de Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015 redactado con la finalidad –una vez aprobado como Ley- de adaptar la normativa existente a las exigencias de las directivas europeas, tanto a la de Contratos en general (2014/24) como a la Directiva 2014/23 UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Siguiendo con la exposición de motivos del Anteproyecto de la Ley de contratos del sector público, en ella se establecen los objetivos y los fundamentos que tiene este Anteproyecto y que pasamos a desarrollar:

El Anteproyecto tiene como objetivo principal regular la actividad contractual del sector público en España y garantizar que esta actividad se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones por parte de operadores económicos, a la publicidad y la transparencia de los procesos, y a la no discriminación e igualdad de trato entre los posibles candidatos, así como a los principios de control del gasto y de eficiencia para una estabilidad presupuestaria: esto se lograría, entre otros medios, mediante la necesidad de la exigencia previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia en el mercado y la selección de la mejor oferta económicamente hablando.³⁰

³⁰ Vid Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015, Exposición de motivos, pp 31 y ss.

Hay que reflejar que en la actualidad en nuestro país nos encontramos en una situación legislativa marcada por la llamada “Estrategia Europa 2020” en cuyos objetivos la contratación pública desempeña una función esencial, puesto que se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que se tienen que utilizar como medio para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en la Unión Europea, garantizando también un uso más racionalizado de los fondos públicos que se disponen.

En este marco aparecen las tres directivas comunitarias de contratación de 2014, que son la Directiva 2014/24UE sobre contratación pública, la Directiva 2014/25UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, energía, transportes y servicios postales (los llamados “sectores especiales”) y la Directiva 2014/23UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Esta última, como decimos, es la que tratamos en este trabajo.

Los objetivos que inspiraron la redacción del anteproyecto eran: por una parte conseguir una mejor relación calidad-precio, y por otra, simplificación de trámites, mediante un proceso de licitación menos complejo. Para conseguir el primer objetivo (una mejor relación calidad-precio) se añaden nuevas consideraciones en materia de contratación y los órganos de contratación pueden priorizar la calidad, las consideraciones medioambientales, los aspectos sociales y la innovación. Para alcanzar el segundo objetivo - simplificar los trámites- se intenta reducir el peso de la burocracia a los licitadores y un amplio y mejor acceso a las PYMES. Y evidentemente el proceso debe ser más simple para así reducir la carga administrativa de los operadores económicos que intervienen, ayudando con ello tanto a los licitadores como a los órganos de contratación.

Es conveniente y muy importante en este punto señalar que mediante esta nueva Ley de contratos de sector público se introducen en el ordenamiento jurídico español las dos directivas de 26 de febrero de adjudicación de contratos de concesión y de contratación pública. Ahora bien, aunque la trasposición de estas directivas comunitarias es el objetivo principal de esta Ley, no es el único motivo para su redacción, ya que esta nueva regulación proyecta un nuevo sistema de contratación pública más eficaz y transparente (según la exposición de motivos), para así mejorar y poder cumplir con más eficiencia los objetivos públicos mencionados, tanto mediante la satisfacción de las necesidades de los órganos de contratación como a través de la mejora de las condiciones de los operadores económicos y un servicio público más eficaz para los usuarios.

Además el citado anteproyecto busca aclarar las normas vigentes para reforzar la seguridad jurídica de los operadores y quiere utilizar la contratación pública como un medio para introducir las políticas europeas y nacionales en materias sociales, medio ambiente, I+D y promoción de Pequeñas y Medianas Empresas, de acuerdo con el planteamiento que hace ya la vigente Ley de Contratos del Sector Público, que se vería potenciado en estos aspectos. Todas estas novedades se plantean siempre –de acuerdo con los objetivos del Anteproyecto- respetando y asumiendo la eficiencia en el gasto público y los principios de igualdad de trato, transparencia, no discriminación, proporcionalidad e integridad.

4.1.1 Novedades que establece el Anteproyecto de Ley:

Cabe destacar, como novedades que se han introducido en la normativa contractual, en primer lugar la regulación específica del contrato de concesión, ciñéndose a las previsiones de la Directiva 2014/23; además, la regulación del contrato mixto, hasta ahora limitado a una breve referencia normativa y, en tercer lugar, la eliminación del contrato de colaboración público privada, que carecía de regulación específica en las Directivas comunitarias y que se introdujo, con escaso éxito (a la luz de su futura derogación) en la vigente Ley de Contratos.³¹

Aprovechando la introducción del régimen concesional genérico, el Anteproyecto suprime el contrato de gestión de servicio público, y con él, la regulación de los distintos modos de gestión indirecta de los servicios públicos del artículo 277 del vigente Texto Refundido. Por lo tanto rompe con todo lo anterior radicalmente, dejando tan solo subsistente la concesión aunque este tipo genérico pasará a concretarse en dos especies contractuales, que son la concesión de obras y la concesión de servicios. Respecto a esta supresión de los contratos de gestión indirecta, hablaremos más adelante sobre la conveniencia o no de su desaparición y sobre si realmente es necesaria esta supresión para el cumplimiento de las exigencias de las Directivas europeas.

En lo que se refiere al contrato mixto, se regirá por las normas correspondientes al contrato que contenga la prestación principal, de acuerdo con lo que ha sido el criterio tradicional en la regulación contractual española.

³¹ Vid Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015, Exposición de motivos, pp 35-37.

Y, en lo que se refiere al contrato de colaboración público privada, su supresión –siempre en términos del preámbulo del Anteproyecto– viene dada como consecuencia de la escasa utilidad en la práctica.

Es de destacar que el contrato de gestión de servicios públicos es una categoría desconocida en el Derecho europeo en materia de contratación pública. Para el Derecho comunitario de contratos, la prestación de los servicios se hará bien mediante concesión o bien mediante el contrato de servicios, dependiendo de si hay transferencia del riesgo operacional o no.

- a) Respecto a los contratos de servicios, es la Directiva 2014/24 UE la que se encarga de regular todo lo relativo a la preparación y adjudicación de estos tipos de contratos, que se encontrarán sometidos plenamente a la Directiva siempre y cuando sobrepasen el umbral comunitario establecido.
- b) Para los contratos de concesión de servicios es la Directiva 2014/23 UE la que se encarga de su regulación, en la cual se establece libertad de administración de las autoridades públicas (en su artículo 2), libertad para definir los servicios de interés económico general (artículo 4) y establece también una gran variedad de exclusiones (en sus artículos 10 a 17).

En este punto, los redactores, al elaborar el anteproyecto, piensan que es necesario una nueva Ley de Contratos del Sector Público para adaptar la regulación española a las normas comunitarias, concretamente a las Directivas citadas, y por ello eliminan los contratos de gestión indirecta conocidos (Gestión interesada, Concierto y sociedad de economía mixta) exceptuando la concesión. Y además, como acabo de señalar, elimina el contrato de colaboración público privada, entendiendo para ello que no es de utilidad en la práctica.

Siguiendo a Francisco L. Hernández González en su trabajo³², los diversos modos de gestión indirecta de servicios existentes hasta el día de hoy deberán pasar a ser, bien concesiones, bien contratos de servicios, dependiendo de si existe transferencia de riesgo de explotación o no.

³² Vid HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 60 (2016), pp 56 y 57.

En el caso de la gestión interesada se tipificaría como contrato de servicios al ser un tipo contractual en el que se comparte el riesgo de explotación entre el particular y la Administración.

Respecto al concierto, encontramos más dificultad para su tipificación bien como contrato de servicios o como concesión de servicios. Y para determinar en concreto su nueva naturaleza hay que estar a la transferencia de riesgo de explotación en cada caso concreto. Y es que ante la ausencia de transferencia del riesgo operacional habría que tipificarlo como un contrato de servicios, porque de conformidad con las normas comunitarias, todo contrato oneroso que tenga por objeto la realización de una prestación consistente en alguna de las actividades enumeradas en el Anexo II de la Directiva debe calificarse como contrato de servicios.

Debido a los sectores a los que se dirige el concierto, debería configurarse como un contrato de servicios, pero, la Disposición Adicional 20ª del Anteproyecto califica como “*contratos de concesión de servicios*” a “*los conciertos que tengan por objeto la prestación de servicios de asistencia sanitaria y farmacéutica*”. Tampoco puede decirse, por tanto, que todos los conciertos sean contratos de servicio: hay que estar a cada contrato, a su contenido en concreto y a las previsiones legales sobre su regulación.

Respecto a la sociedad de economía mixta, hay que diferenciar la constitución de la misma de la adjudicación que la Administración contratante hace de la prestación de un servicio a dicha sociedad. La constitución de la entidad societaria no entra dentro del ámbito de las directivas, y la adjudicación se somete a la legislación contractual y tiene que respetar las normas sobre contratación pública. Finalmente, saber si se trata de un contrato de servicios o una concesión de servicios no tiene mayores problemas: hay que estar a la transferencia del riesgo de explotación y encuadrar el contrato en consecuencia.

Aparece también en la Ley una nueva regulación de los contratos de la Administración con sus “medios propios”³³, es decir, de los llamados “contratos domésticos”, encomiendas de gestión o aplicación de la llamada técnica “*in house providing*”. Esta técnica pasa a

³³ Vid Anteproyecto de la Ley de Contratos del Sector Público de 17 de abril de 2015, Exposición de motivos, pp 35 y 36.

denominarse a partir de ahora “encargos a medios propios³⁴” donde se hallan los casos de contratos entre entidades del sector público. Se aumentan las exigencias que deben cumplir estas entidades para evitar adjudicaciones directas que podrían menoscabar el principio de la libre competencia.

No olvidemos que esto es solo un Anteproyecto de Ley inspirado en las ideas comunitarias y que pretende conseguir un alejamiento de las concesiones de servicio respecto de los contratos públicos clásicos. Para ello se basa esta normativa comunitaria según Stéphane Braconnier en tres pilares, que son: la noción de riesgo de explotación, un procedimiento de adjudicación caracterizado por la libre negociación y elección del órgano contratante y normas de ejecución que respeten el carácter incompleto y evolutivo de las concesiones.

4.1.2 Los nuevos contratos de concesión de servicios y el contrato de servicios:

Una vez explicado lo que se entiende por “Riesgo de explotación económica del servicio”, debemos aludir a la diferencia que existe entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios en el nuevo Anteproyecto.

La diferencia fundamental entre estos dos tipos de contratos es que el contrato de concesión de servicios públicos implica siempre la transferencia al concesionario del riesgo operacional de carácter económico a diferencia del contrato de servicios, en el que no hay transferencia del riesgo operacional al concesionario. Esto se trata en el Anteproyecto en el artículo 15 relativo al contrato de concesión de servicios, concretamente el apartado segundo: *“El derecho de explotación de los servicios implicará la transferencia al concesionario del riesgo operacional, en los términos señalados en el apartado cuarto del artículo anterior.”*

Y acudiendo al artículo 14 en su apartado cuarto se dice lo que es el riesgo operacional:

“Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el mismo vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una

³⁴ El término “encargo” es más acertado que el de “contrato”, pues su naturaleza jurídica no es la de un contrato, por falta de alteridad, ya que el “medio propio” viene a ser una organización dependiente de la Administración que hace el encargo. Por eso, a pesar de que se les denominara contratos “domésticos”, la terminología no era correcta, y con este nuevo término se elimina la posible confusión.

exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”.

Este riesgo, como se explica aquí, conlleva la posibilidad de que no recupere las inversiones realizadas ni cubra los costes que haya sufragado para explotar las obras o los servicios adjudicados en condiciones normales de funcionamiento, si bien parte del riesgo siga asumiéndolo el poder o entidad adjudicador. Esto se regula en la Directiva 2014/23 UE en el artículo 5.1.b):

”La adjudicación de las concesiones de obras o servicios implicará la transferencia al concesionario de un riesgo operacional en la explotación de dichas obras o servicios abarcando el riesgo de demanda o el de suministro, o ambos. Se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable”

Por tanto este es el punto diferenciador de estos dos tipos contractuales, es decir, la transferencia del riesgo operacional. Y sustituye a la anterior distinción entre contrato de servicios y contrato de gestión de servicios públicos.³⁵

Por tanto, todo servicio cuya prestación se encargue por un poder adjudicador a un particular, sea o no servicio público, si no implica una transferencia del riesgo de explotación, será un contrato de servicios a los efectos del derecho europeo de contratos públicos.³⁶

Antes de este anteproyecto, de acuerdo con el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, el elemento que definía a la concesión de servicios públicos era principalmente la naturaleza de la prestación objeto del contrato, es decir, un servicio público de contenido económico que puede ser gestionado por los particulares.

³⁵ Vid RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *Revista de Administración Pública* n. 196 (2015).p 133

³⁶ Vid GONZÁLEZ DELEITO, N. “La gestión indirecta de los servicios públicos tras efecto directo de las Directivas de contratos de 2014”, *Actualidad Administrativa* n°6 Junio 2016, editorial La ley, pp 5 y 6.

Por lo tanto en esta época se relacionaba a la concesión de servicios con su objeto, es decir, un servicio público. Y a la inversa, no cabía identificar la prestación de un servicio público con través de un contrato de servicios (servicios que se dirigen, no al público en régimen de igualdad, universalidad, etc, sino a la Administración o al personal a su servicio).

El nuevo Anteproyecto también explica que el contrato de concesión de servicios se caracteriza porque la contraprestación que recibe el concesionario es el derecho a explotar los servicios, o bien este derecho acompañado de un precio, (véase artículo 15). Mientras que por otra parte el contrato de servicios tiene como objeto prestaciones de hacer que tienen como resultado un fin distinto a una obra o un suministro.

Hay que destacar que lo que ha reconocido el Anteproyecto es una equivalencia de lo que en la actual y vigente Ley de contratos del Sector Público se entiende por contrato de gestión de servicios públicos, con el contrato de concesión de servicios regulado en el Anteproyecto. Dicho de otro modo, el régimen del contrato de concesión de servicios es heredero del actual contrato de gestión de servicios públicos. Esto se ve con claridad en la disposición adicional trigésima sexta del anteproyecto donde se dice:

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

4.1.3. Distorsiones que plantea el Anteproyecto y diferentes soluciones:

Volviendo sobre la base de que la nueva distinción de estos dos tipos contractuales (contrato de concesión de servicios y contrato de servicios) es la transferencia del riesgo operacional al concesionario, se diluye la antigua distinción que consistía en si el servicio en cuestión es un servicio público o no. Esto ha dado lugar a diversas distorsiones o problemas.³⁷

Entre estas distorsiones, encontramos dos principales:

- 1) Que en el contrato de concesión de servicios encontramos el mismo régimen que se aplicaba a los contratos de gestión de servicios públicos y existe la posibilidad de que pueda tener por objeto servicios que no sean servicios públicos.

³⁷ Vid Dictamen del Consejo de Estado de 10 de marzo de 2016, Expediente 1.116/2015, pp 77-79.

- 2) Que en el contrato de servicios no se aplican las garantías propias de los servicios públicos, en concreto de sus principios básicos tales como garantizar la continuidad del servicio público, la igualdad de acceso a la prestación y su universalidad.

Y es que no se articulan en el contrato de servicios prescripciones como son la inembargabilidad de los bienes afectos al servicio público (art. 289.3), la intervención o también llamado secuestro relacionado con el posible incumplimiento del contratista (art. 291), o también la causa de supresión del servicio por razón de interés público (art. 292 c).³⁸ En concreto, la inembargabilidad de los bienes afectos al servicio público la encontramos en el juego del art. 5 con el artículo 30 de la Ley 33/2003 de Patrimonio de las Administraciones Públicas. Según el art. 5.1, el cual dice: “*Son bienes de dominio público los que, siendo de titularidad pública, se encuentren afectados al uso general o al servicio público (...)*”; y el art. 30 completa el régimen de dichos bienes: “*1. Los bienes y derechos de dominio público o demaniales son inalienables, imprescriptibles e inembargables.*”. Por lo tanto, los bienes públicos afectados a la prestación de un servicio público gozan de los beneficios de la inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Además, en los citados contratos de servicios, la Administración no puede ejercitar las potestades que sí están reguladas en la actual Ley de Contratos del Sector Público en el contrato de gestión de servicios públicos, tales como la potestad de ordenación y dirección del servicio público o de control sobre el mismo (art. 279.2 TRLCSP: “*En todo caso, la Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate*”).

Finalmente, en los contratos de gestión de servicios públicos la Administración puede rescatar el servicio por razones de oportunidad, algo que -lógicamente- no está previsto en los meros contratos de servicios, porque dichos servicios no son “públicos” sino propios de los empresarios contratistas. El rescate se recoge expresamente en el art. 287.2 TRLCSP: “*Por razones de interés público la Administración podrá acordar el rescate del servicio para gestionarlo directamente*”.

³⁸ Vid GONZÁLEZ DELEITO, N. “La gestión indirecta de los servicios públicos tras efecto directo de las Directivas de contratos de 2014”, Actualidad Administrativa nº6 Junio 2016, editorial La ley, p 13.

Ante estos problemas del Anteproyecto, hay diferentes soluciones planteadas, entre las que se pueden destacar, por una parte, a) la de reinsertar el contrato de gestión de servicios públicos, o bien, b) la de mantener la tipificación contractual que sugiere el anteproyecto, o, finalmente, c) que el contrato de servicios cuando recaiga sobre un servicio público adopte las formas de gestión indirecta de servicios públicos (gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta).

- A) Respecto a la posibilidad de reinsertar el contrato de gestión de servicios públicos, bajo mi punto de vista, si se refiere a mantener este tipo contractual como está en la actualidad, es una posición muy correcta y yo creo que la más acertada de las planteadas debido a que este modo de gestión de servicios públicos ha sido el utilizado en nuestro ordenamiento jurídico, y de hecho sigue utilizándose. Y respeta los principios de todo servicio público relativos a la continuidad del servicio, igualdad de acceso y universalidad, además de que no vulnera los nuevos objetivos marcados por las Directivas Comunitarias. Con lo que frente a estas dificultades que plantea el nuevo anteproyecto, en mi opinión, la posición de seguir manteniendo la regulación del contrato de gestión de servicios públicos es una opción acertada y que cumple con los objetivos que marca la normativa europea.

- B) Otra posibilidad sería la de mantener la tipificación contractual del anteproyecto, pero eso sí, con la regulación necesaria para el supuesto de que el servicio que se vaya a prestar no sea un servicio público. Por tanto habría que establecer una regulación tanto para el contrato de concesión de servicios como para el contrato de servicios, sobre todo en referencia a los efectos, extinción y cumplimientos para el caso de que el servicio prestado no sea servicio público. Esto llevaría a admitir únicamente una de las figuras de la gestión indirecta de los servicios públicos, es decir, admitir la concesión, pero derogando el resto de modalidades vigentes.

- C) Finalmente, otra posibilidad consistiría en la posibilidad de que cuando el contrato de servicios recaiga en un servicio público, adopte la forma de la gestión interesada, el concierto o la sociedad de economía mixta. Con ello se salva la disfunción de cuando se tenga que aplicar este tipo contractual a los servicios públicos cuando no haya transferencia del riesgo operacional (que es cuando se aplicaría este tipo contractual) y con ello se está salvando la falta de previsión legal respecto al contrato de servicios cuando recae sobre un servicio público, ya que no establece

las garantías propias de los servicios público, y con esta solución se salvaría este problema.

Con esta última posible solución se estaría volviendo a incluir los modos de gestión indirecta que el mismo anteproyecto está intentando hacer desaparecer del ordenamiento, lo que resulta un poco incongruente por parte del redactor del Anteproyecto, si a la vez que intenta excluir de la regulación de los contratos del sector público los modos de gestión indirecta de los servicios públicos, busca salvar las garantías del servicio público para el caso de que a través de un contrato de servicios se preste un servicio público (es decir cuando no se transfiere el riesgo operacional) mediante la adopción de la forma de gestión interesada, concierto o incluso la sociedad de economía mixta. La incongruencia es clara, pues pretende salvar esta disfunción mediante la aplicación de lo que el mismo anteproyecto elimina de la regulación de los contratos, con lo que no parece una solución adecuada.

Por último cabe destacar otra posible solución, muy interesante respecto a la adaptación de la normativa al cumplimiento de las exigencias comunitarias, la que propone Francisco L. Hernández González³⁹. Esta solución pasaría por llevar a cabo una refundición del régimen actual de los contratos de gestión de servicios públicos. Para ello sugiere la subsistencia de tres tipos contractuales:

- 1- Contrato de servicio público, entendido como aquel contrato de gestión de servicios públicos en el que el riesgo operacional recae sobre la autoridad contratante.
- 2- Concesión de servicio público, la diferencia con el anterior es la transferencia del riesgo operacional al concesionario.
- 3- Concierto con fines sociales, sanitarios y educativos (los cuales según el Anteproyecto se calificarían como contrato de concesión de servicios) que pasaría a ser un tipo contractual nuevo en este sentido y resolviendo así la problemática del Anteproyecto.

³⁹ Vid HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 60 (2016), p 57.

4.1.4 Objetivos de la Directiva 2014/23UE y modificaciones en el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público.

Seguimos de cerca a Francisco L. Hernández González en uno de sus trabajos sobre este tema en los que trata la ordenación que introduce la Directiva 2014/23 UE en los contratos de concesión y las posibles modificaciones de la actual ley⁴⁰. En cuanto a los puntos conflictivos a modificar y siguiendo de cerca los que plantean dudas sobre cómo deberían de quedar regulados, son los siguientes:

1. En primer lugar, si hay que mantener la normativa actual que diferencia las concesiones de obras y servicios.

La duda es si mantener esto tal y como está o seguir el modelo que sigue la Unión Europea. La normativa comunitaria lo que hace es llevar a cabo una regulación común de ambas, distinguiendo estas dos categorías del resto de contratos públicos y además incidiendo en la transferencia de riesgos hacia el concesionario.

Como vemos, en España, en nuestra actual Ley de Contratos del Sector Público, se regula la concesión de obras en el artículo 7 en su apartado primero:

“La concesión de obras públicas es un contrato que tiene por objeto la realización por el concesionario de algunas de las prestaciones a que se refiere el artículo 6, incluidas las de restauración y reparación de construcciones existentes, así como la conservación y mantenimiento de los elementos construidos, y en el que la contraprestación a favor de aquél consiste, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado del de percibir un precio.”

Y el contrato de concesión de servicios en el artículo 277 del TRLCSP en que se define la concesión de servicio dentro del contrato de gestión de servicios públicos como aquella figura contractual *“por la que el empresario gestionará el servicio a su propio riesgo y ventura.”*

En nuestra historia legislativa estos dos contratos han ido separados y lo que se propone ahora con el Anteproyecto de Ley es que se mantenga el contrato de concesión como género y pase este a desglosarse en dos categorías, la concesión de obras y la concesión de servicios. Aunque hay que recordar que, hasta ahora, estos contratos han estado siempre regulados de forma independiente y, de acuerdo con Francisco L. Hernández, ambos

⁴⁰ Vid HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado” Ponencia presentada al X congreso de la AEPDA, Madrid, 2015, pp 42-44.

tienen peculiaridades en cuanto a su adjudicación, ejecución, régimen económico, extinción etc.

Y como ya opinaba Razquin Lizarraga, hablando del concepto de concesión, ya no se diferencian los contratos de concesión y los contratos de servicios en la nueva Directiva 2014/23 en base a su objeto, sino más bien en base al riesgo operacional, a la transferencia del riesgo operacional del concedente al concesionario, aunque este sea limitado. Por tanto será el concepto de riesgo operacional la piedra angular del sistema y como punto de distinción entre estos contratos.

2. Si es necesario modificar la diferencia que hay entre los contratos de servicios y contratos de gestión de servicios públicos.

En nuestra actual Ley los contratos de servicios se regulan en el artículo 10 del TRLCSP:

”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.”

Y por otra parte el contrato de gestión de servicios públicos, marcado por su gran indefinición, se regula en el artículo 8 TRLCSP, el cual dice:

“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.”

Teniendo en cuenta esta regulación, otro problema que se plantea tras la entrada en vigor de la Directiva 2014/23 UE es si conviene revisar esta distinción que recoge nuestra legislación española ente contratos de servicios y contratos de gestión de servicios públicos, la cual es ajena al Derecho Europeo.

Sobre este punto se pronuncia muy bien el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, que -siguiendo a las Directivas europeas- procede a eliminar el contrato de gestión de servicio público y con él obviamente los diferentes modos de gestión indirecta de los

servicios públicos (gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta) excepto el contrato de concesión, como hemos dicho.

Por tanto, quedaría subsistente el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios. La diferencia entre ambos sería, no el modo de gestión, sino la transferencia del riesgo operacional al concesionario.

3. Si es necesario suprimir la sociedad de economía mixta como una variante de contrato de gestión de servicios públicos.

En este punto, como se ha señalado mas arriba, Francisco L Hernández señala que hay que distinguir entre lo que es la constitución de una empresa mixta regulada por la legislación de patrimonio de las Administraciones públicas, de lo que es una adjudicación de una prestación de un servicio a dicha empresa mixta, adjudicación que se regula por la legislación contractual.

Es evidente la importancia del respeto a las normas de contratación por parte del Poder adjudicador, ya que la sociedad de economía mixta está constituida por el poder o entidad adjudicadora y un operador económico.⁴¹; el riesgo de la falta de objetividad es claro: de ahí la conveniencia de extremar el cuidado en la aplicación de la normativa de contratación.

Por otra parte, hay que señalar también que la constitución de la sociedad de economía mixta y la adjudicación del contrato se pueden tramitar de forma conjunta, y la selección del socio privado debe respetar la normativa sobre contratación, tal y como se establece esto en la D.A vigésimo novena donde se dice:

“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 esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y en su caso, las relativas al contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado, 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.”

⁴¹ Vid STJ de 22 de diciembre de 2012, asunto C-215/09. Mehilainen Oy.

Estas exigencias mencionadas en las directivas citadas, se dirigen a garantizar la eficiencia del gasto público, respetar los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad y, en definitiva, a diseñar un sistema de contratación pública más eficiente, transparente e íntegro. Todas estas exigencias ya se encuentran en nuestra actual regulación de contratos públicos, con lo que cabría preguntarse si realmente es necesaria esta modificación de la Ley para adaptarla a la normativa comunitaria, o si en verdad no es necesaria porque que nuestra Ley ya incluye estas exigencias y que más bien se trata de un capricho del legislador.

Como opinión personal creo que la Ley de Contratos del Sector Público actual no necesita urgentemente una modificación derivada de la trasposición de las Directivas comunitarias ya que todas estas exigencias que he mencionado se encuentran ya en la actual Ley de Contratos del Sector Público. Si observamos el artículo 2 de la Directiva 2014/23 UE deja libertad a los Estados miembros para organizar los servicios públicos como crea conveniente (art 30.1) siempre dentro del respeto a los principios derivados del TFUE como son la igualdad de trato, no discriminación, transparencia, y libre circulación de personas (Cdo. 61 y art 31.2). Esto supone que las Administraciones pueden optar por prestar dichos servicios directamente o hacerlo a través de la gestión indirecta. Ahora bien, si se elige la gestión indirecta, será preciso asegurar el cumplimiento de los principios arriba señalados. Y estos principios están recogidos en la vigente Ley de Contratos del Sector Público, ya que no se discrimina y hay igualdad de trato respecto a los licitadores, al igual que transparencia en el procedimiento de adjudicación (véase artículo 139 LCSP).

En efecto, como señala Iñigo Aliaga Moreno⁴², la Directiva tiene unos fines de modernizar el régimen jurídico de los contratos públicos para garantizar la eficiencia de los fondos públicos, con los objetivos de transparencia con la publicación de los contratos públicos en el DOUE, incrementar la eficacia de los procedimientos de contratación mediante su flexibilización y simplificación y facilitar la participación de las PYME y otros operadores económicos.

A) Por una parte, la Directiva persigue unos objetivos que son limitar la discrecionalidad que disponen los órganos de contratación y para ello establece unas

⁴² Vid ALIAGA MORENO, I., “La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas directivas europeas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 45-46, Zaragoza, 2015,

obligaciones de criterios de selección (artículo 38) mediante la exigencia de aplicar criterios objetivos. Y criterios de adjudicación (artículo 41).

Considero que nuestra actual Ley cumple con la exigencia de que los procedimientos de selección y adjudicación se lleven a cabo mediante criterios objetivos. Así se desprende del Artículo 163 TRLCSP (Criterios para la selección de candidatos):

“1. Con carácter previo al anuncio de la licitación, el órgano de contratación deberá haber establecido los criterios objetivos de solvencia, de entre los señalados en los artículos 75 a 79, con arreglo a los cuales serán elegidos los candidatos que serán invitados a presentar proposiciones.

Los criterios o normas objetivos y no discriminatorios con arreglo a los cuales se seleccionará a los candidatos, (...) se indicarán en el anuncio de licitación”.

Además hay que contar con la previsión del Artículo 186 TRLCSP:

“En caso de que se decida limitar el número de participantes, la selección de éstos deberá efectuarse aplicando criterios objetivos, claros y no discriminatorios”

B) Por otra parte, la Directiva busca que la adjudicación de los contratos sea transparente y no discrimine y que haya igualdad de trato. Y que al no contener un catálogo de procedimientos concretos permite a los Estados miembros libertad para llevarlo a cabo, pudiendo elegir el procedimiento siempre que respete los principios de contratación comunitarios (véase considerando 8º).

Se pretende, pues, que haya transparencia en el procedimiento de adjudicación e igualdad de trato de los candidatos y licitadores con el fin primordial de evitar los conflictos de intereses y las posibles irregularidades derivados de esto, es decir evitar el fraude, favoritismos y en definitiva evitar la corrupción (véase considerando 61º) y a mayores regulado en el Artículo 3 relativo al principio de igualdad de trato, no discriminación y transparencia:

“1. Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras darán a los operadores económicos un trato igualitario y no discriminatorio y actuarán de forma transparente y proporcionada.

2. Los poderes adjudicadores y entidades adjudicadoras tendrán como objetivo garantizar la transparencia del procedimiento de adjudicación y de la ejecución del contrato”.

Respecto a estos objetivos de transparencia y no discriminación de los que habla la Directiva 2014/23UE, en mi opinión también se encuentran detallados en la actual Ley de Contratos del Sector Público. Concretamente estas condiciones de transparencia y no discriminación en el procedimiento de adjudicación se encuentran en la Ley de Contratos del Sector Público en el artículo 139, donde se dice:

“Los órganos de contratación darán a los licitadores y candidatos un tratamiento igualitario y no discriminatorio y ajustarán su actuación al principio de transparencia”.

Con lo cual en este sentido y estos objetivos en concreto que exige la Directiva europea ya se encontraría en nuestra Ley actual. Pero lo que sí aclara la directiva, en el sentido de conseguir la transparencia en los procesos, es la necesidad de publicar los contratos públicos en el DOUE (Diario Oficial de la Unión Europea). Y en este sentido si que considero que habría que regular esta exigencia en beneficio de una mayor transparencia de los procesos (si bien con la actual LCSP ya hay bastante transparencia)

C) Además, la normativa comunitaria pretende extender el ámbito de aplicación de las Directivas sobre recursos a los contratos de concesión que superen el umbral comunitario para que pueda garantizarse la posible impugnación de la decisión de adjudicación.

Esta exigencia también se encuentra en nuestra Ley, concretamente en los artículos 31 y siguientes del TRLCSP relativos a la invalidez y nulidad. Y más concretamente en el artículo 40.2 c el cual trata sobre la posibilidad de recurrir los acuerdos de adjudicación, con lo que parece cumplir esta exigencia comunitaria, artículo 40.2.c): “2. Podrán ser objeto del recurso los siguientes actos: (...)c) Los acuerdos de adjudicación adoptados por los poderes adjudicadores.”

D) Finalmente, la citada Directiva de concesiones busca que haya publicidad, y se materializa en los anuncios de concesión (artículo 30). Y plantea dos tipos de publicidad: un anuncio de licitación y un anuncio de información previa para los servicios sociales y los del Anexo IV. Y la otra publicidad referida al anuncio de adjudicación que es obligado siempre aunque en algún caso pueden ser agrupados trimestralmente.

Así se recoge también en el TRLCSP en el Artículo 142 relativo a la convocatoria de licitaciones:

“1. Los procedimientos para la adjudicación de contratos de las Administraciones Públicas, (...) deberán anunciarse en el «Boletín Oficial del Estado». (...) Cuando los contratos estén sujetos a regulación armonizada, la licitación deberá publicarse, además, en el «Diario Oficial de la Unión Europea», 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».”

Muy importante también el artículo 192 TRLCSP relativo al régimen de adjudicación de contratos:

“1. Los entes, organismos y entidades del sector público que no tengan la consideración de poderes adjudicadores deberán ajustarse, en la adjudicación de los contratos, a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación”.

En resumen, estos objetivos que persigue la Directiva 2014/23UE no están enfrentados con los que se recogen actualmente en la Ley de Contratos del Sector Público ya que en nuestra Ley se cumplen estos objetivos ya que disponemos de unos procedimientos de adjudicación que no son contrarios a la normativa europea. Con lo que una reforma resultaría innecesaria. Considero que sería más productivo para nuestra legislación estatal añadir algunas exigencias como la necesidad de publicación de los contratos públicos en el DOUE y con ello creando mayor publicidad y transparencia en los procesos.

Pero nuestra actual Ley de Contratos del Sector público está inspirada también en los Servicios públicos y sus modos de gestión indirecta y que durante tantos años han estado vigentes en nuestro país, funcionando de un modo correcto. No creo, por eso, que sea necesario eliminar estos tipos contractuales ni los medios de gestión indirecta de los servicios públicos en base a la trasposición de una directiva europea. Pues en este sentido en el Derecho Comunitario no se trata del concepto de Servicio público como en España y esto es algo que no debería chocar con la Directiva. En todo caso debería servir esta normativa comunitaria para ampliar la normativa actual y mejorar los procesos de licitación y adjudicación de contratos en algunos puntos.

Hablando de servicios públicos (Concepto que no se nombra en la directiva) la propia directiva deja fuera de su ámbito en los artículos 10-17 a servicios considerados públicos en España, como son algunos de los incluidos en el sector del agua (artículo 12⁴³):

1. La presente Directiva no se aplicará a las concesiones adjudicadas a:

- a) la puesta a disposición o la explotación de redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable;*
- b) el suministro de agua potable a dichas redes.*

2. La presente Directiva tampoco se aplicará a las concesiones que se refieran a uno de los objetos siguientes o a ambos que estén relacionadas con una de las actividades contempladas en el apartado 1:

- a) proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje, siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje, o*
- b) eliminación o tratamiento de aguas residuales”.*

Además, excluye también otros ámbitos como los de transporte aéreo, parcialmente las concesiones en materia de defensa y seguridad, las demaniales, portuarias y aeroportuarias etc.

Frente a lo que aquí se ha venido defendiendo, Iñigo Allaga Moreno considera, sin embargo, que es necesario modificar la actual LCSP, para diferenciar el contrato de servicios y el contrato de concesión basándose en el criterio europeo del riesgo operacional y cumplir así la directiva. Además de necesitar aclarar cuando se tiene que proceder a la gestión directa o la indirecta de un servicio público. Además de regular el concepto de riesgo imprevisible y limitar la duración de las concesiones a la establecida en las directivas

⁴³ Como señala el Preámbulo en el n. 41, “En el sector del agua, las concesiones están sujetas a menudo a mecanismos específicos y complejos que requieren una consideración especial debido a la importancia del agua como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos de la Unión. Las características especiales de dichos mecanismos justifican exclusiones en el sector del agua ámbito de aplicación de la presente Directiva. La exclusión incluye las concesiones de obras y servicios para suministrar o explotar redes fijas destinadas a prestar un servicio al público en relación con la producción, el transporte o la distribución de agua potable o a suministrar agua potable a dichas redes. También debe excluirse, en la medida en que los servicios estén vinculados a una de las actividades mencionadas, la concesión de servicios para la evacuación o tratamiento de aguas residuales y para proyectos de ingeniería hidráulica, irrigación o drenaje (siempre que el volumen de agua destinado al abastecimiento de agua potable represente más del 20 % del volumen total de agua disponible gracias a dichos proyectos o a dichas instalaciones de irrigación o drenaje”

europas (no más de 5 años) y también garantizar el derecho del concesionario al mantenimiento del equilibrio del contrato.

E) Conclusiones

En mi opinión, la actual LCSP cumple perfectamente con la normativa europea prevista en la Directiva de concesiones, mediante ligeras modificaciones del régimen de los contratos de gestión de servicios públicos. No haría falta modificar los tipos contractuales de nuestra legislación estatal como pretende el Anteproyecto, si bien, como digo, cabría añadir y modificar aspectos para cumplir con estas exigencias que introduce la Directiva 2014/23 como las citadas necesidades de publicación de los contratos de gestión de servicios públicos en el DOUE para mejorar la transparencia y publicidad.

No olvidemos que esta directiva lleva a cabo una mínima regulación del procedimiento de adjudicación, dando toda la libertad a los Estados para llevarla a cabo siempre respetando los principios de transparencia igualdad de trato y no discriminación: así se expresa en el considerando 8º donde se limita a establecer: *“una coordinación mínima de los procedimientos nacionales para la adjudicación de estos contratos basada en los principios del TFUE a fin de garantizar la apertura de las concesiones a la competencia y una seguridad jurídica adecuada”*. Y esos principios están perfectamente salvaguardados en el procedimiento de adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos regulados por la Ley vigente, por lo que considero en este punto que la actual LCSP cumple con todo lo dicho en materia de adjudicación de contratos y respeta y logra superar los objetivos marcados por las Directivas europeas.

Por el contrario, si se eliminasen los modos de gestión indirecta de los servicios públicos que cumplen con la regulación actual, con los objetivos y exigencias marcados por las Directivas comunitarias, se estaría modificando el régimen español por otros motivos, pero no por la exigencia de trasposición de la citada Directiva, ya que, en mi opinión, la reforma que plantea el Anteproyecto está enfocada a una supresión de tipos contractuales que por alguna razón pretende eliminar, en vez de centrarse en adecuar las exigencias comunitarias en materia de procedimientos de adjudicación al régimen actual en España.

Siguiendo a Francisco L. Hernández González, llego a la misma conclusión de que el Anteproyecto, ante la eliminación del contrato de gestión de servicio público, no aclara ni fundamenta en ningún momento las consecuencias de esta supresión. Y también me parecen insuficientes las fundamentaciones de la necesidad de eliminar el contrato de gestión de servicios públicos dejando solo subsistente la concesión. En mi opinión, esto no

es necesario para adaptar la Ley a las exigencias comunitarias ya que nuestra actual Ley de Contratos del Sector Público cumple perfectamente con estas exigencias.

Y si la Unión Europea considera que España no cumple con las normativas europeas en su transposición (que creo sería suficiente para adaptarlo con unas pequeñas reformas, como la exigencia de publicación de los contratos de gestión de servicios públicos en el DOUE), la Comisión Europea podrá requerir al Estado español para que justifique su actuación y demuestre la adecuación de su normativa a la Directiva, y el Tribunal de Justicia, en su caso, condenar al Estado o reconocer la adecuación de la regulación española al Derecho comunitario. Pero lo más lógico para el legislador español es mantener en la medida de lo posible la legislación actual que funciona correctamente en nuestro país, a la luz del concepto de servicio público y sus métodos de gestión indirecta que han venido funcionando de un modo eficiente en nuestro sistema.

Bibliografía:

ALIAGA MORENO, I., “La regulación de las concesiones de obras y servicios en las nuevas directivas europeas”. *Revista Aragonesa de Administración Pública* ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015.

ARIÑO. G, DE LA CUÉTARA. JM, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. JL. *El nuevo servicio público*, Marcial Pons, Madrid 1997.

AYMERICH CANO, C. “Corrupción y contratación pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* ISSN 2341-2135, núm. 45-46, Zaragoza, 2015

DE LOS MOZOS. I. *Educación en libertad y concierto escolar*, Edit. Montecorvo, Madrid 1995.

FERNÁNDEZ GARCÍA. M^aY. *Estatuto Jurídico de los Servicios Esenciales Económicos en Red*, INAP, Madrid 2003.

GARCÍA RUBIO, F. “La directiva de concesiones y su impacto sobre la contratación local en España”, *Diario del derecho municipal* estudios y comentarios 02/02/2015.

GONZÁLEZ DELEITO, N. “La gestión indirecta de los servicios públicos tras efecto directo de las Directivas de contratos de 2014”, *Actualidad Administrativa* nº6 Junio 2016, editorial La ley.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, n. 60 (2016).

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F., “La nueva directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado” Ponencia presentada al X congreso de la AEPDA, Madrid, 2015.

LAGUNA DE PAZ. J.C *Régimen jurídico de la televisión privada*, Marcial Pons, Madrid 1994

MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ. JL “Nuevo sistema conceptual”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, n. 3 (1999), vol. *Privatización y liberalización de servicios*.

MENÉNDEZ GÓMEZ, E., “*Contratos del Sector Público: contrato de servicios*”, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

PARADA. R. *Derecho Administrativo II, Régimen jurídico de la actividad administrativa*, 21 edición, 2ª en editorial Open, Madrid 2014.

RAZQUIN LIZÁRRAGA, J.A., “La directiva 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *Revista Jurídica de Navarra*, n. 58 (2014).

RAZQUIN LIZÁRRAGA, M., “Las nuevas Directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *Revista de Administración Pública* n. 196 (2015).

SANZ RUBIALES. I. *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*. Universidad de Valladolid, 2004.

VILLALBA PÉREZ, F., “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, *REALA* n. 2 (2014).