

“DE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS A LAS CONCESIONES DE SERVICIOS. TÉCNICAS CONTRACTUALES INTERCAMBIABLES: DIFERENCIAS PRÁCTICAS Y DE RÉGIMEN JURÍDICO (I)

Jaime Pintos Santiago

Cuerpo Superior Jurídico de la Administración de Castilla-La Mancha

Fecha finalización del trabajo: 25-07-2015

ÍNDICE

1. LA FALTA DE REGULACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA DE LOS CONTRATOS DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS Y LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES DE SERVICIOS EN LA NUEVA DIRECTIVA RELATIVA A LA ADJUDICACIÓN DE CONTRATOS DE CONCESIÓN
2. ANTECEDENTES Y DIFERENCIAS DE RÉGIMEN JURÍDICO
3. CRITERIOS DIFERENCIADORES DE CARÁCTER PRÁCTICO
 - 3.1. La superación de los tradicionales elementos diferenciadores referidos al concepto de servicio público y a los destinatarios del servicio
 - 3.2. Otros criterios irrelevantes
 - a) La existencia de retribuciones adicionales a las realizadas por el poder adjudicador
 - b) La duración del contrato y la circunstancia de que su ejecución vaya acompañada de importantes inversiones iniciales
 - c) La autonomía del adjudicatario en la ejecución del contrato
 - d) La realización de obras accesorias
 - e) Que la propia entidad adjudicadora actúe como prestadora de servicios y que, a la vez, se subcontrate una parte de la actividad
 - 3.3. La organización del servicio y el riesgo y ventura. La cuestión del riesgo operacional en la nueva Directiva de adjudicación de contratos de concesión
 - 3.4. La retribución del servicio
4. CONCLUSIONES
5. PRINCIPALES SENTENCIAS, RESOLUCIONES E INFORMES ESTUDIADOS
 - 5.1. Jurisprudencia de la Unión Europea
 - 5.2. Jurisprudencia nacional
 - 5.3. Resoluciones y Acuerdos de los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales
 - 5.4. Informes de las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa
6. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN

La aprobación del TRLCSP y más recientemente de la nueva generación de Directivas de la Unión Europea en materia de contratación pública obliga a los juristas y profesionales de la contratación pública a ampliar y actualizar sus conocimientos en esta materia, resultando trascendental, en este sentido, saber diferenciar correctamente los contratos de servicios de los de gestión de servicios públicos, cuya perduración en el tiempo todavía es cuestionada hasta la aprobación definitiva de la nueva Ley de Contratos del Sector Público y, más concretamente, los contratos de servicios de los de concesión de servicios, porque la errónea

tipificación contractual del negocio jurídico en cuestión, tiene como consecuencia la no legitimación del régimen jurídico que se haya aplicado al contrato y, por tanto, la invalidez de este, algo de una enorme trascendencia práctica. Es por ello, que en este trabajo partiendo de una primera parte iniciática, que analiza la regulación anterior y actual de los contratos de concesión de servicios en el marco de la Unión Europea, así como las características propias de los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos y que concluye en las diferencias teóricas entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, todavía vigente, se llega al objetivo postrero, en una segunda parte de este estudio, de encontrar la diferencias de carácter práctico entre los contratos de servicios y los de concesión de servicios, analizando tanto los elementos decisivos de esta diferenciación como aquéllos otros que carecen de relevancia, con el fin último de delimitar ceñidamente las fronteras que diferencian a estos dos tipos de contratos. En resumen, podemos decir que el presente estudio, en su conjunto, nos proporciona las características diferenciadoras teóricas entre las figuras de los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicios públicos, permitiendo, en última instancia, diferenciar con transparencia, no sólo el contrato administrativo de servicios del aun vigente contrato administrativo de gestión de servicios públicos, sino y sobre todo, dentro de estos últimos, del de concesión de servicios, en su concepción actual y futura, tanto en su vertiente teórica como, especialmente, práctica.

1. La falta de regulación en el Derecho de la Unión Europea de los contratos de gestión de servicios públicos y la regulación de las concesiones de servicios en la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión

Tal y como establece el primer Considerando de la Directiva 2014/23/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión¹, la ausencia hasta ahora de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión (y de contratos de gestión de servicios públicos, entiendo que cabría apuntar para el caso de España) acarrea problemas de inseguridad jurídica, obstaculiza la libre prestación de servicios y falsea el funcionamiento del mercado interior, en vulneración a mi juicio, entre otros, del principio de igualdad. Como resultado de ello, puede que las autoridades públicas no den un uso óptimo a los fondos públicos de forma que no garanticen el auténtico derecho de toda la ciudadanía al correcto uso que se debe hacer de los recursos que son de todos. Y ello además de la posibilidad de que algunos licitadores se vean privados de los derechos que les confiere el mercado interior, más si cabe en el caso de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs), sobre todo teniendo presente que el espíritu emprendedor se encontraba recogido ya en el año 2008 en el ámbito de la Unión Europea a través de la iniciativa comunitaria denominada “Pensar primero a pequeña escala”², llamada también ley de las pequeñas y medianas empresas (PYMEs), al disponerse que las políticas comunitarias y nacionales debían tener más presente el papel de las PYMEs en el

¹ Publicada en el DOUE, serie L, núm. 94, de 28 de marzo de 2014. Sobre la nueva Directiva de contratos de concesiones véase, con carácter generalista, el trabajo de la profesora LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, Revista Contratación Administrativa Práctica, Editorial La Ley, núm. 129, ene-feb, 2014 y también la nota informativa núm. 4/2014, marzo 2014, que contiene extensos comentarios a la Directiva 2014/23/UE realizados por Papilio Abogados, disponible en el enlace <http://www.papilioabogados.es/img/COMENTARIOS%20A%20LA%20DIRECTIVA%20DE%20CONCESIONES%20PAPILIO%20ABOGADOS.pdf> [fecha última consulta: 17-mayo- 2014].

² Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de junio de 2008 denominada “Pensar primero a pequeña escala” “Small Business Act” para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas” [COM(2008) 394 final - no publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea].

crecimiento económico y la creación de empleo³, con el fin de promover la competitividad sostenible de la Unión Europea. Cuestión esta que se ve agravada si pensamos que la contratación pública constituye uno de los ámbitos vertebrales de la actuación administrativa, que tiene además un gran significado económico y social, representando hoy aproximadamente un 19% del PIB de la Unión Europea⁴ y un papel clave en la estrategia Europa 2020⁵.

Era así imprescindible para la Unión Europea instaurar un marco jurídico adecuado en el ámbito de la adjudicación de concesiones que garantizara a todos los operadores económicos de la Unión un acceso efectivo y no discriminatorio al mercado, cerciorando así la seguridad jurídica necesaria en este ámbito y reflejando adecuadamente la especificidad de las concesiones en relación con los contratos públicos. Ello, porque la adjudicación de concesiones de obras públicas se regía en el ámbito europeo por la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios⁶, cuya transposición en España se refleja en última instancia en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de Sector Público (en adelante, TRLCSP), mientras que la de concesiones de servicios se encontraba sometidas, como ahora veremos, sólo a los principios generalmente aplicables a la contratación pública, ya que si bien la Directiva 2004/18/CE, definía en su artículo 1.4 la concesión de servicios como “un contrato que presente las mismas características que el contrato público de servicios, con la salvedad de que la contrapartida de la prestación de servicios consista, o bien únicamente en el derecho a explotar el servicio, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”, en el artículo 17 excluía a esta figura de su ámbito de aplicación.

Aunque ello no supone que no haya habido intentos por incluir las concesiones de servicios dentro del marco jurídico que regula el Derecho de la contratación pública comunitario⁷. Así lo atestigua claramente la STJUE de 7 de diciembre de 2000, *Teleausria y Teelfonadress*, C-324/98, Rec. p. I – 10770, que indica:

“46. A este respecto procede recordar que, tanto en su Propuesta de 13 de diciembre de 1990 como en su Propuesta modificada de Directiva 91/C 250/05 del Consejo, de 28 de agosto de 1991, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios (DO C 250, p. 4; en lo sucesivo, «Propuesta de 28 de agosto de 1991»), que desembocaron en la adopción de la Directiva 92/50, relativa a los contratos públicos de

³ En referencia al acceso de las PYMEs a la contratación pública en España y la incidencia que para ello ha tenido la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE núm. 233, de 28 de septiembre de 2013), véase MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., “La incidencia de la ley de emprendedores en el Derecho administrativo, en especial en materia de contratación pública”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 55, julio-2014.

⁴ En el año 2010 los contratos públicos supusieron un 19,7 por ciento del PIB de la Unión Europea según el documento *Public procurement indicators 2010*, de 4 de noviembre de 2011, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf (fecha de consulta: 11-junio-2014). Debe tenerse en cuenta que en este dato no están incluidos los datos correspondientes a los contratos de gestión de servicios públicos ya que según las Directivas europeas en ese momento no constituyen una figura jurídica sujeta a las mismas.

⁵ Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

⁶ DO L 134 de 30.4.2004.

⁷ Véase GALLEGO CÓRCOLES, I., “Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I)”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 111, Editorial La Ley, septiembre, 2011, Pág. 3 del documento obtenido de la Web de la Revista.

servicios en general, la Comisión había propuesto expresamente incluir las «concesiones de servicios públicos» en el ámbito de aplicación de dicha Directiva.

48. No obstante, en el transcurso del procedimiento legislativo, el Consejo suprimió toda referencia a las concesiones de servicios públicos, principalmente a causa de las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de delegación de la gestión de servicios públicos y en las modalidades de dicha delegación, que podrían crear una situación de enorme desequilibrio en la apertura de los mercados de concesiones de servicios públicos (véase el documento nº 4444/92 ADD 1, de 25 de febrero de 1992, punto 6, titulado «Motivación del Consejo» y adjunto a la Posición Común de la misma fecha).

49. Un destino similar tuvo la postura que la Comisión expresó en su Propuesta modificada de Directiva 89/C 264/02 del Consejo, de 18 de julio de 1989, relativa a los procedimientos de adjudicación de contratos a entidades que operan en los sectores del agua, energía, servicios de transporte y servicios de telecomunicaciones (DO C 264, p. 22)...

52. Dicha conclusión resulta corroborada igualmente por la evolución del ámbito de aplicación de las Directivas en materia de contratos públicos de obras.

53. En efecto, el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 71/305, que fue la primera Directiva en esta materia, excluía expresamente de su ámbito de aplicación los contratos de concesión.

55. Posteriormente, la Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DO L 199, p. 54), que sustituyó a la versión modificada de la Directiva 71/305, menciona expresamente la concesión de obras públicas entre los contratos incluidos en su ámbito de aplicación.

56. En cambio, la Directiva 93/38, adoptada el mismo día que la Directiva 93/37, no contiene disposición alguna sobre las concesiones de servicios públicos.

De lo apuntado podemos comprobar que pese a los distintos intentos habidos por incluir a los contratos de concesión de servicios en el ámbito de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, los mismos no han dado sus frutos, ni en los contratos con carácter general, ni en los llamados sectores especiales, de lo que se deduce, por consiguiente, que la intención del legislador comunitario hasta la fecha ha sido no incluirlos expresamente en el ámbito de aplicación de estas.

Todo lo anterior, lo es al margen de que directamente el resto de modalidades de los contratos de gestión de servicios públicos regulados por nuestra normativa nacional no fueran reconocidos por la normativa europea como contratos administrativos y que ahora, al margen de la regulación del régimen jurídico de las concesiones que se hace en la Directiva 2014/23/UE, siguen sin ser regulados en el Derecho de la Unión Europea, quedando por tanto en el aire una pregunta abierta de qué pasará con estas figuras contractuales una vez que la transposición de la cuarta generación de Directivas comunitarias sobre contratación pública se produzca, es decir, falta saber si el Estado español cuando transponga las nuevas directivas seguirá contemplando estas modalidades de gestión de servicios públicos, concretamente gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta, no existentes en el ámbito europeo o hará una regulación verdaderamente adaptada a la normativa comunitaria⁸.

⁸ Tenemos que recordar en este punto que España ya ha sido sancionada en anteriores ocasiones, en virtud del procedimiento de recurso por incumplimiento, por incorrecta transposición de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública, ejemplo de lo anterior lo son, entre otras, las sentencias de 17 de noviembre de 1993, que condenó al Estado español por mantener en vigor toda una serie de disposiciones tanto de la Ley de Contratos del Estado como de su Reglamento que eran contrarias a la normativa comunitaria sobre contratos o de 13 de enero de 2005, que también condenó a España al excluir del ámbito de aplicación subjetivo del texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas a determinadas entidades y al excluir del ámbito de aplicación objetivo de este texto refundido los convenios de colaboración que celebren las Administraciones

Hay que recordar en este punto que los Estados miembros tienen la obligación de transponer las Directivas 2014/23/UE relativa a la adjudicación de contratos de concesión, 2014/24/UE sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE y 2014/25/UE relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE⁹, como máximo el 16 de abril de 2016¹⁰ y que el Consejo de Ministros de 17 de abril de 2015 aprobó los informes del Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas sobre los Anteproyectos de Ley de Contratos del Sector Público (ALCSP) y de Contratos en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

Los Anteproyectos ya han pasado el trámite de información pública y han sido informados favorablemente por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Económico y Social y se someterán a informe del Consejo de Estado antes de su remisión por el Consejo de Ministros a las Cortes Generales para su tramitación como proyecto de Ley.

El ALCSP tiene por objeto la transposición al Derecho español de la Directiva sobre contratación pública y de la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión. Por otro lado, el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores especiales, incorpora al ordenamiento español la Directiva 2014/25/UE y, en lo que afecta a estos sectores especiales, la Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión¹¹.

Entre las muchas novedades que avanza el ALCSP se encuentra el ajuste de los tipos con la supresión de la figura del contrato de gestión de servicios públicos.¹² Ahora bien, hasta que no se vea el texto legislativo definitivo no se puede afirmar que lo dispuesto en el ALCSP al respecto de esta cuestión vaya a ser negro sobre blanco, dado que el anteproyecto tendrá que pasar todavía un arduo trámite parlamentario, punto este último para el actual texto que todavía se encuentra en el aire a la vista del complejo procedimiento de elaboración de normas¹³ y de la inminencia de unas elecciones generales que pueden hacer del anteproyecto

Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyeran contratos públicos a efectos de dichas Directivas.

⁹ Las tres Directivas son de fecha 26 de febrero de 2014, igualmente fueron publicadas en el mismo Diario Oficial de la Unión Europea, Serie L 94/46 de 28 de marzo de 2014, entrando en vigor todas a la vez, a los veinte días de su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea

¹⁰ Para la trasposición de la Directiva 2014/55/UE, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública, hay un plazo mayor, que se extiende hasta el 27 de noviembre de 2018. Existen también en la Directiva 2014/24/UE unos plazos transitorios de entrada en vigor para la contratación pública electrónica, véase al efecto PINTOS SANTIAGO, J., "Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015, págs. 20-32.

¹¹ MORENO MOLINA, J.A., "El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación", *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015 <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/recategoria.208/reلمenu.3/chk.758640b719acd6127a53331dcedc12db> [fecha última consulta: 25-julio-2015].

¹² Véase GIMENO FELIÚ, J.M., "Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público", *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.196/recategoria.208/reلمenu.3/chk.0191071d304547b70e9318413213c254> [fecha última consulta: 17-julio-2015]. En el punto 17 in fine: "(Ya no hay contrato de gestión de servicios públicos: fuera concierto/gestión interesada)".

¹³ Para tener una visión completa del complejo procedimiento de elaboración de normas hay que tener presente las dificultades que conlleva la elaboración de un texto coherente cuando en la fase prelegislativa el texto pasa por distintos servicios del Ministerio proponente, de todos o algunos de los restantes y del Ministerio con competencias en materia económica, Conferencias Sectoriales en su caso, Comisión de Secretarios de Estado y Subsecretarios,

un texto fallido o dilatado en el tiempo de su tramitación parlamentaria, consecuencia además de un gran número de enmiendas que hagan del actual ALCSP otro muy diferente¹⁴.

No obstante y como avanzaba antes, a estos contratos en todo caso se le aplican los principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹⁵, en particular los de libre circulación de mercancías, libertad de establecimiento y libre prestación de servicios, así como los principios que se derivan de ellos, tales como la igualdad de trato, la no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia.

Por eso, llegados a este punto es necesario, por la importancia trascendental que poseen, hacer un breve inciso referido a estos principios, ya que los principios generales de la

eventualmente alguna Comisión delegada del Gobierno, Consejo de Estado, para finalmente llegar a sede parlamentaria. Al respecto puede verse LÓPEZ GUERRA, Luis, "Pluralismo y técnica normativa", Cuadernos de Derecho Público, núm. 29, septiembre-diciembre 2006.

¹⁴ En este punto hay que recordar que el Estado español ha sido sancionado en reiteradas ocasiones por el TJUE a través del recurso por incumplimiento, recurso que permite controlar si los Estados miembros respetan las obligaciones que les incumben en virtud del Derecho de la Unión Europea y que es muy común en los casos de falta de transposición en plazo o transposición incorrecta de las Directivas por parte de los Estados miembros.

Algunas de estas condenas han sido consecuencia de la resistencia pertinaz del legislador español a la hora de adaptar el ámbito subjetivo y objetivo de la normativa de contratos públicos a lo obligado por las Directivas, prueba de ello es que hasta ahora nunca se han contemplado los contratos de gestión de servicios en la normativa comunitaria y aquí sí han coexistido con el resto de tipos contractuales, al igual que ha venido ocurriendo con los llamados contratos menores. Por tanto no puede extrañar que esto vuelva a suceder, si bien ahora con menos razonamiento sí tenemos en cuenta la existencia de una Directiva que regula las concesiones, que es uno de los tipos de gestión de servicios públicos.

Así, por destacar una entre muchas sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, merece la pena traer a colación la de la Sala Segunda de 13 de enero de 2005, en el asunto C-84/03, en la que el Estado español fue sancionado por que la transposición que había hecho del Derecho de la Unión Europea era contraria al mismo, de forma que parece haber una pretensión por parte del legislador español, en los tres casos objeto de autos, de huir del Derecho de la contratación pública de la Unión Europea y de los principios y procedimientos generalmente aplicables en el mismo, más rigoristas que los contemplados en ese momento por el Estado español. De hecho, en esta sentencia el Estado español fue sancionado por tres causas que suponían en la práctica excluir del ámbito de aplicación de la Ley un gran número de negocios jurídicos:

- al excluir del ámbito de aplicación del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, de 16 de junio de 2000, aprobado mediante el Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (BOE n° 148, de 21 de junio de 2000, p. 21775; en lo sucesivo, «Texto Refundido») y, en concreto, en el artículo 1, apartado 3, del Texto Refundido a las entidades de Derecho privado que reúnan los requisitos recogidos en el artículo 1, letra b), párrafo segundo, guiones primero, segundo y tercero, de cada una de las mencionadas Directivas;
- al excluir de forma absoluta del ámbito de aplicación del Texto Refundido, en el artículo 3, apartado 1, letra c), de éste, los convenios de colaboración que celebren las Administraciones Públicas con las demás entidades públicas y, por tanto, también los convenios que constituyan contratos públicos a efectos de dichas Directivas, y
- al permitir en los artículos 141, letra a), y 182, letras a) y g), del Texto Refundido que se recurra al procedimiento negociado en dos supuestos que no están contemplados en las citadas Directivas.

¹⁵ El Tratado de Lisboa o Tratado de Reforma (DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007, Pág. 1.) firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009, modificó los dos textos fundamentales de la Unión Europea hasta este momento, a saber, el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, conservando de todos modos ambos textos el mismo rango que tenían y no siendo por tanto sustituidos por el Tratado de Lisboa. De este modo, el Tratado de la Comunidad Europea pasó a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

contratación pública¹⁶ son en nuestros días el fundamento de la misma y se caracterizan por su transversalidad, puesto que alcanzan a todos los contratos, independientemente de su cuantía, de su naturaleza jurídica de administrativos o privados, manifestándose asimismo en todas las fases del procedimiento de contratación, esto es, admisión, adjudicación y ejecución.

Así, el TJUE ha destacado que la obligación de respeto de los principios de objetividad, imparcialidad e igualdad y no discriminación¹⁷ en la adjudicación de los contratos públicos se extiende no solo a los contratos que caen dentro del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias sobre contratación pública, sino también a todos los contratos que celebren los órganos de contratación sujetos a las Directivas, ya que así lo exigen distintos preceptos del hoy TFUE, tal y como han sido interpretados por el propio Tribunal.

De este modo, los principios han pasado de la jurisprudencia del alto Tribunal europeo a las Directivas de contratación que hoy los recogen en sus primeros artículos y es de esta forma como el Derecho de la Unión Europea ha impuesto una nueva visión desde la que contemplar la normativa sobre la contratación pública. Justamente lo que esa normativa persigue como objetivo básico es asegurar la transparencia, la objetividad y la no discriminación en la adjudicación de los contratos, para garantizar el establecimiento del mercado interior y evitar que la competencia resulte falseada. Con ello se busca, al elaborar las Directivas sobre contratos, conseguir un marco común apropiado para todos los Estados miembros, dado que éstos partían de situaciones iniciales completamente diversas, situaciones que hoy en día siguen siendo en parte distintas¹⁸. Por ello los valores a defender por la legislación sobre contratos son, entre otros, los de la transparencia, no discriminación y objetividad.

El Derecho español ha recogido esos principios generales como fundamento de su normativa de contratación; ejemplo evidente de ello es el encabezamiento del articulado del actual TRLCSP, donde los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos y salvaguarda de la libre competencia, constituyen el objeto y finalidad primera de esta norma, como establece el primer párrafo de su artículo 1. Si bien, en realidad, lo que establece el artículo 1 del TRLCSP es una manifestación más de la exigencia del principio constitucional de igualdad del artículo 14 de la Constitución española y, puesto que la contratación constituye como se ha dicho al inicio de este epígrafe un supuesto de actuación administrativa, es también una imposición del principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos recogido en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna.

También la jurisprudencia española aplica el principio de igualdad de trato y lo considera como un principio fundamental en el ámbito de los contratos públicos. Hemos de recordar en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo) que entre los principios esenciales que rigen la contratación administrativa está la igualdad de acceso entre las distintas empresas dedicadas a la contratación pública y el procedimiento de contratación que tiende a garantizar el interés público mediante la

¹⁶ Sobre esta materia véase MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006.

¹⁷ Para el TJUE la prohibición de toda discriminación por razón de la nacionalidad se podría considerar, sin duda alguna, como el fundamento de todo el sistema de contratación pública a nivel comunitario (Sentencia TJUE de 22 de junio de 1993, asunto C-243/1989).

¹⁸ En algunos países se conoce la figura de los contratos administrativos como España, Francia o Bélgica, pero en muchos de ellos no, los contratos que celebra la Administración tienen el mismo régimen jurídico que los contratos privados, como por ejemplo ocurre en Gran Bretaña o Alemania.

articulación de tres principios cardinales de la licitación: el principio de publicidad, el principio de libre competencia y el principio de igualdad de oportunidades.

Por consiguiente, el principio de igualdad y la prohibición de toda discriminación son principios fundamentales que deben respetarse en todo caso y a lo largo de todo el proceso de contratación. Pero junto al principio de igualdad y en íntima conexión con él se aplican en este ámbito los principios de publicidad¹⁹, transparencia y concurrencia, notablemente reforzados con la posterior introducción de medios electrónicos y telemáticos en los procedimientos de licitación²⁰. De este modo, el respeto del principio de igualdad de oportunidades y prohibición de cualquier tipo de discriminación exige que se garanticen los principios de publicidad, transparencia y concurrencia, principios que sirven al propósito de respetar la igualdad, ampliar el abanico de las posibles opciones y garantizar la competitividad, de forma que la libre competencia sirve para afianzar todavía más el principio de igualdad de oportunidades.

De esta suerte, el TJUE ha resaltado en su jurisprudencia la relación existente entre el principio de transparencia y el de igualdad de trato, ya que el primero garantiza el efecto útil de este último procurando que no se distorsionen las condiciones de competencia²¹. Asimismo, también ha resaltado que el principio de no discriminación por causa de la nacionalidad conlleva una obligación de transparencia, con el fin de permitir al órgano de contratación asegurarse de que será cumplido²². La transparencia, por tanto, guarda una estrecha relación con los principios de igualdad, publicidad, concurrencia, no discriminación y prohibición de la arbitrariedad de la Administración contratante, fomentando una mayor participación de licitadores y la mejora de sus ofertas.

Por tanto, es necesario que los principios del TFUE se apliquen de manera uniforme en todos los Estados miembros y que se eliminen las discrepancias de interpretación de dichos principios en toda la Unión Europea y a ello es a lo que, en definitiva, contribuye la nueva Directiva sobre contratos de concesión, que reconoce y reafirma el derecho de los Estados miembros, dentro del respeto a estos principios, a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios y a organizar la prestación de servicios, su ámbito de aplicación y características, ya sea como servicios de interés económico general, como servicios no económicos de interés general, o como una combinación de ambos, pero garantizado en todo caso los principios generales de la contratación pública.

En expresión del propio TJUE, entre muchas otras, en las Sentencias de 15 de octubre de 2009, Acoset, en el asunto C-196/08 o de 6 de abril de 2006, ANAV, asunto C-410/04, donde atina a concretar por ejemplo en esta última que:

“18. Pese a que los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, sustituida por la Directiva 2004/18, las

¹⁹ Como señaló la STS de 17 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), la manifestación más genuina del principio de igualdad de trato es la publicidad en la contratación y su incidencia en los distintos sistemas de selección del contratista. Sin previa publicidad de la contratación no existiría tampoco concurrencia.

²⁰ En este sentido véase AA.VV., (Coord. PUNZÓN MORALED A, J.), *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Madrid, 2005 y también PUNZÓN MORALED A, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.

²¹ Sentencia de 25 de abril de 1996, en el asunto 87/1994, *Bus Wallons*, apartado 54.

²² Sentencia de 18 de noviembre de 1999, en el asunto C-275/1998, *Unitron Scandinavia A/S*, apartado 31.

autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress, C-324/98, Rec. p. I-10745, apartado 60; de 21 de julio de 2005, Coname, C-231/03, Rec. p. I-7287, apartado 16, y Parking Brixen, antes citada, apartado 46).

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

20. Además del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el principio de igualdad de trato de los licitadores es también aplicable a las concesiones de servicios públicos aun cuando no exista una discriminación por razón de la nacionalidad (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 48).

21. Los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad implican, en particular, una obligación de transparencia que permita que la autoridad pública concedente se asegure de que los mencionados principios son respetados. Esta obligación de transparencia que recae sobre dicha autoridad consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia la concesión de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Teleaustria y Telefonadress, apartados 61 y 62, y Parking Brixen, apartado 49).

23. Además, del artículo 86 CE, apartado 1, se desprende que los Estados miembros no deben mantener en vigor una normativa nacional que permita la adjudicación de concesiones de servicios públicos sin licitación, puesto que tal adjudicación infringe los artículos 43 CE o 49 CE, o vulnera los principios de igualdad de trato, no discriminación y transparencia (sentencia Parking Brixen, antes citada, apartado 52).”

Sentado lo anterior, que aun en ausencia de una regulación específica en la Unión Europea de los contratos de concesión de servicios y del resto de contratos de gestión de servicios públicos (excepción hecha de la concesión de obra pública que sí encontraba cabida en la regulación comunitaria) los principios generales de la contratación pública son permanentemente aplicables, vamos a ver a continuación un pequeño repaso de las principales cuestiones que merece la pena destacar en la nueva regulación que de las concesiones hace la nueva Directiva relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

Como ya he anunciado, bajo la premisa de que la ausencia de unas normas claras a nivel de la Unión en el ámbito de la adjudicación de contratos de concesión acarrea ciertos problemas de inseguridad jurídica, obstaculizando la libre prestación de servicios y el funcionamiento del mercado interior, es como la Unión Europea ha decidido regular el marco legislativo aplicable a la adjudicación de concesiones en aras de conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar la utilización más eficiente de los fondos públicos de cara a la estrategia Europa 2020.

La Directiva 2014/23/UE se refiere a las concesiones como contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos. El objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago. Estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios. Sin embargo, aclara que la mera financiación de una actividad, en particular por medio de subvenciones, que a menudo va ligada a la obligación de reembolsar

las cantidades que no se hubieran destinado a los fines previstos, no entra en el ámbito de aplicación de la Directiva.

Respecto del ámbito de aplicación objetivo, aclara que no deben considerarse concesiones ciertos actos, como las autorizaciones o licencias, en virtud de los cuales el Estado o una autoridad pública establece las condiciones para el ejercicio de una actividad económica, con inclusión del requisito de llevar a cabo una operación determinada, que por lo general se conceden a petición del operador económico y no por iniciativa del poder adjudicador o entidad adjudicadora, y en los que el operador económico queda libre de renunciar a la prestación de las obras o servicios, cosa que no ocurre en los contratos de concesión. Tampoco deben considerarse concesiones a efectos de la Directiva los contratos de arrendamiento de bienes o de tierras de dominio público, o los contratos que no conlleven pagos al contratista y en los que este reciba su retribución de acuerdo con tarifas reglamentadas de manera que cubran la totalidad de los costes e inversiones que este haya soportado para prestar el servicio, elemento este importante al que prestaremos a la conclusión de este estudio especial atención. Se excluyen también del ámbito de aplicación de la Directiva las concesiones relativas a la explotación de loterías y determinados servicios de emergencia prestados por organizaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, como por el ejemplo el de grandes ONG, ya que sería difícil preservar la especial naturaleza de estas organizaciones en el caso de que los prestadores de servicios tuvieran que elegirse con arreglo a los procedimientos establecidos en la nueva Directiva, especificando expresamente que los servicios de transporte de pacientes en ambulancia no deben excluirse de la misma.

Importante exclusión del ámbito de aplicación objetivo de la Directiva es el sector del agua, debido a la importancia de este recurso natural como bien público de valor fundamental para todos los ciudadanos. 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 anteriores, 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.

En cuanto al ámbito de aplicación subjetivo cabe puntualizar que los partidos políticos en general no están sujetos a lo dispuesto en la Directiva, al no tratarse para la Directiva de poderes ni entidades adjudicadores²³.

²³ Esta exclusión de los partidos políticos del ámbito subjetivo coincide con lo establecido en nuestro TRLCSP y también con lo dispuesto por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 295, de 10 de diciembre de 2013), aunque hay que decir al menos respecto de esta última que hubiera sido deseable y necesario la inclusión de los poderes adjudicadores a los que hace referencia el artículo 3.3 b) del TRLCSP, pero nada comparable con la sujeción también de los partidos políticos y las organizaciones sindicales y empresariales a las obligaciones que marca la Ley de Transparencia en materia del derecho de acceso a la información pública regulada en el Capítulo III del Título I de la norma, obligaciones a las que no se encuentran sujetas. Para comprobar la trascendencia que este punto pueda tener desde todas las perspectivas, pero también desde el enfoque de la contratación pública, basta acudir a la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (Considerando 29), donde parece incluir a los partidos políticos dentro de su ámbito de aplicación, al contemplar la exclusión únicamente de ciertos contratos de servicios cuando sean celebrados por los partidos en el marco de las campañas electorales. Véase, en este sentido, el comentario realizado por BERNAL BLAY, M.Á., “Los partidos políticos y la normativa sobre contratos públicos”, publicado el 21 de enero de 2013 en el sitio Web del *Observatorio de la contratación pública*,

Con relación al ámbito de aplicación espacial debe considerarse que los servicios se prestan en el lugar en el que se ejecutan las prestaciones características; de forma que, por ejemplo, cuando los servicios se presten a distancia, como puede ser el caso de servicios de atención telefónica, debe considerarse que los servicios se prestan en el lugar en el que se realizan dichos servicios, con independencia de los lugares y Estados miembros a los que se dirijan esos servicios.

De otro lado, y pasando a los contratos mixtos, las normas aplicables deben determinarse en función del objeto principal del contrato cuando las distintas partes que constituyen este último no sean objetivamente separables como, por ejemplo, puede ser el caso de la construcción de un único edificio, del que una parte vaya a ser utilizada directamente por el poder adjudicador interesado y otra parte vaya a ser aprovechada sobre la base de una concesión, para ofrecer al público plazas de aparcamiento. Pero dice la nueva Directiva que en el caso de los contratos mixtos que pueden dividirse, el poder adjudicador podrá en todo momento adjudicar contratos independientes para las partes separadas del contrato mixto, en cuyo caso las disposiciones que han de aplicarse a cada parte deben de determinarse exclusivamente teniendo en cuenta las características de ese contrato específico.

La Directiva marca que debe aplicarse solamente a los contratos de concesión cuyo valor sea superior o igual a 5.186.000 €. Por tanto, el cálculo del valor estimado de una concesión, debe referirse al volumen de negocios total de la empresa concesionaria en contrapartida de las obras y servicios objeto de la concesión, calculado por el poder o la entidad adjudicadora, excluido el IVA, durante la duración del contrato. Para un mayor detalle sobre los cálculos del valor estimado de las concesiones es preciso acudir al artículo 8 de la Directiva denominado "Umbrales y métodos de cálculo del valor estimado de las concesiones".

En cuanto a la duración de una concesión establece la Directiva que deben limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Así, para las concesiones de duración superior a cinco años dicha duración debe estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación.

Respecto de las cláusulas sociales²⁴ y en aras de una integración adecuada de requisitos medioambientales, sociales y laborales en los procedimientos de adjudicación de concesiones,

<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.84/chk.650d8dc5159971c30fec4d24986e5240>
[fecha de consulta: 12-junio-2014].

²⁴ Respecto de la jurisprudencia del TJUE que admite la utilización de cláusulas sociales y medioambientales en los contratos públicos véanse, por ejemplo, las sentencias del TJUE *Concordia Bus Finland*, de 17.09.2002, asunto C-513/99, Rec. p. I-7213; *Gebroeders Beentjes*, de 21.09.1988, asunto C-31/87, Rec. p. I-4635; *Comisión/Francia Nord-Pas-de-Calais*, de 26.09.2000, asunto C-225/98, Rec. p. I-7445; *SIAC Construction*, de 18 de octubre de 2001, asunto C-19/00, Rec. p. I-7725; o *EVN AG y Wienstrom GmbH contra República de Austria*, de 4 de diciembre de 2003, Asunto C-448/01, Rec. p. I-14527. En ellas, se establece que estos criterios deben estar relacionados con el objeto del contrato y no conferir a la entidad adjudicadora de turno una libertad incondicional de elección del adjudicatario, además de que los criterios que se implanten deben observar todos los principios fundamentales del Derecho de la Unión Europea y, en particular, el principio de no discriminación; asimismo la aplicación de estos criterios debe tener lugar respetando todas las normas de procedimiento de la Directiva pertinente y, especialmente, las normas sobre publicidad. También cabe destacar la importante Sentencia *Evans Medical y Macfarlan Smith*, de 28 de marzo de 1995, C-324/93, Rec. p. I-596; que en su apartado 42 establece que "con arreglo a la sentencia de 20 de septiembre de 1988, *Beentjes* (31/87, Rec. p. 4635), la elección de la oferta más ventajosa económicamente atribuye a los órganos de contratación la elección de los criterios de adjudicación del contrato que pretendan utilizar, pero tal elección sólo puede recaer sobre criterios dirigidos a identificar la oferta

establece la Directiva que resulta especialmente importante que los poderes adjudicadores tomen las medidas pertinentes para velar por el cumplimiento de sus obligaciones en los ámbitos de la legislación medioambiental, social y laboral, sin que ello suponga impedir en modo alguno la aplicación de condiciones de empleo y trabajo más favorables para los trabajadores, debiendo ser posible incluir en las concesiones cláusulas que garanticen el cumplimiento de convenios colectivos.

Por otra parte, a fin de lograr una mayor integración de las consideraciones sociales y medioambientales en los procedimientos de adjudicación de concesiones, los poderes adjudicadores están autorizados a adoptar criterios de adjudicación o condiciones de ejecución de la concesión en lo que se refiere a las obras, suministros o servicios que vayan a facilitarse en el marco de un contrato de concesión en cualquiera de los aspectos y en cualquier fase de sus ciclos de vida, desde la extracción de materias primas para el producto hasta la fase de la eliminación del producto, como por ejemplo que los servicios objeto de la concesión sean prestados mediante maquinaria eficiente en materia de energía, el suministro o utilización de productos del comercio equitativo durante la ejecución de la concesión o enfocados a la reducción limpia de residuos.

En los criterios de adjudicación o las condiciones de ejecución de la concesión relativos a los aspectos sociales, la Directiva reconoce también que pueden estar destinadas a favorecer la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo²⁵, la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar o a contratar un número de personas desfavorecidas superior al que exige la normativa nacional. Más ejemplos podrían ser condiciones de ejecución de la concesión referidas a mejorar el empleo para los parados de larga duración, la aplicación de medidas de formación para los desempleados o los jóvenes o la mejora de la accesibilidad para las personas con discapacidad.

Todas estas especificaciones, en el caso de ser técnicas y funcionales, deben cumplir los principios de igualdad de trato y transparencia de conformidad con lo que ha venido estableciendo al respecto el TJUE²⁶, es decir, tienen que elaborarse de manera que no se restrinja artificialmente la competencia merced a requisitos que favorezcan a determinado

*más ventajosa económicamente” añadiendo en el apartado 44 que “de ello se sigue que la seguridad del abastecimiento puede formar parte de los criterios que deben tenerse en cuenta [...] para determinar la oferta más ventajosa económicamente en el marco de un contrato destinado a suministrar a las autoridades de que se trata un producto como el que es objeto de controversia en el litigio principal”, que no era otro que un lote de diamorfina, producto derivado del opio, que se utiliza en ocasiones como analgésico en tratamientos médicos y particularmente en el Reino Unido (apartado 4 de esta sentencia) o la sentencia Storebaelt de 22 de junio de 1992, asunto C-243/89, de la cual se desprende que los poderes adjudicadores están obligados a rechazar las ofertas que no se ajusten al pliego de condiciones, pues de lo contrario violarían el principio de igualdad de trato de los licitadores, en el que se fundamentan las Directivas sobre contratos públicos. También puede consultarse la completa obra al respecto de RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, Editorial La Ley, 2012 y “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 119, mayo-2012 y MORENO MOLINA, J.A., “Cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 60, 2007.*

²⁵ Respecto a la utilización de la igualdad de género como criterio social en las políticas de contratación pública puede consultarse mi trabajo “La consideración de la igualdad de género como criterio social en la contratación pública: su reflejo en la Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha (comentario a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura núm. 535/2009, de 16 de junio)”, *Revista de Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 123, Ene-Feb 2013, Págs. 59-67.

²⁶ Véanse las STJUE en la nota al pie número 18.

operador económico. Así, tales criterios han de hacerse públicos de antemano a todos los posibles licitadores a través del anuncio de licitación o del pliego de cláusulas administrativas particulares, deben estar relacionados con el contenido del contrato y no conferir al poder adjudicador o la entidad adjudicadora una libertad de elección sin restricciones.

Finalmente, para terminar este breve repaso, la nueva Directiva impone como obligatorio un nuevo procedimiento de concesión cuando se introduzcan en la concesión inicial cambios fundamentales, en particular referidos al ámbito de aplicación y al contenido de los derechos y obligaciones mutuos de las partes, incluida la distribución de los derechos de propiedad intelectual e industrial, afirmando que tales cambios demuestran la intención de las partes de renegociar condiciones esenciales de dicha concesión. Así ocurrirá, en particular, cuando se considere que las condiciones modificadas hubieran influido en el resultado del procedimiento si hubieran formado parte del procedimiento original. Sin embargo, los poderes adjudicadores pueden encontrarse con circunstancias exteriores que no podían prever cuando adjudicaron la concesión, en particular si la ejecución de la concesión se extiende durante un largo periodo de tiempo. De esta manera, el concepto de circunstancias imprevisibles lo define la Directiva refiriéndose a aquellas circunstancias que no podrían haberse previsto aunque el poder adjudicador o la entidad adjudicadora hubiera preparado con razonable diligencia la adjudicación inicial, teniendo en cuenta los medios a su disposición, la naturaleza y las características del proyecto concreto, las buenas prácticas en el ámbito de que se trate y la necesidad de garantizar una relación adecuada entre los recursos empleados en la preparación de la adjudicación y su valor previsible. Ahora bien, lo anterior no puede aplicarse en los casos en que la modificación acarrea una alteración de la naturaleza del conjunto de la concesión, siendo por tanto ésta una frontera que dará lugar a mucha casuística y seguro a muchos y venideros pronunciamientos judiciales.

2. Antecedentes y diferencias de régimen jurídico

Haciendo algo de recapitulación, es oportuno empezar trayendo a colación las definiciones que de los dos contratos que nos ocupan hace tanto la normativa nacional como comunitaria y ello porque, como dice ROSADO SANTURINO, “existe históricamente, en cuanto al concepto de contrato de servicios, una sustancial divergencia entre la acepción comunitaria y la acepción española. Puesto que el principal motivo de dicha divergencia consiste en la calificación en nuestro Derecho como contratos de gestión de servicios públicos de contratos que, según el Derecho comunitario, son contratos de servicios, hay que abordar por una parte la noción comunitaria de los contratos de servicios y de las concesiones de servicios, y por otra parte la noción española de los contratos de servicios y de los contratos de gestión de servicios públicos”²⁷.

Así, en el contrato de servicio y por influencia del Derecho de la Unión Europea, la Ley opta por una definición que ha pasado a englobar a los antes denominados contratos de consultoría y asistencia, de forma que el artículo 10 del TRLCSP establece que “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”. La nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE,

²⁷ ROSADO SANTURINO, A.G., “Discordancias con el Derecho comunitario de la noción española del contrato de servicios y del contrato de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, Editorial La Ley, abril, 2010, Pág. 52.

utiliza unos términos de gran generalidad a la hora de definir el contrato de servicios: “los contratos públicos cuyo objeto sea la prestación de servicios que no sean los mencionados en el punto 6”²⁸. Esta definición difiere, y mucho, de la que recoge el artículo 1.2.d) de la Directiva 2004/18, que es la seguida por nuestro actual TRLCSP, ya que dispone que “son contratos públicos de servicios los contratos públicos distintos de los contratos públicos de obras o de suministro cuyo objeto sea la prestación de los servicios a los que se refiere el anexo II”²⁹. Es necesario, finalmente, a la hora de fijar la definición del tipo contractual del contrato de servicios atender al contenido y límites que para los contratos de servicios establece el propio TRLCSP, para lo cual el artículo 301.1 dispone que no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos, algo que por otra parte es propio de un Estado social y democrático de Derecho.

Respecto del contrato administrativo típico y nominado de gestión de servicios públicos, el artículo 8 del TRLCSP lo define como “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”, aunque las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales sólo podrán realizar este tipo de contrato respecto a la gestión de la prestación de asistencia sanitaria. A través de este tipo contractual la Administración podrá gestionar indirectamente los servicios de su competencia, siempre que sean susceptibles de explotación por particulares expresando en el contrato con claridad el ámbito de la gestión, teniendo presente que, en ningún caso, podrán prestarse mediante este contrato los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente y propia de los poderes públicos.

Esta definición que hemos visto permite la contratación de servicios a través de este contrato a particulares y a empresas, sin necesidad de que el servicio público tenga carácter económico, requisito que sí era exigido por la normativa anterior. Este contrato típico administrativo era el único que hasta ahora no había sido objeto de regulación por el Derecho de la Unión Europea, situación que ha cambiado en parte desde la aprobación por el Parlamento Europeo el 15 de enero de 2014 de la Directiva de adjudicación de contratos de concesión, lo que debe permitir un mejor uso de las concesiones, que no del resto de modalidades de gestión indirecta que siguen sin regulación europea, por lo que habrá que esperar, como decía anteriormente, a ver qué ocurre con estas figuras a la hora de transponer a nuestro ordenamiento las nuevas directivas. Ya que hay que recordar que la adjudicación de concesiones de obras públicas se regía en el ámbito europeo por la Directiva 2004/18/CE, mientras que la de concesiones de servicios se encontraba sometida sólo a los principios generales aplicables a la contratación pública, dado que si bien la Directiva 2004/18/CE, definía en su artículo 1.4 la concesión de servicios, en el artículo 17 excluía a esta figura de su ámbito de aplicación. Queda, por tanto, como ya he avanzado con anterioridad, la incógnita de la pregunta abierta sobre qué hará nuevamente nuestro legislador nacional, una vez que la obligada transposición de estas Directivas por parte del Estado español se produzca, con el resto de modalidades de los contratos de gestión de servicios públicos que, diferentes a la concesión, no han estado reguladas antes en el Derecho de la Unión Europea y no lo están ahora en esta cuarta generación de Directivas sobre contratación pública. Si bien, ahora sí, parece fácil predecir, aun a riesgo de equivocarse, que seguirán formando parte de nuestro acervo de contratos públicos, al igual que existen también otras figuras como las del contrato menor o el procedimiento negociado, que sin estar igualmente recogidas por la normativa comunitaria reguladora de la materia forman parte de nuestro régimen jurídico de contratos públicos, sin

²⁸ Apartado 6 del artículo 2 de la Directiva 2014/24/UE.

²⁹ Los Anexos II del TRLCSP y de la Directiva 2004/18/CE son exactamente idénticos.

haber sido por ello hasta la fecha el Estado español sancionado en virtud del recurso por incumplimiento ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Así, hasta que la transposición de esta norma se efectúe, con la esperanza de que el nuevo texto contenga una mayor concreción sobre este tipo contractual, debemos saber qué entender por servicio público, definición que no encontramos en el TRLCSP, pero sí en la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, en la que su artículo 85.1 dispone que son servicios públicos locales “los que prestan las entidades locales en el ámbito de sus competencias”, concretando el apartado 2 de dicho precepto que los servicios públicos locales pueden gestionarse de forma directa o indirecta. A esta vaga definición se podría añadir lo dispuesto por la Sentencia del Tribunal Supremo 1506/2007, de 5 de marzo de 2007 (Sala de lo Contencioso) que dispone que, 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. Y son, desde luego, servicios públicos, por antonomasia, los recogidos en la Ley 7/1985, en la que además de definirse como servicios públicos locales, en el artículo 85.1, los que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las entidades locales, en el artículo 25.2 se concretan determinadas materias constitutivas de servicios obligatorios, entre las que se encuentran, por lo que aquí interesa, los servicios³⁰.

Como añadidura y para una mejor concreción de la definición de servicio público también podemos acudir a lo establecido al respecto por la jurisprudencia nacional, en concreto a las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 1989, de 22 de septiembre de 1994 y de 23 de mayo de 1997, entre otras de las que podemos deducir los elementos que definen un servicio público³¹:

- Debe tratarse de una actividad administrativa de prestación.
- El titular de tal actividad debe ser una Administración.
- La prestación debe estar sometida a un régimen de Derecho Público.
- La prestación debe ser ejercitada de una manera regular y continua.

Pero es que en esta definición de servicio público el único dato que aporta el TRLCSP es la prohibición expresa de gestión indirecta de aquellos servicios que impliquen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos (artículo 275.1 TRLCSP), concepto jurídico que podríamos calificar de indeterminado o de difícil concreción. La normativa sobre contratación de las Administraciones Públicas, con carácter general, siempre ha exigido para la prestación mediante gestión indirecta de los servicios públicos el doble requisito de tener un contenido económico³² (requisito que al ser suprimido como hemos visto ha supuesto un aumento de su ámbito de utilización) y que no supongan el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

³⁰ Jurisprudencia también compartida con posterioridad por la Sentencia del Tribunal Supremo 3478/2010, de 18 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso), F.J. 5º.2.

³¹ En este sentido, GARCÍA VEGA, J.E., “Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 87, Editorial La Ley, junio 2009.

³² Así lo hacían el artículo 63 del Decreto 923/1965, de 8 de abril, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado (BOE núm. 97, de 23 de abril de 1965); el artículo 156.1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 119, de 19 de mayo de 1995) o el artículo 155.1 del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (BOE núm. 148, de 21 de junio de 2000).

Por ello, para alcanzar el significado del concepto de autoridad inherente a los poderes públicos debemos acudir a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ³³ que ha interpretado la noción de empleo público como excepción a la libertad de circulación de trabajadores³⁴, prevista en el hoy TFUE, argumentando que se sustraen del ámbito de la libre circulación de trabajadores "un conjunto de empleos que implican la participación, directa o indirecta, en el ejercicio de la potestad pública y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas. Tales empleos presuponen, por parte de sus titulares, efectivamente, la existencia de una relación (...) de solidaridad respecto del Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que contribuyen al fundamento del vínculo de la nacionalidad" ³⁵. Sin embargo, lo anterior tampoco nos lleva con exactitud a conocer cuáles son aquéllas actividades que suponen el ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos y, si bien, esta precisión exacta es prácticamente imposible de realizar, sí que podemos ceñirla lo más posible sin temor a errar acudiendo a la Comunicación de la Comisión C/88 (DOCE Nº C 72, de 18 de marzo de 1988), donde se dispone que la excepción referida al empleo público de la libre circulación de trabajadores se refiere a las funciones específicas del Estado y de las colectividades que pueden ser asimiladas, como por ejemplo son las fuerzas armadas, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; la magistratura, la Administración fiscal y la diplomacia ³⁶.

Ahora bien, es necesario aclarar que este concepto de autoridad que se ha venido definiendo exige un plus, un añadido, sobre las funciones que corresponden al empleado público conforme se va descendiendo en los distintos Cuerpos o Escalas que corresponde a estos empleados públicos, de forma que realmente para ejercer esta autoridad inherente a los poderes públicos se deberán, en puridad, realizar funciones o trabajos que suponga el ejercicio de potestades públicas o funciones públicas de autoridad, es decir, ese añadido al que se hacía referencia se corresponde en realidad con ser depositario de una autoridad o potestad pública y no con el simple hecho de ser un empleado público perteneciente a alguna de las colectividades aludidas³⁷.

³³ Hasta el Tratado de Lisboa o Tratado de Reforma (DOUE C 306, de 17 de diciembre de 2007, Pág. 1.) firmado en Lisboa el 13 de diciembre de 2007 y cuya entrada en vigor se produjo el 1 de diciembre de 2009, se denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

³⁴ El contenido de esta libertad incluye:

- El derecho para buscar trabajo en otro Estado miembro.
- El derecho a trabajar en otro Estado miembro de la Unión.
- El derecho a residir en otro Estado miembro con este objetivo y el derecho a permanecer allí después de haber ejercido en él un empleo.
- El derecho a la igualdad de condiciones de acceso al empleo, condiciones de trabajo y todas las ventajas que el país de acogida preste a sus propios nacionales.

Se trata de una libertad que no es aplicable a trabajadores por cuenta propia, estudiantes o jubilados, que sí están cubiertos por otras disposiciones de los Tratados de la Unión Europea. Además, existen dos limitaciones esenciales al ejercicio de este derecho: la primera, por razones de seguridad y salud pública de forma que permite a los Estados miembros denegar la entrada o la estancia en su territorio a un nacional comunitario y, la segunda, referida a las limitaciones al acceso a la función pública.

³⁵ Sentencias de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Comisión contra Francia*, y de 17 de diciembre de 1980, asunto 149/79, *Comisión contra Bélgica*.

³⁶ En el mismo sentido se expresa el Abogado General MANCINI, en sus conclusiones previas a la Sentencia del TJUE de 3 de junio de 1986, asunto 307/84, *Comisión contra Francia*.

³⁷ Son destacables en este sentido también los informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado 55/1996, de 18 de octubre de 1996 que, entre otras cuestiones, trata de dilucidar la calificación de los contratos para la asistencia jurídica a la Tesorería General de la Seguridad Social por abogados en ejercicio, entrando a valorar en estos la existencia o no de autoridad inherente a los poderes públicos en el ejercicio de esa actividad, estableciendo en la Consideración Jurídica tercera que "aparte de ser dudoso que los servicios jurídicos impliquen tal

Hemos visto también que la Directiva 2014/23/UE se refiere a las concesiones como contratos a título oneroso mediante los cuales uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la ejecución de obras o la prestación y gestión de servicios a uno o más operadores económicos; que el objeto de dichos contratos es la contratación de obras o servicios mediante una concesión cuya contrapartida consiste en el derecho a explotar las obras o servicios, o este mismo derecho en conjunción con un pago; y que estos contratos pueden conllevar o no la transferencia de la propiedad a los poderes o entidades adjudicadores, pero estos obtienen siempre los beneficios derivados de las obras o servicios.

Por tanto, del análisis del régimen jurídico de ambos tipos de contratos se pueden concluir las diferencias teóricas básicas que existen entre el contrato de servicios y el contrato de gestión de servicios públicos, diferencias de tipo conceptual y de régimen jurídico que podemos concretar principalmente en:

- La distinta duración inicial de estos dos tipos de contratos, que en el caso de los de servicios permite, por ejemplo, una mayor concurrencia de licitadores por su menor duración. Diferencias en la duración que se trasladan también al régimen jurídico aplicable a las prórrogas, de forma que en el caso de las gestiones su duración o duraciones pueden ser superiores al periodo de vigencia inicial del contrato y no así para el caso de los servicios, en donde las prórrogas no pueden superar, aislada o conjuntamente, el plazo fijado originariamente.

- La posibilidad de utilizar con plenos efectos la clasificación de los contratistas en los contratos de servicios y no así en los contratos de gestión de servicios públicos³⁸.

- La mayor agilidad en los procedimientos de adjudicación para el caso de las gestiones al tener, por ejemplo, menos exigencias a la hora de la publicidad.

ejercicio de autoridad, podría ser solventada, ..., mediante las oportunas salvedades en los pliegos” y del Informe 2/2006, de 24 de marzo de 2006, en el que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, se pronuncia sobre la posibilidad de gestionar indirectamente un contrato de servicio de prevención y extinción de incendios, considerando si se trata o no del ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos concluyendo que “no parece, en principio, que pueda caracterizarse como tal, al tratarse de un servicio técnico que debe alinearse con otros de la misma naturaleza que mencionan los artículos 25 y 26 de la citada Ley 7/1985, de 2 de abril, tales como suministro de agua y alumbrado público, servicios de limpieza viaria, de recogida y tratamiento de residuos alcantarillado y tratamiento de aguas residuales”.

³⁸ En lo referente a la clasificación de las empresas y tras la modificación operada en el artículo 65.1 del TRLCSP por la Ley 25/2013, de 27 de diciembre, de impulso de la factura electrónica y creación del registro contable de facturas en el Sector Público (BOE núm. 311, de 28 de diciembre de 2013), la clasificación de los empresarios como contratistas de servicios de las Administraciones Públicas no será exigible, si bien el empresario podrá acreditar su solvencia indistintamente mediante su clasificación en el grupo o subgrupo de clasificación correspondiente al contrato, que surtirá plenos efectos, o bien acreditando el cumplimiento de los requisitos específicos de solvencia exigidos en el anuncio de licitación o en la invitación a participar en el procedimiento y detallados en los pliegos del contrato, mientras que la clasificación de los empresarios como contratistas de gestión de servicios públicos no será exigible ni aplicable. Ocurre, sin embargo, que de acuerdo con la disposición transitoria cuarta de la Ley 25/2013, estos cambios que afectan a la clasificación, así como a la acreditación de la solvencia económica y financiera y técnica o profesional de los empresarios, entrarán en vigor cuando se aprueben las normas reglamentarias de desarrollo de la Ley por las que se definan esas cuestiones. Véase ESPINAR MAAT, F., “A la espera de un nuevo régimen de clasificación empresarial”, publicado el 7 de julio de 2014 en el sitio Web del Observatorio de la Contratación Pública [fecha última consulta: 16-julio-2014] <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.161/reلمenu.3/chk.c2ece0d0d0c2cea4909192d5ca4c656>.

- La existencia de distintas causas para acudir al procedimiento negociado sin publicidad;

- El mayor grado de control en la ejecución en el caso de los servicios y de autonomía en la ejecución para el caso de las gestiones;

- Las distintas causas de resolución del contrato con la clara figura distintiva del rescate para el caso de las gestiones;

- La posible condición de contratos sujetos a regulación armonizada en el caso de los servicios de las categorías 1 a 16 del Anexo II del TRLCSP, lo cual también es favorecedor de la concurrencia competitiva, así como del distinto régimen de publicidad en el DOUE o, en definitiva, de sujeción al recurso especial en materia de contratación, más rigurosas y exigentes para el contrato de servicios.

Pero no son estas diferencias teóricas en las fases de admisión, adjudicación y ejecución del contrato a las que sólo se busca llegar como conclusión de este estudio, sino precisamente a las diferencias prácticas entre estos dos tipos de contratos que, consustanciales a los mismos, nos permitan ubicar un determinado servicio en el ámbito de uno de los dos contratos.

Puesto que de la adecuada delimitación que se haga de estos tipos contractuales, que en muchas ocasiones y con carácter recurrente no resulta nada fácil para el gestor público³⁹, dependerá la correcta aplicación del régimen jurídico escogido, dado que tal y como señala la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalidad de Cataluña, en su informe 5/1998, de 30 de octubre, “esta calificación jurídica no es intrascendente, pues determinará el régimen jurídico del contrato y las obligaciones y derechos específicos del contratista y la Administración pública”. Y es que como nos indica el Informe 10/2007, de 26 de marzo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado la calificación de los contratos a efectos de la legislación de contratos de las Administraciones Públicas, es una cuestión compleja que requiere como presupuesto inexcusable, un examen completo y detallado de su contenido. Si esta afirmación es predicable, con carácter general, de todo tipo de contratos, se refleja con mayor intensidad en los contratos de gestión de servicios públicos.

Por consiguiente, y con el fin de realizar una correcta calificación-tipificación de un contrato como de servicios o como de gestión de servicios públicos al objeto de que el régimen jurídico aplicable se encuentre posteriormente legitimado, resulta necesario fijar unos criterios diferenciadores de carácter práctico que obtendremos del estudio de la doctrina jurisprudencial y de la casuística consultiva, con el fin de exponerlos en último lugar de forma concisa a modo de conclusiones. Si bien es oportuno hacer antes una serie de importantes matices.

En primer lugar, la diferenciación a la que debemos atender es exactamente la existente entre los contratos de servicios y los contratos de gestión de servicios públicos en su modalidad de

³⁹ Ya se referían a esta dificultad y a la importancia y trascendencia de una correcta delimitación de ambos tipos contractuales RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., *Contratos Públicos y Derecho comunitario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, Págs. 246-254; GIMENO FELIU, J. M., “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española”, Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005, Págs. 152-161; del mismo autor, “Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos del sector público”, Thomson Reuters Civitas y Diputación de Huesca, Cizur Menor (Navarra), 2010, Págs. 147-163; y MIGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *RAP*, núm. 175, 2008, Págs. 177-182.

concesión de servicios, o lo que es lo mismo, entre los contratos de servicios y las concesiones de servicios, dado que en puridad en la definición de contratos de gestión de servicios públicos nos encontramos con distintas modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos, las recogidas en el artículo 277 del TRLCSP, y que la Ley agrupa bajo la denominación única de contrato de gestión de los servicios públicos, siendo las que nos interesa al efecto la “concesión de servicios”.

En segundo lugar, es importante conocer también que, aunque no sea objeto de este estudio, ambos contratos, servicios y gestión de servicios públicos, pueden ser también en ocasiones fruto de confusión e incorrecta delimitación con los contratos administrativos especiales definidos en el artículo 19.1. b) del TRLCSP y con los contratos de colaboración entre el sector público y el sector privado que define el artículo 11 del TRLCSP⁴⁰.

En tercer y último lugar, las dificultades relacionadas con la interpretación de los conceptos de concesión de servicios y de contrato público de servicio han generado una inseguridad jurídica continua para los gestores públicos que han dado lugar a numerosas sentencias del TJUE, fundamentalmente porque estos gestores se regían por la normativa interna nacional y la interpretación que ellos hacían de la misma, que difería de la interpretación que posteriormente realizaba el TJUE en cuanto a la incardinación de un contrato como de servicio o de concesión de servicios y todo ello como consecuencia de la falta de una regulación expresa en el Derecho de la Unión Europea que sirviera de guía a los distintos operadores nacionales, porque si bien, como ya se apuntó, la Directiva 2004/18 definía las concesiones de servicios también las excluía de su ámbito de aplicación.

De este modo los análisis y conclusiones que a continuación se exponen se hacen bajo el prisma de que la pertenencia de un Estado a la Unión Europea produce como consecuencia una distribución de competencias entre el Estado miembro y la Unión. El Estado se reserva un conjunto de competencias bajo su soberanía y en ese ámbito rigen las normas nacionales, pero hay otras materias cedidas a la Unión en las que rigen tanto el Derecho de la Unión Europea originario como los actos y normas adoptados por las Instituciones europeas, el Derecho de la Unión Europea derivado. Ahora bien, las normas de los dos ordenamientos jurídicos (comunitario y nacional) coexisten en cada Estado miembro y ocurre que los dos ordenamientos tienen unos mismos destinatarios, las personas físicas y jurídicas de cada país; en base a este hecho existen múltiples relaciones entre las normas comunitarias y las nacionales y esas relaciones están gobernadas por el principio de autonomía del Derecho de la Unión Europea junto a los principios de efecto directo y de la primacía del Derecho de la Unión Europea, que deben ser obligatoriamente tenidos en cuenta por los poderes adjudicadores y los órganos jurisdiccionales nacionales a la hora de interpretar la normativa interna.

De este modo, el Derecho de la Unión Europea es autónomo respecto del Derecho interno, aunque se integra en los sistemas jurídicos nacionales, si bien sin perder su calidad de Derecho de la Unión Europea, es decir, el Derecho de la Unión Europea forma parte del Derecho que se aplica en cada Estado, pero no se confunde con el Derecho interno, esto significa que cuando las instituciones comunitarias ejercen las competencias que recogen los Tratados se atienen a los procedimientos de producción normativa establecidos a nivel comunitario, persiguen a su vez los objetivos que establecen los Tratados y normas de la Unión Europea y se rigen por éstos en cuanto a su entrada en vigor, publicación y efectos jurídicos.

⁴⁰ Véase en este último caso el trabajo de GIMENO FELIU, J.M., “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, oct-dic, 2012, Págs. 17 a 57.

Por su parte, el efecto directo significa que todos los destinatarios de las normas europeas, tanto los Estados como los ciudadanos, quedan obligados por esas normas y pueden exigir su observancia ante los Tribunales internos. El principio de efecto directo fue establecido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia de 5 de febrero de 1963, asunto 26/62, Van Gend and Loos. En base a esta idea el Tribunal declaró, por ejemplo, que el Derecho de la Unión Europea independientemente de las legislaciones de los Estados miembros crea obligaciones para los particulares y genera derechos que forman parte de su patrimonio jurídico⁴¹, pero para que una norma comunitaria tenga efecto directo el Tribunal exige como condición que la disposición en concreto aparezca desde el punto de vista de su contenido como incondicional y suficientemente precisa. Así, por ejemplo, de conformidad con la STJUE de 24 de septiembre de 1998, en el asunto Walter Tögel, asunto C-76/97, las disposiciones contenidas en la Directiva 92/50/CEE sobre adjudicación de los contratos públicos de servicios son incondicionales y suficientemente precisas para que un particular pueda invocarlas frente al Estado y ante los órganos jurisdiccionales nacionales en el supuesto de incorrecta transposición por el Derecho nacional, o lo que es lo mismo, producen efecto directo. Premisas que fueron igualmente aplicables a la Directiva 2004/18 y que lo serán a las nuevas directivas sobre contratos públicos una vez que transcurra el plazo de transposición legalmente previsto para las mismas, por ser en gran medida su contenido similar.

Además, según el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, establecido por el Tribunal de Justicia en la Sentencia de 15 de julio de 1964, asunto 6/64, Costa contra Enel, el Derecho europeo tiene un valor superior a los Derechos nacionales de los Estados miembros de forma que sobre los Estados miembros y los jueces nacionales pesa la obligación de no aplicar una norma nacional contraria a Derecho de la Unión Europea. A su vez, la misión del Tribunal de Justicia consiste en velar por que el Derecho de la Unión Europea se interprete y aplique de la misma manera en todos los países de la Unión Europea, garantizando así que la ley sea igual para todos. Es por tanto el garante de un ordenamiento jurídico propio, el de la Unión Europea, que se ve asistido y aplicado también por los sistemas jurídicos nacionales hasta el punto que corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que deba aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión Europea (véanse, en particular, las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea Van Munster, de 5 de octubre de 1994, C-165/91, Rec. p. I-4661, apartado 34 y Engelbrecht, de 26 de septiembre de 2000, C-262/97, Rec. p. I-732, apartado 39). Si tal interpretación conforme no es posible, el órgano jurisdiccional nacional debe aplicar íntegramente el Derecho de la Unión Europea y proteger los derechos que éste confiere a los particulares, absteniéndose de aplicar, en su caso, cualquier disposición nacional en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario al Derecho de la Unión Europea (véanse, en particular, las sentencias Solred, de 5 de marzo de 1998, asunto C-347/96, Rec. p. I-937, apartado 30, y Engelbrecht, antes citada, apartado 40).

En definitiva, como acierta a resumir la STJUE de 18 de julio de 2007, Comisión/Italia, asunto C-382/05, enfatizando claramente lo inmediatamente explicado: “Puesto que el Gobierno italiano ha insistido, en repetidas ocasiones, en el hecho de que, según la jurisprudencia nacional, cuando los contratos presentan las características de los convenios controvertidos, deben calificarse de concesiones de servicios, debe recordarse, con carácter preliminar, que la definición de un contrato público de servicios es materia del Derecho de la Unión Europea y,

⁴¹ En relación al patrimonio jurídico de los ciudadanos europeos puede consultarse mi trabajo “La defensa de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos europeos en el sistema de Derecho Comunitario y en el sistema judicial compuesto de la Unión Europea”, *Diario La Ley*, nº 8232, Sección Doctrina, 20 de enero de 2014, Págs. 14-20.

por ello, la calificación de los convenios controvertidos en Derecho italiano no es pertinente para dilucidar si estos últimos están o no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 92/50 (véanse, en este sentido, las sentencias de 20 de octubre de 2005, Comisión/Francia, C-264/03, Rec. p. I-8831, apartado 36, y de 18 de enero de 2007, Auroux y otros, C-220/05, Rec. p. I-385, apartado 40)". Pues bien, es desde esta perspectiva que se exponen los epígrafes y conclusiones que se presentan en la segunda parte de este estudio.

6. Bibliografía

- AA.VV., (Coord. PUNZÓN MORALED A, J.), *Administraciones Públicas y nuevas tecnologías*, Lex Nova, Madrid, 2005.
- ESPINAR MAAT, F., "A la espera de un nuevo régimen de clasificación empresarial", publicado el 7 de julio de 2014 en el sitio Web del Observatorio de la Contratación Pública [fecha última consulta: 16-julio-2014] <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.161/relmenu.3/chk.c2ece0d0d0c2cea4909192d5caf4c656>
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (I)", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 111, Editorial La Ley, septiembre, 2011.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Distinción entre el contrato de concesión de servicios y el contrato de servicios (II)", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 112, Editorial La Ley, octubre, 2011.
- GARCÍA VEGA, J.E., "Diferencias prácticas entre el contrato de servicios y el de gestión de servicios públicos", *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 87, Editorial La Ley, junio 2009.
- GIMENO FELIU, J. M., "La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española", Editorial Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- GIMENO FELIU, J. M., "Novedades de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos del sector público", Thomson Reuters Civitas y Diputación de Huesca, Cizur Menor (Navarra), 2010.
- GIMENO FELIU, J.M., "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP", *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 156, oct-dic, 2012.
- GIMENO FELIÚ, J.M., "Novedades introducidas en el anteproyecto de Ley de contratos del Sector Público", *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*. Disponible en: <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.196/relcategoria.208/relmenu.3/chk.0191071d304547b70e9318413213c254> [fecha última consulta: 17-julio-2015].

- LAZO VITORIA, X., “Contratos de concesión de obras y de servicios: las líneas fundamentales de la propuesta de nueva directiva comunitaria”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 129, ene-feb, 2014.
- LÓPEZ GUERRA, Luis, “Pluralismo y técnica normativa”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 29, septiembre-diciembre 2006.
- MIGUEZ MACHO, L., “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *RAP*, núm. 175, 2008.
- MORENO MOLINA, J.A., *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2006.
- MORENO MOLINA, J.A., “Cláusulas sociales en la contratación administrativa”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 60, 2007.
- MORENO MOLINA, J.A., “El Anteproyecto de nueva Ley de Contratos del Sector Público y su imprescindible aprobación”, *Observatorio de Contratación Pública (ObCP)*, 20-abril-2015
<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.197/relcategoria.208/relmenu.3/chk.758640b719acd6127a53331dcedc12db> [fecha última consulta: 25-julio-2015].
- MORENO MOLINA, J.A. y PINTOS SANTIAGO, J., “La incidencia de la ley de emprendedores en el Derecho administrativo, en especial en materia de contratación pública”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 55, julio-2014.
- MORENO MOLINA, J.A. y PLEITE GUADAMILLAS, F., *Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. Estudio Sistemático*, La Ley, Madrid, 2012
- PINTOS SANTIAGO, J., “Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 137, mayo-junio 2015.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2009.
- RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, Editorial La Ley, 2012.
- RAMOS PÉREZ-OLIVARES, A., “Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, Editorial La Ley, núm. 119, mayo-2012.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., *Contratos Públicos y Derecho comunitario*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “La distinción entre contrato de servicios y concesión de servicios en la reciente jurisprudencia comunitaria y su incidencia en el ámbito interno”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3/2012, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012.
- ROSADO SANTURINO, A.G., “Discordancias con el Derecho comunitario de la noción española del contrato de servicios y del contrato de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 96, Editorial La Ley, abril, 2010.
- SÁIZ RAMOS, M., “Reflexiones prácticas sobre las diferencias entre los contratos de servicios y de gestión de servicios públicos”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, núm. 118, Editorial La Ley, abril, 2012.

