

# *El contrato de gestión de servicios públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*

*SUMARIO:* I. CUESTIONES GENERALES: CONTINUIDAD EN LA REGULACIÓN, INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO. II. CONCEPTO DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. III. RÉGIMEN JURÍDICO. IV. MODALIDADES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. V. ADJUDICACIÓN. 1. CUESTIONES GENERALES. 2. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO. VI. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES. 1. DEBERES DEL CONTRATISTA. 2. DERECHOS DEL CONTRATISTA. 3. RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO. VIII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO. 1. TRANSCURSO DEL PLAZO PREVISTO. 2. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. IX. CESIÓN DEL CONTRATO Y SUBCONTRATACIÓN.

## I. CUESTIONES GENERALES: CONTINUIDAD EN LA REGULACIÓN, INCIDENCIA DEL DERECHO COMUNITARIO EUROPEO Y TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

1. La regulación dada al contrato de gestión de servicios públicos por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (en adelante, “LCSP”), se caracteriza, ante todo, por su continuidad respecto del

---

<sup>1</sup> Letrado de las Cortes Generales. Profesor Titular de Derecho Administrativo. Abogado.

régimen establecido al respecto por el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio (en adelante, “TRLCAP”). Es cierto que se han introducido significativas modificaciones —muchas plausibles—, de las que las más importantes son las relativas a las contraprestaciones económicas a las que tiene derecho el contratista y al mantenimiento del equilibrio económico del contrato. Pero con todo, son muchos los preceptos copiados literalmente o casi de la legislación anterior y la impresión general de continuidad no alcanza en modo alguno a desvanecerse<sup>2</sup>.

2. Continuidad que, en gran medida, resulta de la inaplicabilidad de las Directivas Comunitarias en materia de contratación pública al contrato de gestión de servicios públicos. En efecto, si el “impulso primordial” para la elaboración de la LCSP ha sido (según se reconoce expresamente en el párrafo segundo del apartado I de su Exposición de Motivos) la necesidad de adecuar nuestra legislación interna al ordenamiento jurídico comunitario en la materia (y, en concreto, a 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 servicios), ninguna extrañeza debe causar el hecho de que, en los ámbitos materiales en los que no era precisa tal adecuación, el legislador haya sido particularmente cauteloso en el ejercicio de su capacidad innovadora del ordenamiento jurídico.

Y es que, efectivamente, a pesar de que han existido diversos intentos de someter a las que el Derecho Comunitario denomina concesiones de servicios públicos a determinadas disposiciones en materia de publicidad comunitaria, tales intentos han resultado, sin embargo, finalmente frustrados, tanto por la oposición de algunos Estados miembros cuanto, posiblemente, por la cercanía de determinados contratos de gestión de servicios públicos al núcleo mismo de la soberanía política de dichos Estados.

El resultado de tal rechazo es el de que los contratos en cuya virtud el prestador del servicio sea retribuido mediante el derecho a la explotación del mismo, o mediante tal derecho acompañado de un precio, están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 2004/18/CE (artículos 1.4 y 17 de ésta), como en su día lo estuvieron de la Directiva 92/50/CEE, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios. Así lo declaró el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, “TJCE”) en su Sentencia de 7 de diciembre de 2000 dictada en el asunto

---

<sup>2</sup> Sobre el alcance real de las novedades introducidas por la nueva Ley, veáse Silvia DEL SAZ “La nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Un nuevo traje con las mismas rayas?”, *Revista de Administración Pública*, número 174, septiembre-diciembre 2007, páginas 335 y siguientes.

C-324/98, en la que se señala asimismo que tal exclusión no obsta a la aplicación a las concesiones de servicios públicos de las normas fundamentales del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante, "TCE") y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad, el cual implica "una obligación de transparencia que permite que la entidad adjudicadora se asegure de que el mencionado principio es respetado", obligación que "consiste en garantizar, en beneficio de todo licitador potencial, una publicidad adecuada que permita abrir a la competencia el mercado de servicios y controlar la imparcialidad de los procedimientos de adjudicación"<sup>3</sup>. Por lo demás, el criterio expuesto había sido sostenido ya con anterioridad por la Comisión Europea en su Comunicación interpretativa sobre las concesiones en el Derecho Comunitario<sup>4</sup>, en la que se exponen con cierto detalle las consecuencias resultantes de la aplicación a las concesiones de servicios públicos de las normas fundamentales contenidas en el TCE<sup>5</sup>.

Ahora bien, sin perjuicio de la aplicación, en los términos expuestos, de los principios generales de Derecho Comunitario, la Directiva 2004/18/CE, que es el instrumento normativo comunitario específicamente dictado en materia de contratación pública, únicamente afecta al contrato de gestión de servicios públicos en un extremo menor: la prohibición, establecida por su artículo 3, de que los gestores de servicios públicos discriminen por razón de la nacionalidad a las empresas de Estados miembros de la Unión Europea o de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio en los contratos de suministro que adjudiquen como consecuencia del de gestión de servicios públicos. Tal prohibición se recoge, al enumerarse las obligaciones generales del contratista, en el artículo 256.d) de la LCSP y se extiende, conforme a la Disposición Adicional Decimoséptima de ésta, a las empresas de Estados signatarios del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

---

<sup>3</sup> Comentan la citada Sentencia de 7 de diciembre de 2000 Santiago A. BELLO PAREDES y Teresa MEDINA ARNÁIZ, "Una aproximación al régimen jurídico comunitario de los contratos de concesión de servicios públicos", *El Derecho*, año VIII, número 1375, 23 de abril de 2001, pp. 2 a 5. En el mismo sentido, entre otras, Sentencia del TJCE de 13 de septiembre de 2007, asunto C-260/04.

<sup>4</sup> Publicada en el DOCE, número C, 121, de 29 de abril de 2000.

<sup>5</sup> La aplicabilidad a las concesiones de servicios públicos de los principios de Derecho Comunitario en materia de contratación pública, en la medida en que puedan reconducirse a los principios directos de Derecho primario contenidos en el TCE, había sido sugerida ya anteriormente por Miguel BRAVO-FERRER DELGADO, en *Contratos de las Administraciones Públicas (Comentarios al Texto Refundido de la Ley)*, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados, Madrid, 1.ª edición, 1995, I, p. 23.

3. Por otra parte, la señalada tendencia general a la continuidad se reflejó también en el íter parlamentario que precedió a la aprobación de la LCSP, en el que la regulación del contrato de gestión de servicios públicos suscitó escasísimo interés. De hecho, únicamente se presentaron en el Congreso de los Diputados dos enmiendas relativas a dicho contrato — ambas por el Grupo Socialista del Congreso—, encaminadas a la modificación de los artículos 257 y 258.5 (la primera, con el fin de prever que entre las contraprestaciones económicas a las que el contratista tiene derecho ha de incluirse una retribución fijada en función de la utilización del servicio, a percibir de los usuarios o de la Administración, y la segunda, encaminada a limitar los supuestos en los cuales puede recurrirse a la prórroga del contrato como mecanismo para el restablecimiento de su equilibrio económico)<sup>6</sup>, las cuales fueron aprobadas. Y en el Senado no se presentó ninguna enmienda en relación con el contrato de gestión de servicios públicos.

Así pues, no se trata sólo de que, como se ha señalado, la nueva regulación de tal contrato no difiere excesivamente de la existente con anterioridad. Es que, además, tampoco existió una demanda política real de que se introdujeran en el mismo modificaciones significativas.

## II. CONCEPTO DE CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. La noción general del contrato de gestión de servicios públicos se contiene en el artículo 8.1 de la LCSP, sustancialmente igual al derogado artículo 154.1 del TRLCAP: mediante tal contrato las Administraciones Públicas encomiendan a una persona, natural o jurídica, la gestión de un servicio público cuya prestación ha sido asumida como propia de su competencia por la Administración encomendante.

Nos hallamos, por consiguiente, ante una forma indirecta de gestión de servicios públicos (artículo 251.1 de la LCSP), lo que implica que la titularidad del servicio sigue correspondiendo a la Administración Pública contratante, la cual asume la actividad de que se trate como propia de la misma (artículo 116 de la LCSP). Por ello, la Administración titular del servicio conserva los poderes de policía necesarios para asegurar su buena marcha (artículo 255.2 de la LCSP, concorde con el artículo 155.3 del TRLCAP),

---

<sup>6</sup> Las enmiendas aludidas en el texto fueron las números 188 y 189 de las presentadas en el Congreso de los Diputados, y se hallan publicadas en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, número 95-22, 29 de marzo de 2007, páginas 239 y 240.

lo que ciertamente no obsta a la posibilidad de que el órgano de contratación atribuya al concesionario de servicios públicos determinadas facultades de policía, supuesto en el que contra los actos del concesionario en el ejercicio de tales facultades podrá reclamarse ante la Administración concedente (artículo 184 del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre —en adelante, “RGLCAP”-), cuya resolución, a su vez, será objeto de control jurisdiccional contencioso-administrativo (artículo 2.d) de la Ley reguladora de dicha Jurisdicción).

Por lo demás, la retención por la Administración contratante de la titularidad del servicio cuya gestión es objeto del contrato explica la exigencia, impuesta por el artículo 116 de la LCSP, de que con carácter previo a la contratación del servicio deba haberse establecido su régimen jurídico, que atribuya las competencias administrativas, determine el alcance de las prestaciones en favor de los administrados y regule los aspectos de carácter jurídico, económico y administrativo relativos a la prestación del servicio. Esta previsión se basa en el artículo 155.2 del TRLCAP, respecto del que, sin embargo, se ha suprimido el calificativo “básico” que en éste adjetivaba a la expresión “régimen jurídico”, supresión que ha de ser objeto de una valoración favorable, supuesto que dicho calificativo, procedente del artículo 197 del Reglamento General de Contratación del Estado aprobado por Decreto 3410/1975, de 25 de noviembre, olvidaba la nueva significación que las normas básicas han asumido tras la entrada en vigor de la Constitución a efectos de la distribución entre el Estado y las Comunidades Autónomas de las competencias normativas en relación con los contratos de las Administraciones Públicas.

2. Desde el punto de vista subjetivo, por consiguiente, y según resulta de la definición contenida en el artículo 8.1 de la LCSP, es imprescindible, para que nos hallemos ante el contrato de gestión de servicios públicos regulado como contrato administrativo típico por dicho cuerpo normativo (artículo 19.1.<sup>a</sup>) de la propia LCSP), que la entidad contratante sea una Administración Pública, esto es, que se halle incluida dentro de los supuestos enumerados por el artículo 3.2 de la propia LCSP.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, la posibilidad de que entidades integradas en el sector público que no ostentan la condición de Administraciones Públicas sean competentes para la prestación de servicios públicos. Así puede ocurrir, por ejemplo, con las entidades públicas empresariales, que en ningún caso tienen la consideración, a efectos de la LCSP, de Administraciones Públicas (último párrafo de su artículo 3.2) y, sin embargo, pueden asumir “la gestión de servicios” (artículo 53.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración Gene-

ral del Estado), expresión que por su amplitud comprende, sin duda alguna, en los términos que resulten de la Ley de creación de cada entidad, la prestación de servicios públicos propiamente tales. Pues bien, debe entenderse que la referencia a las Administraciones Públicas contenida en el artículo 8.1 de la LCSP no obsta a la posibilidad —con sujeción a lo que resulte de su legislación específica— de que la entidad que no ostente tal condición y que sea competente para prestar un servicio público encomiende la gestión del mismo a un tercero a través del correspondiente contrato, el cual no será ciertamente un contrato administrativo, sino privado (artículo 20.1 de la LCSP), pero cuyo contenido obligacional podrá ser similar al previsto por ésta para el contrato administrativo típico de gestión de servicios públicos salvo en los extremos en los que este último sea incompatible con los principios esenciales de la contratación privada.<sup>7</sup>

3. Por otra parte, entiendo que la LCSP ha acogido, a efectos de delimitar el objeto del contrato de gestión de servicios públicos, una noción amplia de éstos, que comprende todos los que tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de la entidad pública correspondiente (definición esta basada en la redacción del artículo 85.1 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local —en adelante, “LBRL”—, anterior a su reforma por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre).

Es conocida, en efecto, la multivocidad de la expresión “servicios públicos”<sup>8</sup>. Sin pretensión de mediar aquí en un debate doctrinal prolongado y extraordinariamente complejo, baste con indicar, simplificando notablemente sus términos, que aquella expresión es empleada en ocasiones en un sentido amplísimo —el expresado en el párrafo anterior—, mientras que en otras, por el contrario, designa una realidad mucho más restringida, constreñida a los servicios formalmente declarados como tales por una norma con rango de Ley. Pues bien, debe entenderse que la LCSP emplea la locución “servicios públicos” en el amplio sentido antes indicado, tanto porque tal era la tradición legislativa en materia de contratos públicos, la cual

---

<sup>7</sup> Por ejemplo, el *ius variandi* o la prerrogativa de la interpretación unilateral. Naturalmente, no deja de suscitar dudas la conveniencia de que en tales contratos privados la entidad pública empresarial contratante se vea privada, no obstante retener la titularidad del servicio público, de tales prerrogativas exorbitantes propias de la contratación administrativa. En relación con ello, véanse las consideraciones que, sobre la naturaleza necesariamente privada de los contratos que concierne todas las entidades que no sean Administraciones Públicas, formulan Francisco SOSA WAGNER y Mercedes FUERTES LÓPEZ, “La Ley de Contratos en el Sector Público y el murciélago”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* número 743/2007.

<sup>8</sup> Véase, por ejemplo, Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Principios de Derecho Público Económico*, Granada, 1999, pp. 485 ss.

no ha sido objeto de rectificación explícita, como porque cuando el legislador quiere emplear la citada expresión en su acepción restringida lo indica expresamente, al objeto de evitar cualesquiera dudas al respecto (así, una Ley prácticamente contemporánea de la derogada Ley 13/1995, de 18 de abril, de Contratos de las Administraciones Públicas —en adelante, “LCAP”—, como fue la también derogada Ley 5/1995, de 23 de marzo, de régimen jurídico de la enajenación de participaciones públicas en determinadas empresas, aludía, en su artículo 1.1.<sup>a</sup>), a los “servicios públicos formalmente declarados como tales”). Por lo demás, tal es el criterio explícitamente acogido por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 6 de mayo de 1999, Ar. 4300, a propósito de la calificación que debe corresponder a la actividad consistente en la explotación de un aparcamiento situado en el subsuelo del dominio público local.

4. La amplitud con la que la expresión “servicios públicos” es empleada por la LCSP hace que cobre especial trascendencia la determinación del criterio distintivo entre el contrato de gestión de servicios públicos y el contrato de servicios, definido por el artículo 10 de aquélla y configurado también por la misma como un contrato administrativo típico cuando se celebra por una Administración Pública (artículo 19.1.<sup>a</sup>) de la LCSP, con las excepciones aludidas por el segundo párrafo del artículo 20.1 del mismo cuerpo normativo)<sup>9</sup>.

Ante todo, debe ponerse de relieve que las definiciones de ambas figuras contractuales contenidas en la LCSP carecen de verdadera eficacia discriminadora entre ambas. En efecto, el artículo 10 de aquélla define los contratos de servicios como “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”. Como bien se comprende, esta definición residual no permite distinguir el contrato de servicios del relativo a la gestión de servicios públicos, toda vez que en éste el contratista realiza una prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad que no produce una obra o un suministro, de forma que en rigor el contrato de gestión de servicios públicos se encontraría incluido dentro del ámbito objetivo del contrato de servicios.

Ahora bien, no obstante lo indicado en el párrafo anterior, es posible distinguir con relativa seguridad los contratos de gestión de servicios públi-

---

<sup>9</sup> En relación con esta cuestión, véanse José Antonio MORENO MOLINA y Francisco PLEITE GUADAMILLAS, *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, La Ley, 2007, páginas 226 y siguientes; y Luis MÍGUEZ MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, número 175, enero/abril 2008, páginas 157 y siguientes y, en particular, 177 y siguientes.

cos y de servicios sobre la base de la consideración conjunta de los siguientes criterios:

- a) En primer término, debe atenderse a quién es el destinatario directo e inmediato de la actividad que realiza el contratista. En efecto, en el contrato de gestión de servicios públicos los destinatarios del servicio que presta el contratista son los usuarios del servicio público —esto es, los ciudadanos que acceden al mismo—, y no directamente la Administración (aunque ciertamente el gestor indirecto del servicio público presta a la Administración titular del mismo el servicio consistente en gestionar en su lugar el servicio público, de forma que ésta también podría considerarse indirectamente como destinataria de un servicio —aunque no del servicio público-). Por el contrario, en el contrato de servicios el destinatario directo e inmediato del servicio constitutivo del objeto del contrato es precisamente la Administración contratante. Por lo demás, el criterio del destinatario parece haber sido asumido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa<sup>10</sup>, por más que fue objeto de rechazo expreso durante la tramitación parlamentaria de la que sería LCSP<sup>11</sup>.

---

<sup>10</sup> Así, en el Punto Primero del Acuerdo de la mencionada Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre aplicación de la normativa reguladora de la clasificación de empresas consultoras y de servicios, cuya publicación se acordó por Resolución de 17 de mayo de 1991, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, y tuvo lugar en el BOE número 145, de 18 de junio de 1991, se señala lo siguiente “*El artículo 3 del Decreto 1005/1974 define el objeto del contrato de asistencia y en su aplicación es de señalar que debe evitarse la confusión, que frecuentemente se advierte, con el contrato de gestión de servicios públicos, cuyo concepto se determina en los artículos 62 y 63 de la Ley de Contratos del Estado y que difieren sustancialmente entre sí, no debiendo confundirse la explotación de la gestión de un servicio público, con la prestación de un servicio por un tercero a la Administración (...)*”. En sentido similar, pueden verse los Informes de la propia Junta números 37/1995, de 24 de octubre; 41/1995, de 21 de diciembre, y 4/1996, de 7 de marzo. El criterio del destinatario es también asumido por la Comisión Permanente de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya (por ejemplo, en su Informe 5/2007, de 21 de diciembre), que menciona además como criterio distintivo el objeto del contrato, que en un caso —contrato de gestión de servicios públicos— es una prestación competencia de la Administración contratante, mientras que en el otro —contrato de servicios— es una prestación complementaria para el funcionamiento de la Administración.

<sup>11</sup> En efecto, la definición del contrato de servicios contenida en el artículo 10 del Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público remitido por el Consejo de Ministros al Congreso de los Diputados (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie A, número 95-1, 8 de septiembre de 2006) se fundaba en el criterio del destinatario, pues conceptuaba tales contratos como “*aquellos cuyo objeto son prestaciones de hacer que tengan por destinatario directo a la entidad contratante, consistentes en el desarrollo de una actividad o dirigidas a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro*”. Sin embargo, el inciso relativo al destinatario directo fue suprimido como consecuencia de la aceptación



- b) En segundo lugar, en la práctica puede operar con carácter complementario en ciertos supuestos, a efectos de la calificación del contrato como de gestión de servicios públicos o como de servicios, el criterio de la existencia o no de una tarifa a abonar por los usuarios del servicio. En efecto, puede afirmarse que, cuando tal tarifa existe, el contrato en ningún caso podrá calificarse como de servicios y sí, por el contrario —y siempre, claro es, que nos hallemos materialmente ante un servicio público— como de gestión de servicios públicos. Ahora bien, la afirmación inversa no es necesariamente cierta. Esto es, pueden existir contratos de gestión de servicios públicos en los que el concesionario no sea retribuido mediante una tarifa a pagar por los usuarios —así ocurre, por ejemplo, con la concesión del servicio de difusión de televisión por ondas terrestres de ámbito nacional, regulada por la Ley 10/1988—, afirmación esta que, por lo demás, goza de inequívoco respaldo normativo, supuesto que los artículos 117.1 y 256.<sup>a</sup>) de la LCSP anteponen el inciso “en su caso” a la referencia a las tarifas que el contratista hubiera de percibir de los usuarios<sup>12</sup>. Por último, adviértase que el artículo 257.1 de la LCSP introduce la posibilidad de que la retribución del contratista fijada en función de la utilización del servicio sea abonada por la Administración contratante, y no por los usuarios —esto es, lo que en el ámbito de la concesión de obra pública se denomina habitualmente “peaje en sombra”—.
- c) Por último, es criterio distintivo entre los contratos de gestión de servicios públicos y de servicios el consistente en que, en aquéllos —al contrario de lo que ocurre en éstos—, el contratista asume el que pudiera denominarse riesgo de demanda, esto es, su retribución depende, total o parcialmente, del nivel de utilización del servicio pú-

---

de la enmienda número 158 de las presentadas en el Congreso de los Diputados, debida al Grupo Parlamentario Socialista del Congreso, en cuya motivación se señala que “*el criterio del destinatario no es válido para distinguir inequívocamente*” el contrato de servicios del contrato de gestión de servicios públicos.

<sup>12</sup> La Junta Consultiva de Contratación Administrativa señala, en su Informe 26/07, de 5 de julio de 2007, a propósito de la calificación como de gestión de servicios públicos que conviene a un contrato encaminado a la gestión de un tanatorio en el que el canon es satisfecho por el empresario al Ayuntamiento, y no por éste a aquél, que en los contratos de gestión de servicios públicos existen “*tres situaciones posibles sobre remuneración de la prestación, siendo la primera que el usuario del servicio abone una tarifa por su uso directamente al contratista, la segunda que la remuneración del contrato se efectúe por la Administración al contratista y la tercera que el canon se abone por el contratista a la Administración o alternativamente mediante la combinación de éstos*”.

blico por parte de sus destinatarios. Este criterio es el asumido por el Derecho Comunitario Europeo. En efecto, la Directiva 2004/18/CE diferencia los contratos de servicios y las que denomina concesiones de servicios, no por razón de su objeto —puesto que éstas son definidas, desde el punto de vista objetivo, por referencia a aquéllos—, sino por la forma de retribución del contratista, que incluye, en el caso de las concesiones, el derecho a la explotación del servicio —esto es, a la percepción de una contraprestación por razón de su utilización—, acompañado o no del derecho a percibir un precio (apartados 2.d) y 4 del artículo 1). Por otra parte, el TJCE tiene en cuenta la asunción o no por el contratista del riesgo de demanda a efectos de calificar a los contratos como concesiones de servicios o como contratos de servicios, respectivamente: así, puede citarse la Sentencia de 13 de octubre de 2005, en el asunto C-458/2003, en la que se califica como concesión de servicios —y, por consiguiente, excluida del ámbito de aplicación de las Directivas comunitarias en materia de contratación pública— a un contrato en cuya virtud se encomendaba a una empresa privada la explotación de un aparcamiento público, dependiendo la retribución del contratista del número de usuarios de aquél. Por último, la LCSP ha acogido este criterio en su artículo 257.1 —carente de precedentes en nuestro ordenamiento—, en el que se dispone que, entre las contraprestaciones económicas a las que el contratista tiene derecho, “se incluirá” —en términos imperativos—, “para hacer efectivo su derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización” (y ello al margen de que el pago de ésta se realice por los usuarios directamente o por la Administración en lugar suyo).

Así pues, y aunque en la práctica seguirán con toda seguridad suscitándose dudas de calificación de determinados supuestos, parece razonable concluir que la aplicación conjunta de los tres criterios expuestos en las letras precedentes permitirá resolver tales dudas con cierta seguridad.

5. Por otra parte, ha de distinguirse el contrato de gestión de servicios públicos de la concesión de obras públicas, definida por el artículo 7 de la LCSP, cuestión que se suscita porque, por una parte, el contrato de gestión de servicios públicos puede comprender la ejecución de obras (artículo 117.2 de la LCSP) y, por otra, la actividad de explotación de la obra pública constitutiva —junto a su construcción— del objeto del contrato de conce-

sión de obras públicas puede consistir, materialmente, en la prestación de un servicio público<sup>13</sup>.

Pues bien, la distinción entre las dos figuras contractuales aludidas en el párrafo anterior parece —al menos desde la perspectiva conceptual, y reconociendo la posible existencia de notables dificultades de calificación en la práctica— relativamente sencilla. En efecto, en el contrato de gestión de servicios públicos, la prestación principal a realizar por el contratista es la gestión de un servicio público, sin perjuicio de que ésta pueda requerir además la ejecución de obras, a la cual serán de aplicación los preceptos de la LCSP en materia de concesión de obras públicas (artículo 117.2 de la misma). Por el contrario, en la concesión de obras públicas, el objeto principal de la actividad a realizar por el concesionario es la construcción de una obra pública, sin perjuicio de que, al estar constituida, al menos parcialmente, la contraprestación a la que tiene derecho por la explotación de la obra pública, aquél pueda, al realizar tal explotación, proceder a la gestión del servicio público respecto del que la obra pública constituya el correspondiente soporte. En otros términos, y en línea con el criterio general para la calificación de los contratos mixtos establecido por el artículo 12 de la LCSP, el criterio distintivo sería el valor económico relativo de la obra a construir y explotar o del servicio público a prestar, de tal forma que cuando la prestación principal a la que se obliga el contratista sea la construcción de una obra pública, nos hallamos ante un contrato de concesión de obra pública, mientras que, por el contrario, cuando tenga mayor valor económico la gestión del servicio público que la construcción de las obras precisas para tal prestación, nos hallaremos ante un contrato de gestión de servicios públicos<sup>14</sup>.

6. Por último, el contrato de gestión de servicios públicos se ha de referir a servicios que sean susceptibles de explotación por empresarios particulares, sin que en ningún caso puedan prestarse por gestión indirecta los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes

---

<sup>13</sup> En todo caso, la LCSP ha suprimido la posibilidad, anteriormente prevista por el artículo 220.1 del TRLCAP, de que la concesión de obras públicas únicamente tuviera por objeto la explotación —y no la construcción— de obras, supuesto en el que la distinción entre el contrato de gestión de servicios públicos y la concesión de obras públicas se hacía particularmente difícil. En relación con tal supuesto, véanse las consideraciones formuladas por Antonio EMBID IRUJO y Eloy COLOM PIAZUELO, *Comentarios a la Ley Reguladora del Contrato de Concesión de Obras Públicas*, Aranzadi, 2003, pp. 73 ss.

<sup>14</sup> Este criterio es, en sustancia, el acogido por la anteriormente mencionada Comunicación interpretativa de la Comisión Europea sobre las concesiones en el Derecho Comunitario (apartado 2.3 de la misma) y, asimismo, por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (por ejemplo, Informe 25/01, de 30 de enero de 2002).

públicos<sup>15</sup> (artículo 251.1 de la LCSP, procedente en lo sustancial del artículo 155.1 del TRLCAP).

### III. RÉGIMEN JURÍDICO

1. En primer lugar, debe ponerse de relieve que, por oposición a lo que ocurría con el TRLCAP, cuerpo normativo en el que la disciplina del contrato de gestión de servicios públicos se hallaba fundamentalmente concentrada en un Título —el II— de su Libro II —en el que se contenía la que pudiera considerarse parte especial del Derecho de la contratación pública—, tal disciplina se halla en la LCSP sumamente dispersa, como consecuencia de la complejidad estructural de ésta<sup>16</sup>. En concreto, las previsiones relativas al contrato de gestión de servicios públicos se contienen en la LCSP fundamentalmente en sus artículos 8 —en el que se define aquél—, 116 y 117 —en los que se regulan las actuaciones preparatorias del mismo—, 156 y concordantes —atinentes a su adjudicación— y 251 a 265 —integrantes del Capítulo III del Título II de su Libro IV, en el que se regulan los efectos, el cumplimiento y la extinción del contrato —.

2. Por otra parte, el artículo 252 de la LCSP dispone en su primera parte que “los efectos, cumplimiento y extinción de los contratos de gestión de servicios públicos se regularán por la presente Ley, excluidos los artículos 196, apartados 2 a 7, ambos inclusive, 197, 203 y 205”.

La aplicabilidad de la LCSP al contrato considerado resulta inmediatamente de su naturaleza administrativa (artículo 19.1.<sup>a</sup> de aquélla), y en realidad ya estaba prevista con carácter general en su artículo 19.2. Por lo que concierne a los preceptos de la LCSP que no son de aplicación, conforme a su artículo 252, al contrato de gestión de servicios públicos, deben realizarse las precisiones siguientes:

- a) Ante todo, la relación de preceptos excluidos no es, ciertamente, completa. Baste recordar a este respecto que el artículo 262 de la LCSP excluye expresamente la aplicación al contrato de gestión

---

<sup>15</sup> Prohibición esta última aplicable también a los contratos de servicios, conforme al artículo 277.1 de la LCSP. La Junta Consultiva de Contratación Administrativa, en su Informe 2/2006, de 24 de marzo, considera que no entraña ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos y, por consiguiente, puede gestionarse directamente mediante contrato, el servicio de prevención y extinción de incendios.

<sup>16</sup> Complejidad que fue valorada muy críticamente por el Consejo de Estado en su Dictamen de 25 de mayo de 2006 relativo al Anteproyecto de la que finalmente sería LCSP.

de servicios públicos de las letras e) y f) del artículo 206 de aquélla.

- b) En segundo término, los artículos 196, apartados 2 a 7, y 197 (relativos a la demora del contratista en la ejecución del contrato) no resultan ordinariamente de aplicación al contrato de gestión de servicios públicos, en el que la obligación del contratista es de actividad, y no de resultado, razón por la que en principio debe reputarse correcta la exclusión de los mismos establecida por el artículo 252 de la LCSP. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que en ocasiones se impone al gestor indirecto del servicio el deber de proceder a la progresiva implantación territorial de éste con arreglo a un determinado calendario. En tal caso, no puede excluirse la pertinencia, en garantía del interés público cuya tutela se encomienda a la Administración contratante, de aplicar al contratista el sistema de penalidades establecido por el artículo 196 de la LCSP, aplicación que podrá sin duda acordarse válidamente en el pliego de cláusulas administrativas particulares no obstante la excusión inicial prevista por el artículo 252.
- c) Por otra parte, tampoco es aplicable al contrato de gestión de servicios públicos el artículo 203 de la LCSP, relativo a la suspensión de los contratos, exclusión plenamente justificada si se pondera que tal suspensión vulneraría el principio de continuidad en la prestación de los servicios públicos que se erige en auténtico principio general del Derecho aplicable a éstos.
- d) Por último, el artículo 252 de la LCSP excluye la aplicabilidad al contrato de gestión de servicios públicos del artículo 205 de aquélla, relativo al cumplimiento de los contratos y a la recepción de la prestación, exclusión que se justifica, al igual que se señaló anteriormente en relación con los artículos 196 y 197, por ser la obligación del gestor indirecto de servicios públicos de actividad, y no de resultado, no existiendo por consiguiente la recepción a la que alude el citado artículo 205.

3. Por último, el artículo 252 de la LCSP establece que el contrato de gestión de servicios públicos se regulará por las disposiciones especiales del respectivo servicio en cuanto no se opongan a lo dispuesto en aquélla. Se trata de una previsión tomada del artículo 155.5 del TRLCAP, a su vez procedente del último inciso del párrafo primero del artículo 62 de la Ley de Contratos del Estado (en adelante, "LCE"), la cual tendrá plena eficacia jurídica en relación con las disposiciones autonómicas reguladoras del servicio público de que se trate, supuesto el carácter básico

de este artículo 252 a efectos de lo establecido por el artículo 149.1.18 de la Constitución (Disposición Final Séptima de la LCSP) —y ello, claro está, con la salvedad de los preceptos de la LCSP relativos a este contrato que no tienen carácter básico—. Por el contrario, en el supuesto de que las disposiciones especiales del correspondiente servicio público hayan sido dictadas por el Estado con posterioridad a la LCSP y tengan rango de Ley formal, es indudable que, en caso de contradicción, prevalecerán sobre lo prevenido en aquélla.

#### IV. MODALIDADES DEL CONTRATO DE GESTIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

1. Las modalidades del contrato de gestión de servicios públicos se enumeran en el artículo 253 de la LCSP, en términos literales sustancialmente idénticos a los contenidos en el artículo 156 del TRLCAP, a su vez tomados del artículo 66 de la LCE: concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta. El legislador insiste, pues, en su pretensión —técnicamente insostenible— de unificar “en el lecho de Procasto de un supuesto tipo contractual único” figuras contractuales distintas y que responden a esquemas obligacionales también diferentes<sup>17</sup>.

En todo caso, y no obstante la sustancial continuidad en la regulación respecto del Derecho anterior, debe aludirse brevemente al arrendamiento de servicios.

2. La figura del arrendamiento de servicios como modalidad de gestión indirecta de éstos<sup>18</sup> se hallaba tradicionalmente prevista por la legislación de régimen local, habiéndose suscitado en su día dudas acerca de su subsistencia en consideración al silencio acerca de la misma de la LCAP y, posteriormente, del TRLCAP.

Tales dudas se resolvieron inicialmente de forma mayoritaria en sentido favorable a la subsistencia del arrendamiento de servicios como forma específica de gestión indirecta de los servicios públicos locales, criterio este que, no obstante, y por lo que atañe al Derecho estatal básico, devino insostenible una vez que la Ley 57/2003 modificó el artículo 85.2 de la LBRL de

---

<sup>17</sup> Así, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 11.ª edición, Cívitas, Madrid, 2002, p. 727.

<sup>18</sup> Sobre el concepto de arrendamiento como forma de gestión indirecta de servicios públicos y su difícil delimitación respecto de la noción de concesión, véase FRANCISCO SOSA WAGNER, *La gestión de los servicios públicos locales*, 2.ª edición, Cívitas, Madrid, 1995, pp. 140 ss.

forma tal que éste se limitaba a remitirse, respecto de las formas de gestión indirecta de los servicios públicos locales, al artículo 156 del TRLACP.

La situación sigue siendo en la actualidad la misma, toda vez que la nueva redacción dada al citado artículo 85.2 de la LBRL por la Disposición Final Primera de la LCSP únicamente prevé que los servicios públicos de competencia local se gestionen indirectamente “mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en la Ley de Contratos del Sector Público”, entre las que, se reitera, no se halla el arrendamiento de servicios.

En todo caso, y sin perjuicio de lo indicado en los párrafos precedentes, subsiste la cuestión de si las Comunidades Autónomas, al amparo de su potestad de desarrollo normativo de las bases estatales en materia de contratos administrativos y de régimen local, podrán dictar normas de desarrollo de éstas en las que se prevea la figura del arrendamiento de servicios como técnica de gestión indirecta específica de los servicios públicos locales.

## V. ADJUDICACIÓN

### 1. CUESTIONES GENERALES

1. Sin perjuicio de la posibilidad de que, en casos “particularmente complejos” (artículo 164.1 de la LCSP), los contratos de gestión de servicios públicos se adjudiquen a través del diálogo competitivo, y sin perjuicio asimismo de la suerte de contrato menor de gestión de servicios públicos previsto por la Disposición Adicional Vigésimo Novena de aquélla para los casos de prestación de asistencia sanitaria en situaciones de urgencia y por importe inferior a 30.000 euros y de la novedad constituida por la admisibilidad general del contrato menor de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento sea inferior a 18.000 euros (artículo 122.3 de la LCSP), los contratos de gestión de servicios públicos se adjudicarán “ordinariamente” mediante procedimiento abierto o restringido (artículo 122.2 de la LCSP), siendo asimismo posible su adjudicación por procedimiento negociado en los supuestos contemplados por los artículos 154 y 156 de aquélla.

2. En todo caso, no cabe la adjudicación del contrato de gestión de servicios públicos mediante la aplicación del criterio único del precio (artículo 134.3.e) de la LCSP), esto es, no cabe la anteriormente denominada subasta, prohibición que resulta razonable, teniendo en cuenta el carácter *intuitu personae* de la relación que liga a la Administración titular del servicio con el gestor indirecto del mismo y, asimismo, la complejidad técnica que en

muchas ocasiones entraña la gestión de los servicios públicos, razones ambas que postulan la utilización de más de un criterio de adjudicación.

3. Por otra parte, la LCSP ha previsto la posibilidad —anteriormente contemplada para los contratos de concesión de obras públicas (artículo 230.2 del TRLCAP, idéntico al artículo 115.2 de la LCSP)— de que el órgano de contratación incluya en el pliego, en función de su naturaleza y complejidad, un plazo para que los licitadores puedan solicitar las aclaraciones que estimen pertinentes sobre su contenido, teniendo carácter vinculante para la Administración las respuestas que ofrezca, las cuales deberán hacerse públicas en términos que garanticen la igualdad y concurrencia en el proceso de licitación (artículo 117.3). Se trata de una novedad acreedora a una valoración favorable, pues responde a un problema no infrecuente en la práctica —de hecho, el trámite de aclaraciones a los Pliegos ya era conocido en determinados contratos de gestión de servicios públicos— y, además, no se justificaba en modo alguno la diferencia de regímenes anteriormente existente entre la concesión de obras públicas y el contrato de gestión de servicios públicos.

4. Por último, conviene aludir a una cuestión surgida en la práctica administrativa relativa a concursos para el otorgamiento de concesiones de servicios públicos que acaso pudiera tener algún interés general.

El artículo 86.1 del TRLCAP, basado en el artículo 36 de la LCE, mencionaba, como por lo demás hace ahora el artículo 134.1 de la LCSP, entre los criterios objetivos que han de servir de base para la adjudicación de los contratos mediante la forma del concurso, el “precio”. Pues bien, al amparo de esta genérica referencia, se planteó la posibilidad de incluir en los pliegos de cláusulas administrativas particulares, como uno de los criterios de valoración, la oferta de sumas de dinero por parte de los licitadores, de forma que la ofrecida por el adjudicatario habría de ser abonada por éste a la Administración simultáneamente a la formalización del contrato, o inmediatamente antes o después de ésta. Tal cantidad revestiría la condición de aportación a fondo perdido a la caja pública de la Administración Pública contratante y tendría carácter adicional en todo caso al abono por el contratista a la Administración del canon concesional de carácter periódico en el caso de que así procediera conforme a las disposiciones reguladoras del servicio público de que se tratara. Mas aún, se suscitó la posibilidad de establecer en los pliegos de cláusulas administrativas particulares una cuantía mínima que en todo caso ha de ser ofrecida por los licitadores como condición para la admisión a trámite de sus proposiciones, valorándose a efectos de la adjudicación del concurso el ofrecimiento de cantidades adicionales sobre el mínimo y en el bien entendido, en todo caso, de que el adjudicatario habría de pagar la cantidad que hubiera ofrecido.



La cuestión expuesta en el párrafo anterior se planteó frontalmente en el concurso relativo a un contrato de gestión de servicios públicos que, por razón de su repercusión pública y de su cuantía, probablemente deba considerarse como uno de los más importantes de los adjudicados en España en los últimos años: el concurso para el otorgamiento de una concesión para la gestión indirecta del servicio público de telefonía móvil automática en su modalidad GSM. En el pliego correspondiente se estableció el deber por parte de los licitadores de ofrecer una cantidad mínima, en concepto de aportación financiera a fondo perdido al Tesoro Público, que podría ser mejorada por aquéllos —valorándose las mejoras, entre otros criterios, en trance de adjudicar el contrato—, y que debía abonarse por el licitador adjudicatario —con la mejora ofrecida por éste en su caso— simultáneamente a la formalización del contrato concesional<sup>19</sup>. En el caso en cuestión, no obstante, la exigencia de una aportación financiera al Tesoro Público probablemente gozaba de cobertura en la norma sectorial reguladora del servicio correspondiente: en efecto, en el artículo 4 del Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática, aprobado por Real Decreto 1468/1994, de 1 de julio, se aludía expresamente, entre los méritos a incluir al establecer los criterios de valoración, al cumplimiento del objetivo consistente en maximizar la aportación “financiera” a la economía nacional que resulte del desarrollo del servicio concedido.

Y, sobre la base de este precedente —y de otros muchos desarrollados en la práctica administrativa, fundamentalmente local—, se suscitó la cuestión de la posibilidad de introducir sistemáticamente en los pliegos reguladores de los concursos para la adjudicación de contratos de gestión de servicios públicos el deber por parte del licitador adjudicatario de abonar, a título de canon inicial o de prima de adjudicación, cierta cantidad mínima —susceptible de mejora en las ofertas— simultáneamente a la formalización del contrato.

La Junta Consultiva de Contratación Administrativa se manifestó frontalmente contraria a la legalidad de la introducción de estos cánones iniciales, poniendo de relieve, entre otros extremos, que entrañan una alteración de los principios de libre concurrencia y adjudicación objetiva de los contra-

---

<sup>19</sup> El Pliego de cláusulas de explotación y de bases de adjudicación fue aprobado por Orden del Ministerio de Obras Públicas, Transportes y Medio Ambiente de 26 de septiembre de 1994, publicada en el BOE número 231, de 27 de septiembre. Las referencias a la aportación financiera al Tesoro Público se contienen en las Bases 9 y 16 del Pliego. Véanse las consideraciones que formulé al respecto en mi trabajo “La telefonía móvil y la ruptura del monopolio del servicio telefónico básico”, *REDA*, n.º 92, octubre-diciembre 1996, pags. 599 ss.

tos públicos y que son irregulares como medio de financiación de las entidades locales<sup>20</sup>.

Pues bien, cualquier que fuera la posición que al respecto pudiera sostenerse en el marco del Derecho anterior —en el que la posición contraria a la admisibilidad de las figuras examinadas pudiera fundarse en la prohibición de la desviación de poder, supuesto que el fin normativamente atribuido a la potestad de adjudicación de un contrato no es el de allegar recursos para la Hacienda Pública correspondiente—, entiendo que la nueva LCSP introduce un obstáculo adicional a aquéllas, al exigir, en su artículo 134.1, que los criterios que se tengan en cuenta para la valoración de las proposiciones y la determinación de la oferta económicamente más ventajosa se hallen “directamente vinculados al objeto del contrato”. En efecto, puesto que con carácter general no será posible acreditar la existencia de tal vinculación entre el objeto del contrato de gestión de servicios públicos y el abono a la Administración de cantidades iniciales, en principio debe concluirse la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la exigencia o de la previsión en los pliegos de estas aportaciones financieras.

Naturalmente, el planteamiento sería distinto —y no susceptible, en principio, de objeción ninguna— si el canon inicial constituyera la contraprestación a abonar por el concesionario a la Administración por la puesta por ésta a disposición de aquél del uso de determinadas infraestructuras de titularidad pública, hipótesis en la que nos hallaríamos ante una suerte de pago anticipado por el concesionario del precio del señalado derecho de utilización durante toda la vida de la concesión —lo que por cierto, habría de determinar, en el supuesto de extinción anticipada de ésta, la devolución por la Administración al concesionario de la parte proporcional de aquél—.

## 2. PROCEDIMIENTO NEGOCIADO

1. El recurso al procedimiento negociado para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos se prevé y regula en el artículo 156 de la LCSP, que permite la utilización de aquél, además de en los supuestos previstos en el artículo 154 —comunes a todos los contratos que celebren las Administraciones Públicas—, en los tres casos específicos que se contemplan en el mismo.

2. Con carácter general, debe ponerse de relieve, en relación con el procedimiento negociado, lo siguiente:

---

<sup>20</sup> Véase, por ejemplo, el Informe 44/95, de 21 de diciembre, cuyo contenido se reitera en el Informe 18/1997, de 14 de julio.

- a) En primer lugar, la utilización de dicho procedimiento tiene, en la previsión normativa, un carácter marcadamente excepcional, según resulta de las circunstancias de que la adjudicación mediante los procedimientos abierto o restringido se califica como ordinaria (artículo 122.2 de la LCSP) y de que en el procedimiento negociado se matizan o exceptúan los básicos principios de publicidad y concurrencia<sup>21</sup>.
- b) En segundo término, en el encabezamiento del artículo 156 se señala que “podrá acudir” al procedimiento negociado en los supuestos que a continuación se enumeran. Pues bien, debe entenderse que el verbo “podrá” equivale a “deberá” en los casos a los que se refieren las letras b), d), e), f) y g) del artículo 154, y, asimismo, en los contemplados por las letras a) y, en algunos supuestos, c) del artículo 156, mientras que, por el contrario, no es obligatorio para la Administración el recurso al procedimiento negociado en los demás supuestos tipificados por dichos preceptos.

3. Finalmente, respecto de los casos concretos en los que el contrato de gestión de servicios públicos puede adjudicarse por el procedimiento negociado, y prescindiendo de los supuestos comunes a todos los contratos previstos por el artículo 154 de la LCSP, procede la formulación de las consideraciones siguientes:

- a) Conforme a la letra a) del artículo 156 de la LCSP, legitima el recurso a dicho procedimiento la circunstancia de que “no sea posible promover concurrencia en la oferta”. Se trata de un supuesto que se recogía con anterioridad en el artículo 159.2.<sup>a)</sup> del TRLCAP, a su vez procedente del artículo 69.1 de la LCE, el cual, no obstante, se refería también a los casos en que, “por circunstancias excepcionales que han de justificarse en el expediente, no convenga promover” la concurrencia. La supresión de esta última posibilidad es claramente expresiva, pues, del restrictivo espíritu con el que el legislador contempla la utilización del procedimiento negociado, por más que no puede dejar de aventu-

---

<sup>21</sup> Por lo demás, el TJCE ha declarado en diversas ocasiones (por ejemplo, en Sentencia de 18 de mayo de 1995, dictada en el asunto C-57/94, Comisión contra República Italiana), en doctrina que continúa siendo aplicable en la actualidad, que los supuestos en los que cabe la adjudicación del contrato público de obras mediante el procedimiento negociado deben ser objeto de una interpretación estricta, de forma que la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican su utilización incumbe a quien quiere beneficiarse de ellas.

- rarse que este supuesto tipificado por la letra a) del artículo 156, en unión del constitutivo de la urgencia al que se refiere la letra e) del artículo 154, serán las dos vías a través de las cuales se producirá ordinariamente el intento de elusión por parte de la Administración de las formalidades propias de los procedimientos abiertos o restringidos para la adjudicación de los contratos de gestión de servicios públicos.
- b) La letra b) del artículo 156 de la LCSP permite adjudicar por el procedimiento negociado los contratos de gestión de servicios públicos cuyo presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea inferior a 500.000 euros y su plazo de duración sea inferior a 5 años. En este punto, pues, y de conformidad con el criterio general seguido para otros supuestos por la LCSP, se ha producido una sustancial elevación del límite cuantitativo que permite la adjudicación por el procedimiento negociado, que antes se cifraba en 30.050,61 euros (artículo 159.2.d) del TRLCAP).
- c) Finalmente, cabe la adjudicación mediante el procedimiento negociado, según dispone la letra c) del artículo 156 de la LCSP (sustancialmente igual al artículo 159.2.f) del TRLCAP), cuando se trate de contratos relativos a la prestación de asistencia sanitaria concertada con medios ajenos, derivados de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas o de un contrato marco, siempre que este último haya sido adjudicado con sujeción a la normas de la LCSP. Se trata de una previsión aplicable sólo a la modalidad del contrato de gestión de servicios públicos constituida por el concierto, el cual, a su vez, puede utilizarse en aquellos supuestos en los que para el desempeño o mayor eficacia de un servicio público convenga a la Administración contratar la actividad privada de particulares —o, debe entenderse, de otra Administración— que tenga análogo contenido al de respectivo servicio (artículo 181 del RGLCAP, que debe reputarse vigente, en la medida en que no se opone a la LCSP).

Pues bien, el artículo 156.2.c) de la LCSP se refiere a dos supuestos distintos:

- En primer término, cuando la prestación del servicio deriva de un convenio de colaboración entre las Administraciones Públicas, el cual, por razón de su objeto, estará incluido dentro del ámbito objetivo de aplicación de la LCSP (último inciso del artículo 4.1.c) de ésta), pareciendo razonable, en atención a la

naturaleza de los sujetos parte del convenio, la adjudicación mediante el procedimiento negociado.

- En segundo lugar, cuando la prestación deriva de un contrato marco, que habrá de haberse concertado entre la Administración contratante y el particular que viene realizando prestaciones análogas a la que constituye el servicio público de la asistencia sanitaria. En tal hipótesis, y supuesto que el contrato marco se haya adjudicado por procedimiento abierto o restringido, ningún inconveniente institucional existe, ciertamente, para que, al amparo de aquél, pueda adjudicarse directamente al particular de que se trate la prestación de la asistencia sanitaria en cuestión.

4. Por último, téngase en cuenta que, conforme al artículo 161.2 de la LCSP, en el supuesto de que el presupuesto de gastos de primer establecimiento se prevea superior a 60.000 euros, el procedimiento negociado será con publicidad, debiendo publicarse los anuncios que procedan en virtud del artículo 126, sin perjuicio de que, conforme al apartado 4 de éste, la publicidad del contrato en el perfil del contratante del órgano de contratación puede sustituir a la que deba efectuarse en el Boletín Oficial del Estado o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.

## VI. DERECHOS Y DEBERES DE LAS PARTES

### 1. DEBERES DEL CONTRATISTA

1. Los deberes del contratista se determinan en los artículos 255 y 256 de la LCSP, de cuyo examen resultan las consideraciones siguientes:

- a) El artículo 255.1 (idéntico al derogado artículo 160 del TRLCAP) impone al contratista el deber de organizar y prestar el servicio con estricta sujeción a lo establecido en el contrato y dentro de los plazos indicados en el mismo, así como, en su caso, el deber de ejecutar las obras conforme al proyecto aprobado por el órgano de contratación. En relación con ello, debe tenerse en cuenta lo prevenido por el artículo 185 del RGLCAP —precepto que debe reputarse en vigor, en la medida en que no se opone a la LCSP—, que prevé que la recepción de las obras de conservación, reparación o acondicionamiento que se realicen con interrupciones del servicio público o adopción de medidas temporales de adecuación de su funciona-

miento, pero sin suspensión del mismo, se efectuará una vez que se haya restablecido la prestación normal de servicio. El principio fundamental de continuidad en la prestación del servicio público hace valer aquí una vez más su primacía en la disciplina del contrato de gestión indirecta del mismo.

- b) Por su parte, el artículo 256 de la LCSP es sustancialmente igual al 161 del TRLCAP, debiendo ponerse de relieve, en relación con su letra c), en la que se impone al contratista la obligación de indemnizar los daños producidos a terceros, que el artículo 72.3 de la LCE únicamente exceptuaba tal deber indemnizatorio en el caso de que los perjuicios causados a tercero hubieran sido ocasionados “como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración”. Por el contrario, el artículo 256.c) de la LCSP alude, a efectos de configurar la excepción, al supuesto de que el daño sea producido “por causas imputables a la Administración”. Esta última fórmula parece preferible, ya que no es imprescindible que el origen administrativo de la actividad causante del daño sea una orden en sentido estricto, sino que puede tratarse también de una omisión o de una información errónea; y por otra parte, y de conformidad con las normas y los principios generales reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ésta puede desencadenarse aunque no exista una relación directa e inmediata entre la acción administrativa y el daño, bastando a tal efecto con que concurra un nexo causal inequívoco entre aquélla y éste (los artículos 106.2 de la Constitución y 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, —en adelante, “LAP”— se limitan a requerir que la lesión sea “consecuencia” del funcionamiento de los servicios públicos, y no exigen que tal consecuencia sea “directa e inmediata”).

2. En caso de incumplimiento por parte del contratista del que resulte perturbación grave y no reparable por otros medios en el servicio público, el artículo 261 de la LCSP permite a la Administración, en términos idénticos a los del derogado artículo 166 del TRLCAP, para el supuesto de que no estime pertinente la resolución del contrato, acordar la intervención del servicio y, en todo caso, exigir al contratista la indemnización de los daños y perjuicios efectivamente causados. Conforme precisa el artículo 186 del RGLCAP —que debe reputarse vigente, supuesto que no se opone a la LCSP—, una vez acordada la intervención del servicio, corresponderá al órgano de contratación el nombramiento del funcionario o funcionarios que

hayan de desempeñar las funciones interventoras, debiendo el contratista someterse a las decisiones de aquéllos durante el período de intervención.

## 2. DERECHOS DEL CONTRATISTA

1. El artículo 257 de la LCSP reconoce al contratista el derecho a las contraprestaciones económicas previstas en el contrato. En relación con dichas contraprestaciones, el mencionado precepto añade las dos previsiones siguientes, que no se contenían en el antecedente inmediato del mismo, que era el artículo 162 del TRLCAP:

- a) En primer lugar, se precisa, según se anticipó anteriormente, al aludir al concepto del contrato de gestión de servicios públicos, que entre las contraprestaciones económicas previstas en el contrato necesariamente ha de incluirse, para hacer efectivo el derecho a la explotación del servicio, una retribución fijada en función de su utilización. Así pues, el gestor indirecto del servicio ha de asumir, total o parcialmente, el denominado riesgo de demanda.
- b) Por otra parte, se precisa expresamente que esa retribución que tiene derecho a percibir el contratista podrá ser abonada directamente por los usuarios o por la propia Administración contratante. Esta última posibilidad (que se prevé igualmente, a propósito de la retribución por la utilización de la obra, en el contrato de concesión de obras públicas: artículo 238.4 de la LCSP) puede entrañar la sustitución total o parcial de los usuarios por la Administración en el abono de la retribución y requerirá, en la medida en que entrañe la asunción de un compromiso plurianual de gasto, la correspondiente habilitación en la normativa presupuestaria de la Administración Pública de que se trate.

2. En segundo lugar, el apartado 2 del artículo 257 de la LCSP dispone que las contraprestaciones económicas pactadas serán revisadas, en su caso, en la forma establecida en el contrato. En relación con la revisión de precios, el segundo párrafo del artículo 77.1 de la LCSP ha codificado la doctrina anteriormente establecida por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 48/00, de 21 de diciembre de 2000, de forma que la contraprestación prevista en los contratos de gestión de servicios públicos podrá revisarse una vez que haya transcurrido el primer año de ejecución del contrato, sin que sea necesario —al contrario de lo que

ocurre con los restantes contratos— que además se haya ejecutado el 20% de la prestación.

3. Las consecuencias del incumplimiento por la Administración del deber de hacer efectivas las contraprestaciones económicas o de entregar los medios auxiliares a los que se haya obligado con arreglo al contrato se regulaban con anterioridad en el artículo 165 del TRLCAP, cuya redacción suscitaba diversas dudas. En primer término, en punto a si el devengo del interés de demora correspondiente a las cantidades o valores económicos que signifiquen tales contraprestaciones y medios comenzaba desde el mismo momento en el que transcurrían los plazos establecidos en el contrato para su abono o entrega o, por el contrario, era necesario esperar al transcurso de 60 días a partir de dicha fecha, de conformidad con lo establecido con carácter general por el artículo 99.4 del TRLCAP. Y, en segundo lugar, en lo atinente a la cuantía de dicho interés de demora y, en concreto, a si era el legal del dinero expresamente aludido por el citado artículo 165 del TRLCAP o el previsto por la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, mencionado por el también citado artículo 99.4 del TRLCAP.

Pues bien, cualesquiera que fueran los términos en los que las mencionadas dudas hubieran de solventarse en el marco del régimen anteriormente en vigor, en la actualidad el artículo 260 de la LCSP no deja lugar a dudas acerca de la aplicabilidad al contrato de gestión de servicios públicos del régimen general previsto para la demora de la Administración en el pago del precio por el artículo 200 de la misma Ley, del que resulta que el *dies a quo* para el devengo de intereses de demora es aquél en el que han transcurrido 60 días desde la fecha de expedición de los documentos acreditativos de la realización de la prestación y, asimismo, que el interés aplicable es el previsto por la citada Ley 3/2004. A juicio de quien suscribe, esta previsión debe reputarse acreedora a una valoración favorable, supuesto que no parece existir ninguna justificación para dispensar un tratamiento diferente al contratista gestor indirecto de un servicio público que al contratista de obras públicas, suministros o servicios.

### 3. RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO

1. Con anterioridad, la única referencia recogida en el TRLCAP al restablecimiento del equilibrio económico del contrato de gestión de servicios públicos se contenía en su artículo 163, a propósito de las consecuencias del ejercicio por la Administración del *ius variandi*. Ello suponía que la ruptura de la economía del contrato por causa de fuerza mayor era, en principio,



riesgo del contratista y, por otra parte, por lo que se refería al *factum principis* y al denominado riesgo imprevisible —en este último caso, sin perjuicio de la regulación jurídico-positiva contenida en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales—, la determinación de si procedía o no el restablecimiento del equilibrio del contrato quedaba deferida a las decisiones judiciales a adoptar a la luz de las circunstancias concretas de cada supuesto.

2. Pues bien, la LCSP mantiene la regulación anteriormente existente a propósito del *ius variandi* (apartados 1 a 3 del artículo 258, idénticos a los apartados de los mismos números del artículo 163 del TRLCAP) y, adicionalmente, regula, con carácter general, en términos basados en los previstos en su día para la concesión de obras públicas por el artículo 248 del TRLCAP, introducido por la Ley 13/2003 —correspondiente al artículo 241 de la LCSP—, el restablecimiento del equilibrio económico del contrato, disciplinando tanto los supuestos en los que procede tal restablecimiento, en beneficio de la parte a la que corresponda (apartado 4 del artículo 258), como las consecuencias de la concurrencia de tales supuestos (apartado 5 del mismo precepto).

3. Por lo que atañe a los supuestos determinantes del deber administrativo de restablecimiento del equilibrio económico del contrato, el citado artículo 258.4 de la LCSP menciona, además del *ius variandi*, los dos siguientes:

- a) En primer término, el supuesto de que “actuaciones de la Administración determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato”, esto es, el denominado por la doctrina y jurisprudencia *factum principis*. La actuación determinante de la ruptura de la economía contractual ha de proceder de la misma Administración contratante —sin perjuicio de que pudiera plantearse la posibilidad de que concurriera este supuesto en el caso de que quien haya contratado sea una entidad institucional de la Administración territorial que realiza la actuación—, exigiéndose un nexo causal directo entre la actuación administrativa y la ruptura de la economía del contrato —por más que la concurrencia adicional de otras causas determinantes de dicha ruptura no debiera excluir el restablecimiento, en la medida correspondiente, del equilibrio del contrato—, y requiriéndose en todo caso, como presupuesto para que opere el deber de proceder a éste, que la ruptura de la economía del contrato haya sido sustancial. Este último es un concepto jurídico indeterminado, cuyos perfiles sólo podrán concretarse en su aplicación a cada supuesto concreto, por más que, sobre la base de otras previsiones contenidas en la Ley en punto a la alteración sus-

tancial de los contratos (artículo 221, relativo al contrato de obras), pudiera referirse a las modificaciones que afecten a más de un 30% de la magnitud que en cada caso se repute relevante.

- b) En segundo lugar, la letra c) del artículo 258.4 de la LCSP prevé igualmente el restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando éste se haya roto sustancialmente por causas de fuerza mayor, entendiéndose por tales las enumeradas en el artículo 214 de la propia LCSP. Deben entenderse aplicables a este supuesto las consideraciones formuladas en la letra anterior a propósito del carácter sustancial o no de la ruptura y de la exigencia de un nexo causal directo entre la causa de fuerza mayor y aquélla.

Por lo demás, el artículo 258.4 de la LCSP no menciona el denominado riesgo imprevisible, debiendo entenderse, sin embargo, que el mismo no está excluido por el legislador como causa del restablecimiento del equilibrio del contrato, sino que la apreciación de su concurrencia queda deferida al criterio judicial, como ocurría anteriormente. Así resulta, entre otras consideraciones, del hecho de que este artículo 258.4 de la LCSP está sustancialmente inspirado, como se puso de relieve, en el artículo 248 del TRLCAP y de que el Proyecto de la que sería Ley 13/2003, que introdujo dicho precepto, contenía inicialmente en el apartado 2 de éste el adverbio “exclusivamente” a propósito de la enumeración de los supuestos determinantes del deber de restablecimiento del equilibrio económico de la concesión de obras públicas, habiéndose suprimido el mismo durante el procedimiento parlamentario de elaboración de dicha Ley 13/2003 precisamente con la finalidad de no excluir la posible aplicación de la figura del riesgo imprevisible.

4. En caso de que concurra cualquiera de los supuestos aludidos en el número anterior, procede el restablecimiento del equilibrio económico del contrato en beneficio de la parte que corresponda, en los términos previstos por el artículo 258.5 de la LCSP. Respecto de tal restablecimiento, deben ponerse de relieve las consideraciones siguientes:

- a) Ante todo, en el supuesto de que concurran los tres supuestos expresamente previstos por el artículo 258.4 de la LCSP (*ius variandi*, *factum principis* y fuerza mayor), el equilibrio ha de ser restablecido íntegramente, esto es, se ha de volver exactamente al punto de partida inicial. Así resulta de que el encabezamiento de dicho apartado 4 del artículo 258 impone a la Administración el deber de “restablecer el equilibrio económico del contrato”, sin matiz ninguno, y asimismo del contraste con el apartado 3 del artículo 241

de la propia LCSP, que, a propósito del contrato de concesión de obras públicas, únicamente exige, para el supuesto de que la ruptura del equilibrio se haya ocasionado por causa de fuerza mayor, que la Administración concedente asegure los rendimientos mínimos acordados en el contrato, y no que se restablezca íntegramente la situación inicial.

Por el contrario, en el caso de que concurra una situación de riesgo imprevisible, y supuesto el silencio al respecto del artículo 258 de la LCSP, debe entenderse que continuará siendo aplicable la doctrina jurisprudencial existente con anterioridad, en cuya virtud el riesgo es compartido por la Administración y el gestor indirecto del servicio, debiendo aquélla acudir en auxilio de éste al objeto de que el servicio público pueda seguirse prestando, pero sin que ello signifique que haya de retornarse a la situación anterior a la concurrencia del evento extraordinario e imprevisible.

- b) Por otra parte, el establecimiento del equilibrio se realizará, según dispone el apartado 5 del artículo 258 de la LCSP, mediante la adopción de las medidas que en cada caso procedan, pudiendo éstas consistir en la modificación de las tarifas a abonar por los usuarios —debe entenderse que también por la Administración, en el caso de que sea ésta quien se halle pagando aquéllas—, en la reducción del plazo del contrato y en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el mismo. La prórroga del plazo del contrato, como mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico-financiero, únicamente resulta posible en el supuesto de que éste haya sido perturbado como consecuencia del *factum principis* o de fuerza mayor, y aun en tales casos la prórroga únicamente puede acordarse por un periodo que no exceda un 10% de la duración inicial del contrato y siempre, asimismo, que se respeten los límites máximos de duración establecidos por el artículo 254 de la LCSP. Esta restricción del recurso a la prórroga del contrato como mecanismo de restablecimiento del equilibrio económico del mismo responde a la preocupación del legislador —inspirada por el Derecho Comunitario— por abrir cuanto antes los contratos a una nueva licitación, en aras a los principios de publicidad y concurrencia, y se manifiesta asimismo, en relación con el contrato de concesión de obras públicas, en el artículo 241.3 de la propia LCSP.

## VIII. EXTINCIÓN DEL CONTRATO

## 1. TRANSCURSO DEL PLAZO PREVISTO

1. El artículo 254 de la LCSP —que reproduce el 157 del TRLCAP—, después de disponer que el contrato de gestión de servicios públicos en ningún caso podrá tener carácter perpetuo o indefinido, así como de exigir que el pliego de cláusulas administrativas particulares establezca necesariamente su duración y la de las prórrogas de que pueda ser objeto, preceptúa que el plazo total, incluidas las prórrogas, no podrá exceder de los períodos siguientes:

- a) 50 años en los contratos que comprendan la ejecución de obras y la explotación de servicio público, salvo que éste sea de mercado o lonja central mayorista de artículos alimenticios gestionados por sociedad de economía mixta municipal, en cuyo caso podrá ser de hasta 60 años.
- b) 25 años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público no relacionado con la prestación de servicios sanitarios.
- c) 10 años en los contratos que comprendan la explotación de un servicio público cuyo objeto consista en la prestación de servicios sanitarios, salvo que sea de aplicación lo indicado en la anterior letra a).

La comparación entre dicho artículo 254 —relativo a la duración de los contratos de gestión de servicios públicos— y el artículo 244 del mismo cuerpo normativo —concerniente a la duración de las concesiones de obras públicas— no deja de ofrecer un resultado sorprendente (como anteriormente lo ofrecía el contraste entre los artículos 157 y 263 del TRLCAP), toda vez que la duración máxima de los contratos de concesión de obras públicas, que tienen por objeto la construcción y explotación de éstas, es de 40 años. En efecto, no se alcanza a adivinar por qué una concesión de obras públicas —en la que, en hipótesis, tiene mayor importancia económica la construcción que la explotación, conforme a lo que se indicó anteriormente a propósito de los contratos mixtos— tiene una duración máxima inferior a la correspondiente a un contrato de gestión de servicios públicos en el que exista obra previa —y en el que, sin embargo, la importancia económica de ésta ha de ser inferior a la correspondiente al servicio a prestar—.

Por lo demás, y como es obvio, la duración máxima de los contratos de gestión de servicios públicos prevista por el artículo 254 de la LCSP no obsta a la plena subsistencia de las normas sectoriales preexistentes que han establecido plazos inferiores de duración de determinadas con-

cesiones de servicios públicos (por ejemplo, la Ley 10/1988, de 3 de mayo, de Televisión Privada, que prevé en su artículo 11 una duración máxima, sin perjuicio de la posibilidad de prórrogas, de 10 años). En este supuesto, en efecto, no es perceptible una incompatibilidad entre la nueva regulación —que establece un plazo máximo superior— y la regulación sectorial anterior —que fija un plazo máximo inferior—, razón por la que no puede reputarse existente un caso de derogación implícita. Naturalmente, en el supuesto contrario —plazo superior contenido en la norma sectorial preexistente— sí debe entenderse prevalente el plazo máximo inferior fijado por la legislación general de contratos públicos.

2. Producida la extinción del contrato por transcurso del plazo establecido para su duración, el servicio revierte a la Administración, en los términos establecidos por el artículo 259 de la LCSP —idéntico al derogado artículo 164 del TRLCAP—, no pudiendo dejar de señalarse que en este punto probablemente se ha dejado escapar la oportunidad de regular alguna de las cuestiones problemáticas que la práctica ha suscitado en relación con los efectos patrimoniales de la reversión del servicio y, en general, con el régimen del patrimonio sujeto a la reversión<sup>22</sup>.

Por lo demás, el artículo 259.1 de la LCSP dispone que el contratista debe entregar a la Administración, cuando finalice el plazo contractual, “las obras e instalaciones a que esté obligado con arreglo al contrato”. El tenor literal de esta previsión podría interpretarse, ciertamente, en el sentido de que, en defecto de determinación contractual de las señaladas obras e instalaciones sujetas a reversión, ésta no se produce en absoluto respecto de ninguno de los activos empleados para la prestación del servicio público. Ello no obstante, el principio de continuidad en tal prestación impone aquí, una vez más, sus exigencias propias, de forma que, puesto que el servicio público debe en todo caso seguir prestándose, es imprescindible la reversión —aun en el caso de silencio contractual, se insiste en ello— de los bienes e instalaciones que sean necesarios para que pueda continuar la señalada prestación. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de mayo de 2000, Ar. 5492, a propósito del servicio de suministro y abastecimiento de aguas.

## 2. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

---

<sup>22</sup> En relación con tales cuestiones, puede verse Esteban ARIMANY LAMOGLIA, *La reversión de instalaciones en la concesión administrativa de servicio público*, Bosch, Barcelona, 1981.

Las causas y los efectos de la resolución del contrato de gestión de servicios públicos son objeto de regulación en los artículos 262 a 264 de la LCSP —literalmente idénticos, salvo en los números de los preceptos a los que se remiten, a los artículos 167 a 169 del TRLCAP—. Se ponen de relieve a continuación algunos de los extremos más relevantes que suscita el examen de los mencionados preceptos:

- a) Se reconoce al contratista la facultad resolutoria en el supuesto de demora superior a seis meses por parte de la Administración en la entrega de la contraprestación o de los medios auxiliares a que se obligó según el contrato (artículo 262.<sup>a</sup>) de la LCSP). El establecimiento de un plazo de seis meses, en lugar del general de ocho meses previsto al efecto por los artículos 200.6 y 206.f) de la propia LCSP para los demás contratos administrativos (salvo para las concesiones de obras públicas, en las que el plazo es también de 6 meses: artículo 245.f) de la LCSP), se explica por la circunstancia de que en el contrato de gestión de servicios públicos el contratista no está legitimado para proceder a la suspensión por la demora de cuatro meses en la entrega por la Administración de las contraprestaciones o medios a los que se obligó (derecho que sí se reconoce en los demás contratos conforme al artículo 200.5 de la LCSP); a su vez, la inexistencia del derecho de suspensión en el contrato de gestión resulta de la inaplicabilidad al mismo del artículo 203 de la LCSP, conforme a lo establecido por el artículo 252 de ésta, y se funda en el principio general de continuidad en la prestación de los servicios públicos. Así pues, el contratista gestor indirecto del servicio no puede suspender el contrato a los cuatro meses de demora administrativa, sino que ha de tolerar ésta continuando con el cumplimiento de sus obligaciones; pero, en compensación, no ha de esperar hasta los ocho meses de demora para exonerarse de tal cumplimiento mediante el ejercicio del derecho a solicitar la resolución, sino que puede ejercer éste a los seis meses. Se alcanza así un razonable equilibrio en la regulación de la materia que parece merecedor de una valoración favorable.
- b) Es causa de resolución de los contratos de gestión de servicios públicos el rescate del servicio por la Administración (artículo 262.b) de la LCSP), el cual, conforme previene el artículo 263.2 del mismo cuerpo normativo, ha de fundarse en razones de interés público y conlleva la necesidad de que la Administración contratante pase a gestionar el servicio directamente. Esta última exigencia —tradicional en la figura del rescate— no tiene carácter básico a efectos del

artículo 149.1.18 de la Constitución (Disposición Final Séptima de la LCSP) y ha sido suprimida para las concesiones de obras públicas por el artículo 245.g) de la LCSP (por más que el rescate del servicio por la Administración para, a continuación, entregar nuevamente la gestión indirecta del mismo a un contratista podría ser indicio — siempre que no existan razones de interés público que lo justifiquen— de un tratamiento contrario al principio de igualdad y potencialmente constitutivo de desviación de poder). En todo caso, y al margen de esta última consideración, no se justifica tampoco en este supuesto, a mi juicio, el diferente trato normativo dispensado a las concesiones de servicios públicos y de obras públicas.

- c) En el caso de que la causa de resolución del contrato sea la muerte o la incapacidad sobrevinida del contratista (artículo 206.<sup>a</sup>) de la LCSP), el artículo 263.1 de ésta dispone que la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores, salvo disposición expresa en contrario contenida en la legislación específica reguladora del servicio público de que se trate. Esta previsión —procedente del artículo 168.1 del TRLCAP— invierte, pues, la regla general establecida al respecto en su día por el artículo 75.5 de la LCE, conforme al cual únicamente cabía la continuación del contrato en el caso de que así se dispusiera por la legislación específica del servicio. En este punto, la modificación introducida primero por la LCAP —y en la actualidad por la LCSP— no puede ser objeto de una valoración favorable (por más que un régimen todavía más laxo se contiene al respecto, para las concesiones de obras públicas, en el artículo 246.3 de la LCSP): en efecto, el carácter *intuitu personae* de la relación que vincula a la Administración titular del servicio con el gestor indirecto de éste, así como la consideración de los principios generales de publicidad y concurrencia que rigen la selección de los adjudicatarios de los contratos administrativos, probablemente hubieran justificado el mantenimiento de la regla contenida en el citado artículo 75.5 de la LCE. En todo caso, debe señalarse que el artículo 263.1 de la LCSP no tiene carácter básico a efectos del artículo 149.1.18 de la Constitución (Disposición Final Séptima de la misma).
- d) Conforme al artículo 264.1 de la LCSP, en cualesquiera supuestos de resolución la Administración debe abonar, en todo caso, al contratista el precio de las obras e instalaciones que, ejecutadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. Son aplicables aquí las consideraciones anteriormente formuladas a propósi-

to del carácter necesario de la reversión, aun en defecto de identificación en el contrato de los bienes e instalaciones sujetos a la misma, debiendo además ponerse de relieve que este deber indemnizatorio a cargo de la Administración existe en todos los casos de resolución, comprendidos incluso aquéllos en los que ésta sea imputable al contratista. En tal hipótesis, existirá no obstante, además, el deber de éste de abonar a la Administración el importe de los daños y perjuicios que le haya producido, de conformidad con lo establecido por los artículos 208.4 de la LCSP y 113 del RGLCAP<sup>23</sup>, pudiendo procederse a la compensación de los créditos en cuestión siempre que concurren los requisitos normativamente establecidos al efecto<sup>24</sup>.

## IX. CESIÓN DEL CONTRATO Y SUBCONTRATACIÓN

1. La cesión del contrato de gestión de servicios públicos se regula, conjuntamente con la correspondiente a los demás contratos administrativos típicos, en el artículo 209 de la LCSP, que, por lo que aquí interesa, no introduce novedades respecto del derogado artículo 114 del TRLCAP, de forma que, sin perjuicio de la concurrencia de los restantes requisitos establecidos por dicho precepto, será necesario, además —en sustitución del requisito general consistente en que el cedente tenga ejecutado al menos un 20% del importe del contrato—, que se haya efectuado la explotación de servicio público durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato.

Por lo demás, considero que se ha desaprovechado una excelente ocasión para haber establecido, a propósito de la regulación de la cesión del contrato, una regla general en punto a la transmisión de acciones representativas de un porcentaje determinado del capital de la sociedad gestora indirecta del servicio público en cuestión, en particular en los supuestos en los que se trata de una de las sociedades denominadas en la práctica de propósito único, esto es, cuyo único activo es precisamente el contrato de gestión del servicio público por ella concertado. En efecto, en muchas ocasiones se puede burlar la exigencia de autorización administrativa para la cesión del con-

---

<sup>23</sup> Vigente, pues no se opone a la LCSP.

<sup>24</sup> Se refiere a este respecto a la deducción de las cantidades debidas por el contratista a la Administración la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 1996, Ar. 427, que aplica normas anteriores a la LCAP, pero cuya doctrina sigue siendo aplicable en la actualidad.



trato (artículo 209.2.<sup>a</sup>) de la LCSP) sin más que mediante la transmisión de una porción sustancial de las acciones representativas del capital social del contratista. Teniendo en cuenta tal posibilidad, así como que, desde el punto de vista económico, nos hallamos ante dos situaciones sustancialmente iguales, se podía haber aprovechado la oportunidad para generalizar la regla establecida en las disposiciones especiales reguladoras de determinados servicios públicos en las que se equipara, a efectos de la necesaria autorización administrativa, la cesión del contrato a la transmisión por cualquier título de un porcentaje determinado del capital social del gestor indirecto del servicio. Ahora bien, teniendo en cuenta el silencio normativo de carácter general al respecto, en principio no podrá equipararse la transmisión de acciones —aunque sea de la totalidad— representativas del capital social del gestor indirecto del contrato a la cesión de este mismo. Ello al margen de que, en determinados supuestos, pueda apreciarse la existencia de un fraude de ley a efectos de lo previsto por el artículo 6.4 del Código Civil<sup>25</sup>.

Por lo demás, y aún en defecto de una previsión general al respecto contenida en la LCSP e incluso de previsiones específicas establecidas en las normas sectoriales reguladoras del servicio público de que se trate, los pliegos de cláusulas administrativas particulares pueden incluir, sin apartarse de la legalidad, la previsión según la cual se valorarán favorablemente, en trance de adjudicar el contrato, los compromisos que voluntariamente hayan asumido los licitadores en punto a la necesidad de someter a previa autorización administrativa, durante toda la vida del contrato o un período determinado, las transmisiones de porcentajes determinados del capital social<sup>26</sup>. En tal caso, los compromisos asumidos por el licitador adjudicatario le vincularán contractualmente (esto es, las transmisiones accionariales realizadas sin autorización serán válidas *inter partes*, pero generarán responsabilidad del contratista en el seno de la relación que le vincula con la Administración contratante),

---

<sup>25</sup> El Consejo de Estado ha entendido en ocasiones que la transmisión de la totalidad de las acciones representativas del capital social de un concesionario equivale, en las específicas circunstancias de los supuestos considerados, a una cesión de la concesión, la cual, en la medida en se haya realizado con inobservancia de los trámites normativamente establecidos, determina la concurrencia de un supuesto de caducidad (así, Dictamen de 23 de junio de 1994, expediente 998/94, a propósito de la concesión de un puerto deportivo). Más lejos ha ido el propio Consejo de Estado en el Dictamen de 5 de diciembre de 2001, expediente 3375/2001, al informar un Anteproyecto de ley regulador de la concesión de obras públicas, en el que se afirma taxativamente que “*es claro (...) que los casos de transferencia de la titularidad de todas o parte de las acciones representativas del capital social de una sociedad se equiparan a los de transmisión de la concesión, cualquiera que sea el porcentaje efectivamente transmitido, siempre que suponga una alteración del control efectivo de la sociedad concesionaria*”.

<sup>26</sup> Un ejemplo de tal tipo de previsiones puede verse en la Base 8 del pliego al que se refiere la nota 18.

de forma que, sin vulnerar las normas vigentes en materia de transmisibilidad de acciones de sociedades, la Administración habrá logrado un control sobre las transmisiones que necesita para la tutela del interés público en la adecuada prestación de los servicios públicos de su titularidad.<sup>27</sup>

Finalmente, por lo que atañe a la cesión del contrato de gestión de servicios públicos, debe ponerse de relieve que, como antes se apuntó, es en todo caso necesaria la autorización administrativa expresa y previa de la cesión (artículo 209.2.<sup>a</sup>) de la LCSP), debiendo entenderse que tal autorización tiene carácter discrecional<sup>28</sup>, supuesto que no existe ningún parámetro normativo al cual deba ajustarse la Administración en trance de resolver acerca de la solicitud de aquélla —sin perjuicio, claro es, de que la eventual resolución denegatoria habría de motivarse con precisa referencia a los intereses públicos implicados en la gestión del servicio público objeto del contrato (artículo 54.1 f) de la LAP)—.

2. Por lo que concierne a la subcontratación en el contrato de gestión de servicios públicos, únicamente cabe en relación con las prestaciones accesorias (artículo 265 de la LCSP, idéntico al derogado artículo 170 del TRLCAP), rigiéndose en lo demás por la regulación general común a todos los contratos administrativos contenida en el artículo 210 de la propia LCSP.

---

<sup>27</sup> En sentido similar, Ángel BALLESTEROS FERNÁNDEZ, *op. cit.* en la nota 4, 3.<sup>a</sup> edición, 2000, p. 491.

<sup>28</sup> En la misma línea, José Luis GIL IBÁÑEZ, en la obra colectiva coordinada por Benigno PENDÁS GARCÍA, *Derecho de los Contratos Públicos*, Praxis, Barcelona, 1995, p. 603. Véase las consideraciones formuladas al respecto por Marta PASTOR LÓPEZ, en *Comentarios a la Legislación de Contratos de las Administraciones Públicas*, obra colectiva coordinada por Emilio JIMÉNEZ APARICIO, Aranzadi, 2002, p. 853.