

A controvertida caracterización do contrato administrativo especial

La controvertida caracterización del contrato administrativo especial

The contested concept of special administrative contract



ESTELA VÁZQUEZ LACUNZA

Técnica Superior de Apoio. Corpo Superior Xurídico
Xunta de Comunidades de Castela-A Mancha
Doutora en dereito pola UCLM
estelavlacunza@gmail.com

Recibido: 19/09/2017 | Aceptado: 21/12/2017

Regap



ESTUDIOS

Resumo: Os contornos non sempre claros do contrato administrativo especial dependeron no noso dereito do deslinde entre os contratos administrativos e os contratos privados. Pero o seu ámbito viuse reducido na medida en que se foron incorporando as tipoloxías dos contratos públicos do dereito europeo. Isto ocasionou que a súa utilización sexa cada vez máis restritiva e arbitraria, quedando como unha particularidade “especial” dentro do novo texto da lei de contratos que, en definitiva, os relega a representar un papel secundario, condenándoos á súa desaparición, xa que a súa aplicación práctica é cada vez máis limitada.

Palabras clave: Contratos públicos, contrato administrativo, contrato privado, contrato administrativo especial.

Resumen: Los contornos no siempre claros del contrato administrativo especial han dependido en nuestro derecho del deslinde entre los contratos administrativos y los contratos privados. Pero su ámbito se ha visto reducido en la medida que se han ido incorporando las tipologías de los contratos públicos del derecho europeo. Esto ha ocasionado que su utilización sea cada vez más restrictiva y arbitraria, quedando como una particularidad “especial” dentro del nuevo texto de la ley de contratos que, en definitiva, los relega a representar un papel secundario, condenándolos a su desaparición, ya que su aplicación práctica es cada vez más limitada.

Palabras clave: Contratos públicos, contrato administrativo, contrato privado, contrato administrativo especial.

Abstract: The contested notion of special administrative contract in the Spanish Law has depended on the limits between management contracts and private contracts. Nevertheless, the implementation of European Law has caused its reduction. Nowadays, its use is ever more restrictive and arbitrary. It just remains as a very specific “particular” regime within the new text of the contract law. It plays a minor role and its disappearance is to be expected, since its practical application is more and more restricted.

Keywords: Public contracts, administrative contract, private contract, special administrative contract.

Sumario: 1 Introducción. 2 A separación entre contratos administrativos e privados na contratación da Administración pública española. 2.1 Orixe e extensión do contrato administrativo: o nacemento do contrato administrativo especial. 2.2 Reforzo dos contratos administrativos especiais e mellora no seu deslinde dos contratos privados que manteñen o

seu carácter residual. 2.3 A transformación do contrato administrativo especial: o carácter supletorio outorgado pola Lei 30/2007. 3 Influencia do dereito europeo na configuración do contrato administrativo especial. 4 Supostos que en distintos momentos foron cualificados como contratos administrativos especiais. 4.1 Prestacións de carácter patrimonial. 4.2 Prestacións de servizos que non encaixaban nos tipos nominados vixentes. 4.3 Contratos que en atención ao seu obxecto pasaron a cualificarse legalmente como privados. 4.4 A explotación de cafeterías, restaurantes, comedores ou bares en dependencias públicas. 5 Manteñen os contratos administrativos especiais o seu carácter supletorio na nova LCSP? 6 O réxime xurídico dos contratos administrativos especiais. 7 Recapitulación. 8 Bibliografía.

1 Introducción

Para os operadores xurídicos, resultou de gran dificultade tipificar algunhas prestacións, sobre todo cando a súa delimitación foi variando coas distintas regulacións aprobadas en materia de contratos públicos. Proba diso son as numerosas consultas sobre as que se tiveron que pronunciar as xuntas consultivas de contratación administrativa relativas á cualificación dos contratos, e os conflitos que sobre o particular tiveron que resolver os tribunais de recursos contractuais.

Sen dúbida, dentro dos contratos que xeraron maior incerteza na súa cualificación están os contratos administrativos especiais, situación que se debeu, por unha parte, ao paulatino incremento de prestacións para as que a Administración recorreu á contratación, que foron inicialmente cualificadas como contratos administrativos especiais porque o seu obxecto no momento da licitación non tiña encaixe en ningún dos tipos administrativos nominados ou típicos, pero que posteriormente foron incorporados a estes pola súa habitualidade. E, por outra parte, porque os ditos contratos actuaron como fronteira móbil cos contratos privados, pois a súa cualificación como administrativos tiña lugar cando cumprían os distintos presupostos fixados legalmente, que lles atribuían carácter especial.

En efecto, a delimitación dos tipos contractuais foi e é unha constante fonte de polémica, á que contribuíu que o noso dereito da contratación pública desde mediados do século XX se asentase na figura do contrato administrativo, que ten a súa causa no interese público e que precisa da presenza dunha Administración pública, así como na proliferación doutros entes, organismos ou entidades de dereito público que, pola súa personificación, se atopan sometidos ao dereito privado na súa actividade contractual.

Deste xeito, en España produciuse unha dualidade entre contratos administrativos e privados que é descoñecida noutros países da nosa contorna, e cuxa dicotomía aínda hoxe xera dúbidas porque o seu deslinde foi variando no tempo en función da súa determinación legal¹, sobre todo debido a que a categoría de contratos administrativos estivo integrada tanto por contratos cualificados como tales en función de que o seu obxecto estivese incluído nos tipos relacionados de forma explícita na norma vixente como por aqueles outros considerados administrativos especiais por cumpriren determinados criterios que os facían merecedores dese cualificativo porque a súa causa era unha finalidade pública.

A confusión na tipificación das prestacións viuse agravada pola necesidade de adaptar o noso ordenamento xurídico ao dereito da Unión Europea en materia de contratación pública, para

1 Xa advertiu ARIÑO ORTIZ que o contrato administrativo non posúe unha natureza fixa e inmutable, senón que é unha categorización dinámica. A súa cualificación xurídica variará en extensión e co tempo por estar vinculada ao ámbito ideolóxico e político de cada momento, que é o que determina que contrato se cualificará como administrativo pola súa especial importancia para o interese público. Por iso, o seu réxime especial caracterizarase por unha maior elasticidade e capacidade de decisión dunha das partes para a protección do fin público perseguido ("el enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007, p. 95).

o que resulta indiferente tanto a personalidade xurídica da entidade contratante como a natureza que lles atribúan os Estados membros ao negocio xurídico celebrado. O relevante é o aseguramento da libre competencia nos procedementos de contratación para a consecución dun mercado único, propósito que motivou que as directivas que se foron aprobando na materia incidisen na fixación común dos ámbitos subxectivo e obxectivo de aplicación. Estes elementos repercutiron na cualificación dos contratos como administrativos ou privados no dereito contractual público español e, polo tanto, nos contratos administrativos especiais.

Non obstante, o contrato administrativo subsiste no noso dereito interno², malia que as sucesivas normas aprobadas para traspor as directivas europeas de contratación pública fosen adaptándose ás acepcións comunitarias, tanto no concepto de poderes adjudicadores³ para delimitar os suxeitos contratantes como na noción dos tipos contractuais, que foron axustándose ás definicións comunitarias, alterando algúns dos nosos conceptos tradicionais⁴.

A consecuencia foi que a conceptualización do contrato administrativo e, en particular, a do contrato administrativo especial se foi modulando a medida que a normativa europea de contratación pública se foi expandindo.

Esta situación fai imprescindible que, para determinar cando un contrato debe ser cualificado como administrativo especial, nos refiramos á evolución que na actividade contractual da Administración pública tivo a dualidade, que aínda persiste, entre contratos administrativos e contratos privados, xa que o cambio no seu deslinde afectou á definición dos contratos administrativos especiais, así como a examinar en que medida a regulación da tipoloxía comunitaria dos contratos públicos foi influíndo na súa extensión.

2 A separación entre contratos administrativos e privados na contratación da Administración pública española

A medida que o Estado se foi transformando, asumindo novas funcións derivadas da prestación de servizos aos cidadáns, a modalidade da actividade contractual experimentou un grande auxe fronte ás actuacións sustentadas en actos unilaterais⁵. Os primeiros contratos foron os que tiñan por obxecto a execución de obras e a xestión de servizos públicos, aos que máis tarde se sumaron os contratos de subministracións. Despois xurdiron outras necesidades, derivadas en parte da propia actividade interna da Administración, como as prestacións de servizos e asistencia técnica, que axiña foron tamén cubertas mediante contratación.

Esta crecente actividade contractual foi desenvolvendo en España un réxime xurídico propio dos contratos das administracións públicas que foi separándose paulatinamente do dereito común. Non obstante, inicialmente o seu réxime só se diferenciaba da contratación privada

2 Cuestionan a súa subsistencia, entre outros, DÍAZ LEMA, J.M., "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad en la ley de contratos del sector público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 141, 2009, pp. 5-42.

3 En relación con este concepto, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", I e II, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 77, 2008, pp. 44 e ss., e n. 78, pp. 76 e ss.

4 Tal é o caso das prestacións que hoxe se agrupan no contrato de servizos, cuxa delimitación quedou equiparada ao dereito europeo coa aprobación da Lei de contratos do sector público do ano 2007, ou o contrato de xestión de servizos públicos, cuxa substitución pola concesión de servizos xa foi prevista no anteproxecto de Lei de contratos do sector público de abril de 2015.

5 Sobre as circunstancias históricas que motivaron a elección entre acto ou contrato, *vid.* MEILÁN GIL, J.L., "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, n. 8, 2005, pp. 510-514.

pola atribución do coñecemento dos seus conflitos á xurisdición contencioso-administrativa⁶, pola existencia de prerrogativas a favor da Administración, xustificadas pola necesidade de asegurar o interese xeral, polo establecemento de regras comúns para a selección dos contratistas, así como pola fixación de controis financeiros na súa actividade⁷.

2.1 Orixe e extensión do contrato administrativo: o nacemento do contrato administrativo especial

O recoñecemento da individualidade do contrato administrativo non ten lugar ata que se aproba a Lei 198/1963, do 28 de decembro, de bases de contratos do Estado⁸, que no apartado I da súa exposición de motivos sostén que:

“A submisión preferente ao dereito administrativo é a característica normativa que lles outorga aos contratos do Estado regulados pola lei o seu perfil institucional, e configúraos como unha categoría independente con afastadas raíces no dereito privado de obrigas que seguirá achegando, mañá como onte, o valor secular do esquema xurídico: contrato e dereito administrativo únense para dar vida a un ente orixinal. Aceptado este axioma, non é difícil discernir o concepto de contrato administrativo de que parte esta lei de bases; basta acudir ao fundamento do dereito administrativo para descubrir a causa do negocio, para comprender a razón das súas peculiaridades normativas e para sentir a necesidade duns procedementos especiais de elaboración do contrato e de axuizamento da relación xurídica cando o restablecemento do dereito exige a intervención do poder xurisdiccional [...]”⁹.

Posteriormente, o Decreto 923/1965, do 8 de abril, polo que se aproba o texto articulado da Lei de contratos do Estado (en diante, LCE), consagrou a substantividade dos contratos administrativos. Esta norma precisaba que os contratos que tivesen por obxecto directo a execución de obras, a xestión de servizos ou a prestación de subministracións estaban suxeitos ao dereito administrativo e peculiaridades da dita lei, mentres que o resto de contratos con obxecto distinto se debían rexer polas súas normas privativas¹⁰. Dentro dos segundos, enumeraba os contratos de compravenda de inmobles, mobles que non teñan a consideración de subministracións, préstamo, depósito, transporte, arrendamento, explotación patrimonial ou calquera outros¹¹. Non obstante, ao dispor nos artigos 18 e 19 o seu réxime xurídico

6 Aínda que na súa orixe a atribución dos contratos á xurisdición contencioso-administrativa se debía a unha simple razón subxectiva. Todos os contratos que asinase a Administración eran competencia dos tribunais contencioso-administrativos por puras razóns prácticas, pois non existía distinción entre contratos administrativos e contratos privados, algo que era inconcibible, xa que todos os contratos se suxeitaban ao dereito civil. Así o sinalou GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La figura del contrato administrativo”, *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963, pp. 101-103.

7 Sobre a evolución e regulación da actividade contractual da Administración pública en España, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009, pp. 165-172.

8 Esta norma limitouse a regular unicamente os contratos que tivesen por obxecto obras, xestión dos servizos públicos e subministracións, aínda que tamén é preciso apuntar que xa recolle na súa base II que os contratos que realice o Estado con obxecto diferente, como os de compra e venda de inmobles, préstamo, depósito, arrendamento, explotación patrimonial, laborais ou calquera outros, se rexerán polas súas normas especiais, aplicándose supletoriamente as disposicións da lei para os referidos contratos.

9 CORRAL GARCÍA, E., “Evolución de la legislación de contratos de la administración”, *Contratación del Sector Público Local*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008, pp. 128 y 129.

10 Capítulos primeiro e segundo do título preliminar.

11 En defecto de normas privativas, debían observarse as seguintes regras: se se trataba de contratos que pola súa natureza debían someterse ao ordenamento xurídico-administrativo, este debía actuar como dereito supletorio, sendo peculiarmente aplicables as contidas con tal carácter na dita lei; se a natureza do contrato excluía a aplicación do ordenamento xurídico-administrativo, observaríanse os principios sobre competencia e procedemento.

supletorio, fai unha distinción en función de se os ditos contratos tiñan ou non natureza administrativa.

En consecuencia, a regulación da LCE céntrase en establecer tanto normas xerais como específicas, pero unicamente para os contratos declarados administrativos polo seu obxecto. Para o resto mantívose o criterio tradicional de preferencia do dereito civil.

Polo tanto, a LCE na súa redacción inicial non incluía ningunha delimitación dos contratos administrativos de carácter especial. A primeira conceptualización dos ditos contratos, aínda que de forma tenue, prodúcese coa modificación operada na LCE coa aprobación da Lei 5/1973, do 17 de marzo.

Na súa exposición de motivos desvela que un dos seus propósitos é fixar tanto o réxime xurídico dos contratos administrativos como o dos que non revisten tal condición. Así, no texto da norma, no capítulo primeiro do título preliminar, concréntanse as disposicións xerais a que deberán axustarse os contratos que formalice a Administración do Estado. En primeiro lugar, no artigo 2 relaciónanse os negocios xurídicos que quedan fóra do ámbito da lei. Pero o máis relevante atopámolo no artigo 4, que establece unha serie de regras en relación co réxime xurídico dos contratos, distinguindo tres supostos:

1) Os contratos que teñan por obxecto directo obras, xestión de servizos públicos e subministracións¹², que teñen carácter administrativo¹³.

2) Os contratos distintos dos anteriores, como os de contido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamento, sociedade ou calquera outros, que teñan carácter administrativo, *"por declaralo así unha lei, pola súa directa vinculación ao desenvolvemento regular dun servizo público ou por revestiren características intrínsecas que fagan precisa unha especial tutela do interese público para o desenvolvemento do contrato"*¹⁴.

3) Os contratos distintos dos anteriores que non teñan carácter administrativo, ao non estaren incluídos entre os supostos previstos.

Das regras expostas extraemos que se produce a primeira separación entre os contratos administrativos e os privados. A categoría de contratos administrativos é a máis ampla, xa que comprende os contratos que figuran nas dúas primeiras regras. Na primeira atópanse os que revisten tal condición polo seu obxecto: obras, xestión de servizos públicos e subministracións. E na segunda, aqueles cuxa pertenza vén determinada polo cumprimento dalgún dos supostos previstos na propia lei.

Para o Tribunal Supremo, esta importante innovación da lexislación contractual que permitiu atribuírlles carácter administrativo non só aos contratos polo seu obxecto, senón aos que

12 Aínda que non figuren neste precepto os contratos de servizos, declarouse subsistente a regulación do Decreto 916/1968, do 4 de abril, polo que se regula a contratación de estudos e servizos técnicos con sociedades e empresas consultoras polos departamentos ministeriais, que foi adaptada ás normas da LCE mediante o Decreto 1005/1974, do 4 de abril, polo que se regulan os contratos de asistencia que realice a Administración do Estado e os seus organismos autónomos con empresas consultoras ou de servizos.

13 Estes contratos réxense na súa preparación, adxudicación, efectos e extinción pola LCE e disposicións regulamentarias, supletoriamente polas restantes normas do dereito administrativo e, no seu defecto, polas normas do dereito privado.

14 Na súa preparación, adxudicación, efectos e extinción, rexeranse polas súas normas administrativas especiais; no seu defecto, polas normas relativas aos contratos anteriores; finalmente, polas demais normas do dereito administrativo e, no seu defecto, polas normas do dereito privado.

tivesen tal carácter por declaración legal ou pola súa directa vinculación ao desenvolvemento regular dun servizo público ou por revestiren características intrínsecas que fixesen precisa unha especial tutela de interese público para o seu desenvolvemento tivo un importante efecto ao substituír o tradicional criterio de supletoriedade (preferencia do civil) polo principio de autointegración do ordenamento administrativo, como dereito obxectivo autónomo establecido¹⁵.

Con esta delimitación preséntansenos dous tipos de contratos administrativos. Os contratos que a doutrina denominou "*típicos*", que son administrativos polo seu obxecto e que foron variando ao longo do tempo¹⁶. E os que son considerados "*de natureza administrativa especial*" porque así o dispuxese unha lei ou porque concorran algún dos requisitos fixados na norma.

Con posterioridade, ao ser aprobado mediante o Decreto 3410/1975, do 25 de novembro, o Regulamento xeral de contratación do Estado, tras clasificar no seu artigo 7 os tres tipos de contratos: administrativos de obras, xestión de servizos públicos e subministracións (nomina-dos), administrativos especiais e privados, determina cales son os contratos administrativos especiais. Dentro destes, distingue catro grupos. Un primeiro grupo, que son os de contido patrimonial, de préstamo, depósito, transporte, arrendamento, sociedade ou calquera outros en que concorran as circunstancias seguintes: que o declare expresamente unha lei, que estea directamente vinculado ao desenvolvemento regular dun servizo público ou que revista características intrínsecas que fagan precisa unha especial tutela do interese público para o desenvolvemento do contrato, requisitos que son os establecidos na regra segunda da LCE, na redacción dada pola Lei 5/1973, do 17 de marzo (artigo 4.2). E despois inclúense tres grupos máis: os de asistencia con empresas consultoras ou de servizos referidos no Decreto 1005/1974, do 4 de abril; os forestais regulados pola lexislación de montes con tal carácter; e os de transporte de correos, persoal, material, artigos ou efectos militares ou outros bens e valores do Estado.

É importante destacar que entre os contratos que se relacionan de xeito indicativo como os que poderán ser cualificados como administrativos especiais, se se cumpre a segunda regra da lei, se atopan os de contido patrimonial ou os arrendamentos. Non obstante, debido á dicción do precepto, está claro que non se trata de *numerus clausus*, senón que a lista queda aberta. Desta forma, calquera outro contrato de dereito privado podería ser cualificado de contrato administrativo especial cando cumprise calquera dos criterios expostos na lei, aínda que a súa interpretación debía efectuarse de forma estrita, pois unicamente se se daban as características especiais definidas polo lexislador: declaralo unha lei, vinculación directa ao desenvolvemento regular dun servizo público ou que as súas características intrínsecas requirisen que a tutela do interese público fose especial, podían ser cualificados como administrativos especiais.

15 Así o expresou na Sentenza n. 583/2001, do 8 de xuño (Sala do Civil), na cal recolle a alocución da Sentenza da mesma sala do 7 de novembro de 1983. Baseándose no cambio producido, o tribunal considerou administrativo o contrato de redacción dun proxecto de construción dun edificio destinado a biblioteca porque o contrato revestía características que facían precisa unha especial tutela do interese público para o seu desenvolvemento (RX 2001, 5540).

16 Pois a tipificación responde en boa medida do uso reiterado que fai a Administración pública de determinados contratos para o cumprimento das súas atribucións.

Por último, de forma residual estarían os contratos privados, ao establecer a LCE que neste grupo se atopaban os contratos que non tiñan carácter administrativo por non estaren incluídos dentro dos supostos previstos na segunda regra.

A principal consecuencia desta nova regulación foi o incremento na cualificación como contratos administrativos dos que coa lexislación anterior terían sido cualificados como contratos privados cando respondían a un fin público, sobre todo nos de carácter patrimonial e nos enumerados a xeito de exemplo na lei.

Esta expansión do carácter administrativo dos contratos, que atende á finalidade pública que persegue a Administración que realiza o contrato, está presente no razoamento empregado, entre outras, por exemplo, na Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Civil, do 30 de outubro de 1983 (RX 1983, 5846), en que cualificou de administrativo un contrato de compravenda de terreos de pertenza municipal que tiña como fin favorecer a creación de industrias e o conseguinte aumento de postos de traballo. Nela o tribunal subliña que:

“Ao enfrontarse co tema da distinción entre os contratos privados e os administrativos, a doutrina científica e a xurisprudencial prescinden do tradicional criterio das cláusulas exorbitantes ou derogatorias do dereito común para aterse primordialmente ao obxecto e finalidade do negocio, de tal sorte que a materia do contrato administrativo versará sobre un servizo público, entendida a expresión no máis amplo sentido para comprender as actividades da Administración que tendan a satisfacer un interese xeral propio da súa competencia, e por conseguinte estará incluído no concepto todo o que non sexa xestión mercantil ou actuación relacionada co dominio privado, o que permite concluír que polo xeral se estará ante un negocio do dito carácter sempre que o órgano da Administración interveña no campo específico do seu labor, lata acepción que así mesmo se obtén do artigo 4.º da Lei de contratos do Estado segundo a modificación do 17 de marzo de 1973, cuxa regra segunda abarca a actividade típica que o órgano administrativo desenvolve no ámbito da súa concreta competencia funcional, razóns polas cales esta sala, que xa propugnou «o sentido amplo» na interpretación do que debe entenderse por servizo público –S. do 22 de novembro de 1967–, lle nega carácter civil ao contrato de alleamento de soar para a edificación de vivendas destinadas a satisfacer un interese xeral –S. do 16 de decembro de 1970– e ao celebrado pola Administración e un particular para a elaboración dun proxecto de construción dun edificio público –S. do 11 de maio de 1982–, orientación tamén seguida pola Sala Cuarta, que lle atribuíu natureza administrativa ao contrato polo cal un concello alleou bens propios coa obriga de construír en determinado prazo, precisando o tipo e as particularidades do inmovible –S. do 2 de marzo de 1973–”.

Así mesmo, pódese constatar que o carácter administrativo dun contrato derivado desta visión finalista, dada a amplitude do concepto de servizos públicos, deberá sustentarse na definición negativa ou excluínte do servizo público, tal como se precisa na Sentenza do Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª, do 30 de outubro de 1990 (RX 1990, 8400), que sostén que:

“Teñen carácter administrativo tanto os contratos cuxo obxecto directo sexa a execución de obras e a xestión de servizos públicos a cargo das entidades locais como os distintos das de obras e servizos, de contido patrimonial (préstamos, depósitos, transportes, arrendamentos, compravendas, sociedades ou calquera outro) que pola súa vinculación directa ao desenvolvemento regular dun servizo público teñen carácter administrativo, sinalando con

claridade a Sentenza da Sala 1.ª deste tribunal do 30 de abril de 1986 que, dada a amplitude do concepto de servizos públicos, o concepto de contrato administrativo vén determinado doutrinalmente pola definición negativa ou excluínte do servizo público; é dicir, cando o contrato non ten por obxecto a xestión do dominio privado, patrimonial ou mercantil da Administración, o contrato será administrativo”¹⁷.

Polo tanto, é importante ter en conta que gran parte da xurisprudencia que cualificou contratos patrimoniais como contratos administrativos deriva desta concepción teleolóxica, de maneira que, baseándose nesta visión finalista, os contratos privados ocupan neste momento un lugar residual.

2.2 Reforzo dos contratos administrativos especiais e mellora no seu deslinde dos contratos privados que manteñen o seu carácter residual

Coa aprobación da Lei 13/1995, do 18 de maio, de contratos das administracións públicas (en diante, LCAP), promúlgase por primeira vez unha norma básica en materia de contratación pública para todas as administracións públicas, o que motiva o cambio de denominación. A súa principal pretensión é someter a esta lei toda a actividade contractual das administracións públicas, agás os negocios expresamente excluídos¹⁸, de forma que se establece tanto o réxime xurídico dos contratos administrativos como o dos contratos privados.

No artigo 5 da LCAP delimitase o carácter administrativo e privado dos contratos do seguinte xeito:

“2. Son contratos administrativos:

a) Aqueles cuxo obxecto directo, conxunta ou separadamente, sexa a execución de obras, a xestión de servizos públicos e a realización de subministracións, os de consultoría e asistencia ou de servizos e os que se asinen excepcionalmente con persoas físicas para a realización de traballos específicos e concretos non habituais.

b) Os de obxecto distinto dos anteriormente expresados, pero que teñan natureza administrativa especial por resultaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante, por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela ou por declaralo así unha lei.

3. Os restantes contratos efectuados pola Administración terán a consideración de contratos privados e, en particular, os contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmoables, propiedades incorpórais e valores negociables”.

17 A aplicación deste concepto de servizo público é realizada por esta mesma sala do TS, na súa Sentenza do 13 de febreiro de 1990 (RX 1990, 1430), cando cualifica de administrativo o arrendamento de instalacións da súa propiedade destinadas á proxección cinematográfica e realización de actos de natureza cultural e artística en xeral, debido a que a dita prestación do servizo público era competencia da corporación cando se formalizou o contrato e podía prestala mediante xestión indirecta.

18 Entre os contratos que quedan fóra da lei, xa hai unha referencia aos contratos financeiros, na letra k) do artigo 3.1: *“Os contratos relacionados coa compravenda e transferencia de valores negociables ou doutros instrumentos financeiros e os servizos prestados polo Banco de España”.*

Nesta delimitación dos contratos, observamos que se produciron algunhas variacións. En primeiro lugar, perséguese consolidar a división dos contratos da Administración en dous grandes grupos: administrativos e privados. E, aínda que os contratos privados seguen tendo un carácter residual, algúns dos que se enumeraban a xeito de exemplo na LCE, como os que poderían ter carácter administrativo especial polo cumprimento dos criterios fixados, agora figuran relacionados no grupo dos contratos privados, o que denota un cambio de tendencia.

En segundo lugar, dentro dos contratos administrativos están os que o son pola súa tipoloxía, e os que o son por declaralo unha lei ou porque cumpren cos criterios descritos, que variaron respecto á LCE. Recordemos que a LCE establecía como requisitos alternativos *“a súa directa vinculación ao desenvolvemento regular dun servizo público”* ou *“revestir características intrínsecas que fagan precisa unha especial tutela do interese público para o desenvolvemento do contrato”*.

A Xunta Consultiva de Contratación Administrativa do Estado (en diante, XCCAE), ao comparar a nova caracterización dos contratos administrativos especiais recollida na LCAP, en relación coa regulación precedente, estimou que, de existir algunha diferenza, sería para *“ampliar o campo dos contratos administrativos especiais, pois a ‘vinculación’ ao xiro ou tráfico da Administración contratante, ao tratarse dunha mera vinculación e non dunha pertenza estrita, permite incluír nesta categoría os contratos que afectan ao interese público concreto perseguido pola Administración de que se trate”* (Informe 5/96, do 7 de marzo de 1996).

En canto ao réxime xurídico dos contratos, ademais de establecer normas concretas para os contratos administrativos típicos, como facía a LCE, incorpóranse disposicións xerais para todos os contratos que formalicen as administracións públicas e, xunto a elas, inclúense normas específicas para os contratos de natureza administrativa especial. Nesta mención expresa ao réxime xurídico dos contratos administrativos especiais, dispónse que se rexerán con carácter preferente polas súas propias normas e que a orde xurisdiccional competente é a contencioso-administrativa (artigo 7). Tamén se exige no artigo 8 que nos seus pregos de cláusulas administrativas particulares se faga constar:

- “a) O seu carácter de contratos administrativos especiais.*
- b) As garantías que o contratista debe prestar para asegurar o cumprimento da súa obriga.*
- c) As prerrogativas da Administración para interpretar o contrato, resolver as dúbidas que ofrezca o seu cumprimento, modificalo por razóns de interese público, acordar a súa resolución e determinar os seus efectos.*
- d) A competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa para coñecer das cuestións que poidan suscitarse en relación con estes”*.

Polo que se refire aos contratos privados, reiteramos que a lei inclúe expresamente os de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmoebles, propiedades incorpórais e valores negociables, e dispónse que se rexerán pola lexislación patrimonial das administracións públicas (artigo 9.1 LCAP), o que, como xa apuntamos, non obsta para que, en caso de que concorrese algunha das circunstancias especiais especificadas no artigo 5.2.b) da LCAP, os ditos contratos puidesen ser cualificados

como administrativos especiais, razón que nos leva a manter que os contratos privados seguen sendo a categoría subsidiaria.

Non obstante, debemos convir con FUERTES LÓPEZ¹⁹ en que, coa nova redacción na cualificación dos contratos patrimoniais, o lexislador parece inclinarse por atribuírlles carácter privado, polo que consideramos que a súa pretensión foi clarificar a finalidade pública que debe ser exixida para que un contrato patrimonial poida ser cualificado como administrativo especial, pois por imperativo constitucional compéttelle á Administración a satisfacción do interese público. Polo tanto, a fórmula seleccionada exige que a dita finalidade sexa da competencia específica da Administración contratante e que estea vinculada a satisfacer de forma directa ou inmediata esa finalidade pública. Así, o que impón é que exista unha clara e esencial relación entre o contrato e a finalidade pública perseguida pola Administración pública.

Aínda que, como veremos, non se pode negar que, ao mesmo tempo que se vai fixando o contido dos contratos administrativos nominados, tamén se vai producindo para o resto de contratos unha paulatina atracción cara ao dereito privado.

Unha das modificacións máis importantes da LCAP foi a realizada pola Lei 53/1999, do 28 de decembro, que, en relación co tema que nos ocupa, suprime de entre os contratos típicos o de traballos específicos e concretos non habituais²⁰. Así mesmo, pretende clarificar o réxime xurídico de determinados contratos. Destaca neste sentido que a propia lei fixa o carácter privado dalgúns contratos e se incrementan as disposicións específicas para os contratos de natureza administrativa especial (artigo 8).

En canto á dicotomía entre contratos administrativos e privados, a redacción do artigo 5 é a seguinte:

1. Os contratos que asine a Administración terán carácter administrativo ou carácter privado.

"2. Son contratos administrativos:

a) Aqueles cuxo obxecto directo, conxunta ou separadamente, sexa a execución de obras, a xestión de servizos públicos e a realización de subministracións, os de consultoría e asistencia ou de servizos, agás os contratos comprendidos na categoría 6 do artigo 206 referente a contratos de seguros e bancarios e de investimentos, dos comprendidos na categoría 26 do mesmo artigo, os contratos que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos.

b) Os de obxecto distinto dos anteriormente expresados, pero que teñan natureza administrativa especial por resultaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante, por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela ou por declaralo así unha lei.

3. Os restantes contratos celebrados pola Administración terán a consideración de contratos privados e, en particular, os contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e

19 FUERTES LÓPEZ, M., "Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 6, 2000.

20 Segundo a súa exposición de motivos, a supresión desta figura débese ás dúbidas e dificultades que o seu carácter residual e a súa definición negativa suscitaran na práctica. Ademais, estímase que o seu obxecto pode atenderse perfectamente a través dos contratos de consultoría e asistencia.

demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, propiedades incorporais e valores negociables, así como os contratos comprendidos na categoría 6 do artigo 206 referente a contratos de seguros e bancarios e de investimentos e, dos comprendidos na categoría 26 do mesmo artigo, os contratos que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos”.

Entre as disposicións específicas que se inclúen para os contratos administrativos especiais, destaca o aumento dos aspectos que deben precisarse nos pregos de cláusulas administrativas particulares, de forma que aos exixidos na redacción inicial da LCAP, algúns dos cales modifican a súa redacción, se engade que constará o alcance das prórrogas, que non poderán producirse por consentimento tácito, e as causas específicas de resolución do contrato que se establezan expresamente.

Tras esta modificación, no prego de cláusulas administrativas particulares dos contratos administrativos especiais farase constar, segundo o artigo 8.2:

- “a) O seu carácter de contratos administrativos especiais.*
- b) As garantías provisionais e definitivas.*
- c) As prerrogativas da Administración a que se refire o artigo 60.1.*
- d) O alcance das prórrogas, sen que poidan producirse estas por mutuo consentimento tácito.*
- e) As causas específicas de resolución que se establezan expresamente.*
- f) A competencia da orde xurisdiccional contencioso-administrativa para coñecer das cuestións que poidan suscitarse en relación con estes”.*

Así mesmo, a Lei 53/1999, do 28 de decembro, establece causas específicas de resolución para os contratos administrativos especiais²¹.

A consecuencia da precisión realizada en canto ao réxime xurídico dos contratos administrativos e privados que asinen as administracións públicas é que terán a consideración de contratos privados, debido a que é a propia lei a que o establece, os servizos referentes a contratos de seguros, bancarios e de investimentos (categoría 6 do artigo 206). Tamén serán contratos privados os servizos que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos (categoría 26 do artigo 206).

As sucesivas modificacións realizadas na LCAP motivaron a aprobación do Real decreto legislativo 2/2000, do 16 de xuño, polo que se aprobou o texto refundido da Lei de contratos das administracións públicas (en diante, TRLCAP). Neste persiste a dicotomía entre contratos administrativos e privados. Ademais, mantén as disposicións xerais aplicables a todos os contratos das administracións públicas, as disposicións precisas para os contratos

²¹ No artigo 8.3 establécese que “Serán causa de resolución, ademais das establecidas no artigo 112, as seguintes:

- a) A suspensión por causa imputable á Administración da iniciación do contrato por prazo superior a seis meses a partir da data sinalada neste para o seu comezo, salvo que no prego se sinala outro menor.*
- b) A desistencia ou a suspensión do contrato por prazo superior a un ano acordada pola Administración, salvo que no prego se sinala outro menor.*
- c) As modificacións do contrato, aínda que fosen sucesivas, que impliquen, illada ou conxuntamente, alteracións do prezo do contrato en contía superior, en máis ou en menos, ao 20 por 100 do prezo primitivo do contrato, imposto sobre o valor engadido excluído, ou representen unha alteración substancial deste”.*

administrativos típicos e as específicas para os contratos de natureza administrativa especial. En canto aos contratos típicos, cómpre destacar a incorporación do contrato de concesión de obras públicas que se produce posteriormente, mediante a modificación realizada pola Lei 13/2003, do 23 de maio, reguladora do contrato de concesión de obra pública.

Tamén hai que salientar que o continuo interese por precisar o réxime xurídico dos contratos administrativos especiais motivou que o Regulamento xeral da Lei de contratos das administracións públicas, aprobado polo Real decreto 1098/2001, do 12 de outubro (en diante, RXLCAP), impuxese que o prego de cláusulas administrativas particulares contivese as especificacións que pola natureza e o obxecto do contrato fosen necesarias para definir os pactos e as condicións deste, ademais de incluír aqueles datos establecidos no artigo 8 da lei e os exixidos con carácter xeral para todos os contratos no artigo 67.2 do regulamento (artigo 3), ao mesmo tempo que dispuxo que os ditos datos específicos deberían figurar no documento de formalización do contrato (artigo 71.8).

Como se expuxo, a tendencia na cualificación do carácter administrativo especial dos contratos permite apreciar un abandono das posicións baseadas nun concepto amplo de servizo público, para atender ao ámbito específico de actuación da Administración pública, exixindo unha relación máis directa entre o obxecto do contrato e a finalidade pública. Esta delimitación foi perfeccionándose ata fixar mediante enumeración os contratos que debían ser cualificados en todo caso como privados, ao seren referenciados pola súa categoría e artigo para evitar calquera xénero de dúbida. Como se indicou, este foi o caso dos contratos que tiñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos²², así como os financeiros.

2.3 A transformación do contrato administrativo especial: o carácter supletorio outorgado pola Lei 30/2007

Na regulación vixente, contida no texto refundido da Lei de contratos do sector público, aprobado polo Real decreto legislativo 3/2011, do 14 de novembro (en diante, TRLCSP), que se mantivo en termos similares á Lei 30/2007, do 30 de outubro, de contratos do sector público [en diante, LCSP (2007)]; para os contratos realizados por unha Administración pública persiste a diferenciación dos contratos entre administrativos e privados. Non obstante, hai que recordar que a LCSP (2007) pretende dar un novo enfoque á lexislación dos contratos públicos²³. O seu enfoque é substituír o noso tradicional modelo de regulación, sustentado nos contratos administrativos efectuados polas administracións públicas, por unha nova norma cuxo ámbito sexa máis amplo, tanto no aspecto subxectivo como obxectivo na incorporación das prescricións provenientes do dereito europeo²⁴.

22 Vid. a Sentenza n. 18/2007, do 24 de xaneiro, do Tribunal Supremo (Sala do Civil, Sección 1.^a), que cualificou como privado un contrato de execución de interpretación artística, celebrado por un concello con ocasión das festas patronais, partindo do exame da evolución lexislativa da figura do contrato administrativo especial e atendendo á realidade social do tempo en que debía ser aplicada (RX 2007, 710).

23 MORENO MOLINA, J.A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008, pp. 101-103 3.

24 De xeito que, dentro da lei, se identifican os contratos que están sometidos ás disposicións do dereito europeo, que se recollen baixo a denominación "*contratos suxeitos a regulación harmonizada*". Para a súa delimitación aténdese á entidade contratante, á tipoloxía do contrato e á súa contía.

Seguindo esta orientación, a LCSP (2007) introduciu unha nova configuración das categorías contractuais²⁵. A diferenza do que acontecía no TRLCAP, os contratos típicos xa non teñen relación cos contratos administrativos, senón que se parte dunha definición destes contratos²⁶, para despois determinar que contratos terán carácter administrativo e cales carácter privado. Coa nova regulación, os contratos administrativos resérvanse para as administracións públicas, que tamén poden subscribir contratos privados en determinados casos, mentres que todos os contratos formalizados polos entes, organismos e entidades do sector público que non teñan a condición de Administración pública terán a consideración de contratos privados (artigo 20.1 TRLCSP).

A primeira consecuencia desta nova regulación, que foi advertida pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma de Aragón (en diante, XCCAAR), é que prima a tipificación, á marxe do réxime xurídico, o que supón que o contrato administrativo especial ten carácter residual²⁷.

Así mesmo, en canto á categoría dos contratos privados, hai que destacar que se precisa a súa definición e que esta se amplía.

Centrándonos nos contratos subscritos polas administracións públicas, segundo dispón o artigo 19 do TRLCSP, terán carácter administrativo os contratos seguintes:

"a) Os contratos de obra, concesión de obra pública, xestión de servizos públicos, subministración, e servizos, así como os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado. Non obstante, os contratos de servizos comprendidos na categoría 6 do anexo II e os que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos comprendidos na categoría 26 do mesmo anexo non terán carácter administrativo".

Antes de examinar que contratos administrativos terán natureza administrativa especial, convén facer un inciso sobre os contratos típicos. En primeiro lugar, cómpre destacar a supresión dos contratos de consultoría e asistencia, cuxa nota definitoria principal foi o seu carácter intelectual, aínda que a súa delimitación cos contratos de servizos foi en determinados casos complexa²⁸.

Tamén é conveniente precisar como a figura do contrato de servizos amplía o seu obxecto, ao ser definido por exclusión dos contratos de obras e subministracións, o que non deixa lugar a dúbidas sobre a súa expansión e a atracción das prestacións que eran definidas no TRLCAP como contratos de consultoría e asistencia. Ademais, no anexo II da lei enuméranse as actividades que poden ser o seu obxecto. O dito anexo divídese en 27 categorías, das cales a última ten carácter residual, pois incorpora o resto de servizos que se adapten á definición destes contratos, de xeito que se pode concluír que inclúen practicamente todas

25 A necesidade de aclarar esta nova configuración para evitar confusións na utilización dos réximes xurídicos foi advertida por MORENO MOLINA, J.A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, cit., p. 185.

26 Como analizaremos no apartado seguinte, a delimitación dos tipos contractuais responde ás definicións contidas na Directiva 2004/18/CE do Parlamento Europeo e do Consello, do 31 de marzo de 2004, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de obras, de subministración e de servizos.

27 Informe 19/2008, do 4 de setembro, en que manifesta que *"da actual regulación se desprende o carácter residual da categoría do contrato administrativo especial, primando a tipificación, á marxe do réxime xurídico, que contén a Directiva 2004/18, do 31 de marzo, de contratos públicos"*. A afirmación do carácter residual dos contratos administrativos especiais respecto dos contratos típicos é tamén compartida pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa de Cataluña (Informe 13/2014, do 22 de xullo).

28 *Vid.* Informe 36/98, do 16 de decembro de 1998, da XCCAAR, no que se examina a delimitación entre ambos os dous contratos.

as prestacións de servizos posibles²⁹, aínda que haberá que ter en conta que algúns son expresamente cualificados como contratos privados pola propia lei.

Segundo dispón o artigo 19 do TRLCSP, ademais dos contratos típicos, tamén terán carácter administrativo:

“ b) Os contratos de obxecto distinto dos anteriormente expresados, pero que teñan natureza administrativa especial por estaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela, sempre que non teñan expresamente atribuído o carácter de contratos privados conforme o parágrafo segundo do artigo 20.1, ou por declaralo así unha lei”.

Coa redacción deste precepto, os contratos administrativos especiais quedan constringidos. Tanto é así, que a XCCAva, no antedito Informe 9/2009, do 14 de decembro, manifestou que a súa aplicación se vira enormemente minimizada e posiblemente reducida aos casos en que unha lei así o establecece.

Esta situación deriva, en primeiro lugar, porque se impón que o seu obxecto debe ser distinto do dos contratos típicos³⁰, que como xa indicamos acrecentaron o seu ámbito debido sobre todo á nova delimitación do contrato de servizos que o converte en caixón de xastre³¹. Para a XCCAAr, a amplitude da configuración do contrato de servizos exige que moitos dos contratos que eran cualificados baseándose na lexislación anterior como administrativos especiais deban ser recualificados como contratos de servizos³².

E, en segundo lugar, porque un contrato non poderá ser cualificado como administrativo especial se a lei lle atribúe expresamente o carácter de contrato privado, a diferenza do que acontecía na regulación precedente, en que era habitual que un contrato que en principio se definía como privado se cualificase como administrativo especial cando existía unha vinculación do contrato ao servizo público ou ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante.

A consecuencia é que, coa nova regulación dos tipos contractuais, os contratos administrativos especiais pasan a ser a categoría residual, colocándose no lugar que ocupaban os contratos privados no TRLCAP³³.

29 Informe 9/2009, do 14 de decembro, da Xunta Superior de Contratación Administrativa da Generalitat de Valencia (en diante, XCCAva).

30 Neste sentido, o Tribunal Catalán de Contratos do Sector Público afirmou que *“ a cualificación dos contratos como administrativos especiais ten carácter particularmente residual, deixándoa reservada a contratos que claramente non encaixen con ningún dos tipos contractuais regulados no TRLCSP”* (Resolución 92/2014, do 27 de xuño).

31 Como sinalaron, entre outros, GIMENO FELIÚ, 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 públicos*, Civitas, Madrid, 2010, e GALLEGO CÓRCOLES, I., *“Contratos administrativos especiales (I)”*, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 100, 2010, pp. 60-67.

32 Recomendación 1/2011, do 6 de abril.

33 BERNAL BLAY, M.A., *“Contrato administrativo especial”*, Bermejo Vera, J. (dir.) *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 157-159. Este autor describe de forma moi clara cales eran os pasos a seguir á hora de cualificar un contrato, aplicando as regras contidas no TRLCAP, e como cambiaron coa aprobación da LCSP (2007). Cando estaba en vigor o TRLCAP, se unha Administración tiña que realizar un contrato, o primeiro que facía para cualificalo era examinar se o seu obxecto encaixaba dentro dos contratos típicos. En caso negativo, comprobaba se se daba algún dos supostos para cualificalo como contrato administrativo especial, empezando por comprobar se así o declaraba algunha lei. Só cando non concorria ningunha das circunstancias anteriores podía cualificarse como contrato privado, en especial os negocios xurídicos sobre bens inmobles, contratos de seguros, bancario, de creación artística e literaria ou os de espectáculos, aínda que os ditos contratos privados podían ser cualificados como administrativos especiais se tiñan encaixe dentro do xiro ou tráfico da

En relación coa posibilidade de que unha lei declare a natureza especial dun contrato, debemos mencionar que o propio TRLCSP, no seu artigo 24, cualifica como tales os contratos para a execución de obras, fabricación de bens mobles ou prestación de servizos que se asinen con empresarios particulares e que se efectúen en colaboración coa Administración, sempre que concorran determinadas circunstancias e cos límites que se establecen para cada tipo.

Os colaboradores serán seleccionados mediante os procedementos de adjudicación establecidos con carácter xeral na lei, salvo en caso de emerxencia. Trátase, polo tanto, de supostos que permiten, aínda que con carácter excepcional e en ocasións específicas, que a Administración realice a prestación contando con colaboradores externos cualificando os contratos que celebren con eles como administrativos especiais.

Considerouse que o establecemento de contratos administrativos especiais mediante lei tería que respectar necesariamente os criterios de cualificación consagrados no TRLCSP. Utilizaríanse para evitar dúbidas na práctica, para tratar contratos con novos obxectos ou para os de especial transcendencia³⁴.

Non obstante, isto parece que non sucedeu coa cualificación dos contratos de aproveitamentos forestais baixo a figura do contrato administrativo especial, realizada pola Lei 21/2015, do 20 de xullo, que modifica a Lei 43/2003, do 21 de novembro, de montes, xa que esta norma xerou dúbidas en canto á súa extensión.

Tradicionalmente distinguírase entre os concertados para o aproveitamento forestal, que eran considerados administrativos especiais, e os relativos ao mantemento e conservación de montes ou de obras forestais, que se cualificaban como contratos administrativos típicos. Non obstante, a lei non deixa claro se todas estas prestacións deben ser cualificadas como contratos administrativos especiais³⁵.

Por outra banda, de conformidade co artigo 20 do TRLCSP, os contratos asinados por unha Administración pública serán privados cando teñan por obxecto:

“Servizos comprendidos na categoría 6 do anexo II, a creación e interpretación artística e literaria ou espectáculos comprendidos na categoría 26 do mesmo anexo, e a subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos, así como calquera outros contratos distintos dos contemplados no apartado 1 do artigo anterior”.

Como podemos comprobar, na relación de contratos que serán considerados como privados destaca como novidade con respecto ao TRLCAP a inclusión da subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos, que xa figuraban na redacción orixinal da LCSP (2007).

Por último, tamén resulta necesario facer unha breve mención a algúns dos contratos que quedan exceptuados da aplicación da lei. Referímonos aos de compravenda, doazón, permuta,

Administración que os realizaba ou se mediante a súa concertación esta actuaba no ámbito das súas competencias. Precisamente, este era o método seguido polos tribunais para decidir sobre o carácter administrativo ou privado dun contrato, como se pode comprobar no fundamento segundo da STS 781/2007, 25/06/2007 (Sala do Civil, Sección 2.ª). Mediante a regulación dos tipos realizada pola LCSP (2007), o proceso invértese, pois se ao contrato se lle atribuíu o carácter de privado non poderá cualificarse de contrato administrativo especial, salvo que veña determinado pola lei.

34 BERNAL BLAY, M.A., “Contrato administrativo especial”, cit., p. 157.

35 Vid. SANMARTÍN MORA, M.A., “Novidades en materia de contratos de aproveitamientos forestales”, <http://obcp.es>, 14 de setembro de 2015 (último acceso: 21/05/2017).

arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, valores negociables e propiedades incorporais (salvo que recaian sobre programas de ordenadores e deban cualificarse como contratos de subministración ou servizos). Estes contratos no TRLCAP recollíanse dentro dos contratos privados (artigo 5.3), mentres que agora se inclúen dentro dos negocios xurídicos excluídos, aínda que seguen tendo carácter de contratos privados e estarán regulados pola lexislación patrimonial [artigo 4.p) TRLCSP]³⁶, contratos que nalgúns supostos, baseándose na súa finalidade pública, foron considerados pola xurisprudencia como administrativos en aplicación da normativa anterior, e que deberán ser considerados en todo caso como privados³⁷.

En consecuencia, debemos concluír que a aprobación da LCSP (2007) reduciu os contratos que podían ser cualificados como administrativos especiais. Por un lado, pola amplitude da definición que establece dos contratos típicos, en especial os de servizos. Por outro lado, porque os contratos patrimoniais xa non poden ser reconducidos a este tipo, porque pasaron a regularse pola súa lexislación específica. E, finalmente, a causa de que xa non poderían cualificarse como administrativos especiais os que tivesen expresamente atribuído o carácter de privados na propia lei.

3 Influencia do dereito europeo na configuración do contrato administrativo especial

Aínda que a transformación que se produciu na regulación da contratación pública no ordenamento xurídico español resulta obvia, non deixa de ser relevante analizar os seus motivos, pois estes incidiron na constitución do contrato administrativo especial.

Parte deste cambio trae a súa orixe do incremento de entes e organismos que sen seren Administración pública se converteron en suxeitos contratantes³⁸, así como da variedade de prestacións que polo seu uso recorrente se foron constituíndo en tipos nominados. Pero, de entre todas as causas, destaca a obriga de adaptar o noso dereito ao da Unión Europea, que, no seu empeño por lograr un mercado interior único, foi ampliando o seu marco regulatorio no ámbito da contratación pública para aproximar os ordenamentos xurídicos dos Estados membros que a integran.

Así, o dereito europeo pasou de establecer un réxime común para a contratación pública, iniciado coa delimitación dos suxeitos e a tipificación dos contratos de obras, servizos e subministracións, e que se centraba nos aspectos que afectaban á adxudicación, a estender o seu obxecto regulatorio á fase relativa á execución dos contratos. Este marco xurídico, coa aprobación do novo paquete lexislativo europeo, estendeuse tamén ás concesións de

36 Estes contratos rexeranse pola Lei 33/2003, do 3 de novembro, de patrimonio das administracións públicas, aínda que cómpre ter en conta as constantes remisións desta norma á lexislación de contratos, que rebaixa a súa vinculación ao dereito privado. Nos ditos contratos non poderán incluírse prestacións que sexan obxecto dos contratos típicos se o seu valor é superior ao 50 por 100 do importe do negocio xurídico ou se non teñen coa prestación do contrato patrimonial o vínculo e a complementariedade exixida aos contratos mixtos. En ambos os dous supostos, as ditas prestacións deberán contratarse de forma independente conforme as disposicións do TRLCSP.

37 *Vid.*, a este respecto, o pronunciamento da XCCAAr contido no xa citado Informe 25/2008, do 3 de novembro.

38 Sobre a problemática no dereito administrativo español en relación con determinadas entidades de dereito privado que, realizando funcións administrativas, non se suxeitaban ao sistema contractual público, *vid.* GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 80-82.

servizos, mediante a Directiva 2014/23/UE, do Parlamento Europeo e do Consello, do 26 de febreiro de 2014, relativa á adxudicación de contratos de concesión³⁹.

Neste sentido, hai que resaltar os esforzos realizados polo lexislador español na última década para superar a inadecuada transposición das directivas sobre contratación pública. Principalmente destaca a aproximación dos dous ámbitos fundamentais para a cualificación no noso dereito dun contrato como administrativo, sexa nominado ou de natureza administrativa especial, o subxectivo e o obxectivo.

Recordemos brevemente como a aprobación da LCSP (2007) supuxo unha aproximación ao contido das normas comunitarias nesta materia. Construíuse unha lei reguladora da contratación pública en sentido amplo, pois fronte ao enfoque tradicional no noso ordenamento xurídico, que se limitaba á contratación das administracións públicas, a nova norma estendeuse a todas as entidades que conforman o sector público, aínda que distinguindo os réximes xurídicos de aplicación, atendendo a cal fose o poder adxudicador.

Tamén supuxo un avance na delimitación dos tipos contractuais, xa que se produciu un achegamento aos fixados polo dereito europeo. Desapareceron os contratos de consultoría e asistencia, que quedaron integrados nos contratos de servizos, e incorporáronse os contratos de colaboración entre o sector público e o sector privado. Non obstante, mantívose o contrato de xestión de servizos públicos, dividido, como é sabido, nas modalidades de concesión, xestión interesada, concerto e sociedade de economía mixta.

Non obstante, recordemos que o réxime aplicable aos contratos do sector público se configura en función do poder adxudicador. Para os contratos asinados polas administracións públicas, persiste a tradicional categorización dos contratos en administrativos e privados, segundo se aplique o dereito administrativo ou o dereito privado, diferenciación allea ao dereito europeo⁴⁰, mentres que para o resto de entes que conforman o sector público que non teñan a consideración de Administración pública os contratos subscritos serán sempre contratos privados.

Nesta mesma liña avanza a nova Lei 9/2017, do 8 de novembro, de contratos do sector público, pola que se traspoñen ao ordenamento xurídico español as directivas do Parlamento Europeo e do Consello 2014/23/UE e 2014/24/UE⁴¹, do 26 de febreiro de 2014 (en diante, LCSP). Mantense o enfoque do ámbito subxectivo, sustentado no concepto comunitario de poder adxudicador. E, na delimitación dos tipos contractuais, apóstase decididamente pola tipoloxía comunitaria, suprimindo o contrato de xestión de servizos públicos, que é desprazado pola figura da concesión de servizos. Así mesmo, mantense a distinción entre contratos administrativos e privados, reservando os primeiros só para as administracións públicas en determinados supostos. Os contratos que asinen o resto de entidades públicas serán sempre privados.

39 Despois de varios intentos e malia valoracións críticas doutras institucións comunitarias e das posicións contrarias dalgúns Estados membros, en especial Francia, impúxose o criterio da Comisión Europea de regular o mercado concesional. Sobre o debate suscitado acerca da necesidade de levar a cabo esta regulación e os obxectivos que persegue, *vid.* LAZO VITORIA, X., “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, n. 154, 2013, pp. 146-151.

40 Como é sabido, ao dereito europeo resúltalle indiferente a natureza xurídica que os ordenamentos dos Estados membros lles atribúan aos contratos públicos, sempre que se respecten os principios da contratación pública.

41 Directiva sobre contratación pública, pola que se derroga a Directiva 2004/18/CE.

A adopción no noso dereito da definición dos tipos contractuais conforme o dereito europeo tivo gran relevancia na cualificación dos contratos administrativos especiais, pois, como xa se apuntou ao longo deste traballo, actualmente a súa existencia depende de que o seu obxecto non se atope incluído en ningún dos contratos típicos. Polo tanto, examinaremos brevemente cales foron estes cambios e a súa repercusión sobre eles.

Previamente, tamén pola súa incidencia na extensión dos contratos de natureza administrativa especial, sinalaremos que a exclusión dos contratos patrimoniais recollida no TRLCSP provén da existencia establecida na Directiva 2004/18/CE, que dispón que esta non será aplicable, debido ás súas características especiais, aos contratos relativos aos contratos de servizos de adquisición ou arrendamento de terreos, edificios ou outros bens inmobles, ou relativos a dereitos sobre os ditos bens (considerando 24 e artigo 16)⁴², exclusión que a Directiva 2014/24/UE mantén nos mesmos termos [artigo 10.a)].

A delimitación dos contratos típicos de servizos e de xestión de servizos públicos, conforme as definicións das directivas comunitarias, é a que maior repercusión tivo e vai ter nos contratos de natureza administrativa especial, pois a súa expansión reduce a marxe de subsistencia destes contratos.

A configuración do actual contrato de servizos débese a que a LCSP (2007) adoptou o concepto de servizos da Directiva 2004/18/CE, definíndoo como o que ten por obxecto prestacións de facer que se delimitan por exclusión doutros contratos e por referencia á listaxe que se recolle no anexo II da lei⁴³. Xa sinalamos que esta definición converte este contrato en residual respecto ao resto de contratos típicos, o que, unido a que se suprimiu da súa definición a existencia de que a prestación teña como destinatario directo a entidade contratante, deixa unha estreita marxe para apreciar que os contratos teñan natureza administrativa especial, pois esta falta era un dos elementos que determinaban a súa cualificación⁴⁴.

Tamén é preciso destacar a importancia que tivo o recurso á nomenclatura CPV⁴⁵ para a identificación das prestacións e, en consecuencia, para a súa correcta cualificación⁴⁶. Precisamente, a definición eminentemente negativa do contrato de servizos, que consiste nunha obriga de facer vinculada a que o obxecto sexa o desenvolvemento dalgunha das actividades do anexo II do TRLCSP, en referencia aos códigos CPV, motivou que o Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuais (en diante, TACRC) considerase como contratos de servizos prestacións que foran cualificadas como contratos administrativos especiais polo órgano de

42 Hai que salientar que esta exclusión non é nova, pois xa figuraba entre os contratos que debían ser excluídos da Directiva 92/50/CEE do Consello, do 18 de xuño, sobre coordinación dos procedementos de adjudicación dos contratos públicos de servizos [artigo 1.a).iii)].

43 A súa definición atópase actualmente no artigo 10 do TRLCSP, que establece que *"son contratos de servizos aqueles cuxo obxecto son prestacións de facer consistentes no desenvolvemento dunha actividade ou dirixidas á obtención dun resultado distinto dunha obra ou unha subministración. Para os efectos de aplicación desta lei, os contratos de servizos divídense nas categorías enumeradas no anexo II"*.

44 Sobre os criterios utilizados para distinguir os contratos administrativos especiais, *vid.* BATET JIMÉNEZ, P., "Diferenciación entre los contratos de servicios, los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos administrativos especiales", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 82, 2009, pp. 64-70.

45 O Vocabulario común de contratos públicos (CPV) foi aprobado polo Regulamento (CE) 2195/2002 do Parlamento Europeo e do Consello, do 5 de novembro de 2002 (DOCE n. L340, de 16-12-02), modificado polo Regulamento (CE) 213/2008, da Comisión, do 28 de novembro de 2007 (DOUE n. L74, do 15-03-08).

46 Ao mesmo tempo que favoreceu a concorrencia nos procedementos de contratación, xa que os contratistas poden identificar de forma clara as prestacións e así seleccionar os procesos aos que lles interesa concorrer. Tamén permite coñecer os datos relevantes dos distintos contratos para os efectos estatísticos, o que lles será de grande axuda tanto aos licitadores como aos poderes adjudicadores. A estes beneficios refírese, entre outros, o traballo de RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., "La nomenclatura CPV en la contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 109, 2011, pp. 30-33.

contratación. A xuízo deste tribunal, a cualificación como administrativo especial unicamente debe empregarse para os contratos que non encaixen en ningunha das categorías do citado anexo. Así o entendeu, por exemplo, ao examinar un contrato que tiña por obxecto a execución de campañas de publicidade e comunicación institucional en prensa escrita que fora cualificado como contrato administrativo especial. Para o tribunal, a prestación encaixaba dentro da categoría 13 do anexo II, “Servizos de publicidade”, polo que estimou que se trataba dun contrato de servizos⁴⁷.

En consideración a ambas as dúas precisións, o Órgano Administrativo de Recursos Contractuais da Comunidade Autónoma de Euskadi (en diante, OARC) estimou que un contrato de servizo de axuda a domicilio, que fora tipificado como administrativo especial, era un contrato de servizos. Foi a concorrencia de prestacións que na súa totalidade podían “*incardinarse sen dificultade na amplísima e residual definición deste tipo*”, cuxa delimitación proviña das directivas europeas en materia de contratación pública, e que o anexo II do TRLCSP recollía como categoría 25 “Servizos sociais e saúde”, o que o levou a determinar que se trataba dun contrato de servizos⁴⁸.

O Tribunal Administrativo de Contratación Pública da Comunidade de Madrid tampouco mantivo a cualificación como contrato administrativo especial atribuída a unha prestación de servizos de atención domiciliaria, porque entendeu que encaixaba dentro da mesma categoría 25 do anexo II do TRLCSP⁴⁹.

Polo tanto, debe quedar atrás o razoamento de que as prestacións de servizos que non tivesen como destinatario directo á propia Administración, senón os cidadáns, usuarios ou terceiros, non poidan ser cualificadas como contratos de servizos⁵⁰, pois, como xa sinalou BLANCO LÓPEZ, seguir este criterio incrementaba artificialmente a categoría do contrato administrativo especial, incluíndo dentro dela prestacións que non reunían as características establecidas na lei⁵¹.

Así mesmo, dada a extensión e a variedade das actividades incluídas nos contratos de servizos, referenciadas polos códigos CPV, tampouco cabe cualificar como contratos administrativos especiais os categorizados en consideración ao carácter heteroxéneo do contido das súas prestacións⁵². Como sinalou o TACRC en relación cun contrato de asistencia técnica e colaboración na xestión recadadora municipal, xestión administrativa e de recadación de multas de tráfico, e xestión doutras notificacións municipais, a circunstancia de que o contrato

47 Resolución 237/2013, do 20 de xuño (Recurso 267/2013).

48 Resolución 32/2014, do 19 de marzo de 2014.

49 Resolución 197/2015, do 26 de novembro (Recurso 193/2015).

50 Este criterio foi un dos utilizados pola XCCAE no seu informe 47/01, do 30 de xaneiro de 2002. Neste sentido, estimou que as actividades deportivas que ían ser prestadas (sendeirismo, patinaxe, ximnasia, baloncesto, etc.), que tiñan como destinatarios os alumnos de centros públicos docentes, adultos e veciños do municipio, non podían ser cualificadas como contratos de servizos porque as actividades non se prestaban á Administración. Tampouco se consideraron subsumibles no contrato de xestión de servizos públicos debido a que as ditas prestacións non estaban incluídas entre os servizos mínimos de competencia municipal.

51 BLANCO LÓPEZ, F., “Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios”, *Contratación Administrativa Práctica*, n. 26, 2003, p. 46.

52 Este criterio foi utilizado pola XCCAE no seu Informe 47/99, do 21 de decembro de 1999, en relación cun contrato que tiña por obxecto a organización e o desenvolvemento de cursos de idiomas no estranxeiro para bolseiros, no que conveo que debía configurarse como contrato administrativo especial porque legalmente non tiña limitado o seu obxecto.

conteña unha pluralidade de prestacións non lle outorga a un contrato a cualificación de administrativo especial, senón a de contrato mixto⁵³.

En consecuencia, débese concluír que moitos dos contratos cualificados como administrativos especiais foron absorbidos polo contrato de servizos⁵⁴, ao que contribuíu en boa medida a supresión dos contratos de consultoría e asistencia, cuxo deslinde co contrato de servizos era complexo e xeraba moitas dúbidas. E, como examinaremos a continuación, pola incorporación da concepción comunitaria de contratos de servizos por contraposición á concesión de servizos, que inclúe algunhas prestacións que o noso dereito interno cualificaba como contrato de xestión de servizos públicos.

Tradicionalmente, no ordenamento xurídico español a nota distintiva e esencial do contrato de xestión de servizos públicos foi que a prestación obxecto do contrato fose un servizo público que se lles prestaba aos cidadáns⁵⁵. Precisamente a falta de consideración da actividade como servizo público motivou que algúns contratos fosen cualificados como administrativos especiais. Pola contra, para o dereito europeo resulta irrelevante que a actividade que sexa obxecto da concesión de servizos teña a consideración ou non de servizo público.

Non obstante, a medida que se foi construíndo a noción comunitaria de concesión de servizos, no contrato de xestión de servizos públicos foise producindo paulatinamente unha depuración na súa tipoloxía para achegalo á dita noción. Nos seus inicios foi o Tribunal de Xustiza da Unión Europea (en diante, TXUE) o que foi extraendo as características que diferenciaban as concesións do resto de contratos⁵⁶, ata fixar como elemento esencial a translación do risco operacional ao contratista⁵⁷. Polo tanto, o concepto de concesión de servizos do dereito europeo recollido nas directivas comunitarias conformouse a través da xurisprudencia do TXUE.

A Directiva 2004/18/CE é a primeira que inclúe unha definición da concesión de servizos, positivizando o concepto emanado do TXUE, aínda que esta figura estivese excluída do seu ámbito de aplicación. Segundo a súa definición, presenta as mesmas características que o contrato público de servizos, coa excepción de que a contrapartida da prestación consiste ou ben unicamente no dereito a explotar o servizo ou ben neste dereito acompañado dun prezo.

En España, a concepción da concesión de servizos do dereito europeo foi asumida a través da doutrina das xuntas consultivas de contratación administrativa e dos tribunais de recursos contractuais⁵⁸. Esta aceptación tivo como consecuencia que as consultas ou conflitos

53 Resolución 777/2014, do 15 de outubro (Recurso 713/2014).

54 GIMENO FELIÚ, 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 públicos*, cit., pp. 139 e 140.

55 Numerosos informes da XCCAE recollen os dous trazos caracterizadores; por exemplo, o Informe 37/95, do 24 de outubro de 1995, que cualificou como contrato de xestión de servizos públicos os celebrados polo Instituto Nacional da Saúde para prestacións sanitarias aos beneficiarios da Seguridade Social.

56 Para un exame dos principais criterios delimitadores recollidos pola xurisprudencia do TXUE, *vid.* VÁZQUEZ LACUNZA, E. “El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español”, Almeida Cerredá, M., e Martín Delgado, I. (dirs.), *La nueva contratación pública* (Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015, pp. 293-296.

57 Xurisprudencia que se recolle tanto en sentenzas previas á aprobación da Directiva 2004/18/CE como posteriores. Entre outras, por exemplo, a STXUE do 27 de outubro de 2005, *Conste e outros*, asunto C-234/03; a STXUE do 10 de setembro de 2009, *Eurawasser*, asunto C-206/08; ou a STXUE do 10 de marzo de 2011, *Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler*, asunto C-274/09.

58 En aplicación da xurisprudencia comunitaria que establece que a cualificación xurídica dos contratos lle compete ao dereito da Unión Europea, sendo indiferente a cualificación que lle atribúa o dereito interno dos Estados membros (STXUE do 18 de xaneiro de 2007, *Jean*

xurdidos en relación con prestacións de servizos se examinasen á luz dos elementos distintivos dos contratos públicos e concesións de servizos configurados pola xurisprudencia do TXUE⁵⁹. Deste xeito, púxose de manifesto que a delimitación dos contratos de servizos e as concesións de servizos conforme a noción comunitaria limitaba a existencia dos contratos administrativos especiais.

Así, por exemplo, o TACRC, na súa Resolución 203/2011, do 7 de setembro (Recurso 172/2011), cualificou como concesión de servizos un contrato que tiña por obxecto a prestación de actividades xuvenís para un centro deportivo e sociocultural militar do Exército de Terra que fora cualificado como contrato administrativo especial. A súa xustificación foi que do exame das actividades que eran o seu obxecto e a súa configuración implicaba a asunción do risco por parte do contratista. Nesta resolución recóllese a delimitación comunitaria entre contratos públicos de servizos e concesións de servizos cando expresa que:

“O contrato de xestión de servizos públicos, especialmente na súa modalidade concesional (...) vincúlase tamén á prestación de servizos, sen máis diferenza, inicial, co contrato de servizos que a forma de establecer a contrapartida para o contratista. Así, mentres na concesión de servizos o concesionario asume o seu risco de explotación, de tal forma que a súa maior ou menor retribución dependerá en todo caso do maior ou menor uso que do servizo fagan os destinatarios, no contrato de servizos a retribución do empresario fíxase no contrato e non depende de ningunha circunstancia vinculada á utilización do servizo”.

Tamén o OARC na súa Resolución 76/2014, do 31 de xullo, considerou que non era correcta a cualificación como administrativo especial dun contrato que tiña por obxecto os servizos de limpeza viaria, recollida e transporte de residuos sólidos urbanos, renovación e explotación do complexo ambiental municipal e outros servizos afíns. Para determinar cal era a súa cualificación correcta, analiza a transferencia do risco de explotación. Baseándose na falta da dita transferencia, descártase que se trate dun contrato de xestión de servizos públicos e conclúe que concorren as notas propias do contrato de servizos, pois, a xuízo do tribunal, no contrato de servizos segundo a súa *“definición caben sen ningún problema conceptual os contratos en que a Administración lle solicita a un terceiro prestacións de facer para xestionar directamente (é dicir, sen transferencia do risco de explotación) un servizo da súa propia competencia”.*

Non obstante, a Directiva 2014/23/UE, ademais de establecer por primeira vez unha regulación específica e común para todas as concesións⁶⁰, xa non define as concesións de servizos por referencia aos contratos de servizos, senón que utiliza unha definición residual, esta vez

Auroux e outros contra Commune de Roanne, asunto C-220/05, apartado 40; e STXUE do 18 de xullo de 2007, Comisión/Italia, C-382/05, apartado 30; entre outras.

59 En particular, hai que destacar que os tribunais de recursos contractuais, para comprobar a súa competencia, valoraban a cualificación do contrato efectuada polo órgano de contratación, á que non estaban vinculados, xa que os contratos administrativos especiais non estaban incluídos entre os que eran obxecto de recurso especial en materia de contratación.

60 Hai que recordar que unifica a regulación das concesións tanto de servizos como de obras cando estas últimas estiveron incluídas na Directiva 2004/18/CE, que dedicaba á súa regulación o título III. Esta posición denota a vontade do lexislador comunitario de diferenciar as concesións dos contratos públicos, tanto conceptual como procedementalmente, aínda que o seu marco xurídico non logre a extensión alcanzada polo dos contratos públicos, senón que se trate dunha regulación de mínimos, *vid. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.L., “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo), Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 170-178.*

con respecto ás concesións de obras⁶¹, aínda que a súa caracterización segue sendo a mesma, xa que, como contraprestación á xestión dos servizos que se encomenden, o concesionario terá dereito á explotación dos servizos que son o seu obxecto, podendo ademais sumarse un pagamento. Así mesmo, require que se lle transfira ao concesionario o risco operacional, abranguendo o risco de demanda ou o de subministración, ou ambos os dous⁶².

Pero o máis importante é que, como xa acontecía na anterior definición das concesións, as prestacións que poden ser o seu obxecto non precisan ter a consideración de servizos públicos, o que supón que subsiste o choque coa nosa tradicional concepción dos contratos de xestión de servizos públicos, cuxo elemento básico era precisamente que a actividade fose un servizo público. Esta concepción do dereito europeo implica que calquera servizo susceptible de explotación pode cualificarse como concesión de servizos, co que se mantén a limitación do marco dos contratos administrativos especiais, xa que algunhas contratacións relativas a prestacións de servizos que non se consideraban servizos públicos eran tipificadas como contratos administrativos especiais.

4 Supostos que en distintos momentos foron cualificados como contratos administrativos especiais

Se examinamos tanto a doutrina como a xurisprudencia, podemos constatar que as prestacións que provocaron maior confusión en canto á súa posible cualificación como contratos administrativos especiais foron as de carácter patrimonial e as que tiñan por obxecto prestacións de servizos. Estas últimas ben porque as súas actividades debían estar comprendidas dentro dos distintos tipos que actualmente se integran no contrato de servizos, ben porque non podían incluírse dentro dos contratos de xestión de servizos públicos⁶³. Non obstante, as causas que motivaron a dificultade na súa tipificación non foron as mesmas.

4.1 Prestacións de carácter patrimonial

O problema de cualificación dos contratos de carácter patrimonial debeuse a que, cando na súa evolución atravesaron fases en que puideron ser considerados administrativos, a dita apreciación non se baseou no seu obxecto, senón na súa finalidade, polo que sempre estivo latente a súa concepción como contrato privado. Lembremos que, ao faceren a súa aparición expresa na LCE e seren identificados polo seu obxecto, figuraban asociados ao dereito privado.

61 Concretamente, o artigo 5.1.b) define a concesión de servizos como "un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtude do cal un ou máis poderes ou entidades adjudicadores confían a prestación e a xestión de servizos distintos da execución das obras contempladas na letra a) a un ou máis operadores económicos, cuxa contrapartida é ben o dereito a explotar os servizos obxecto do contrato unicamente, ou este mesmo dereito en conxunción cun pagamento".

62 Tal como prosegue o citado artigo 5.1: "A adjudicación das concesións de obras ou servizos implicará a transferencia ao concesionario dun risco operacional na explotación das ditas obras ou servizos abranguendo o risco de demanda ou o de subministración, ou ambos os dous. Considerarase que o concesionario asume un risco operacional cando non estea garantido que, en condicións normais de funcionamento, vaia recuperar os investimentos realizados nin a cubrir os custos que contraese para explotar as obras ou os servizos que sexan obxecto da concesión. A parte dos riscos transferidos ao concesionario suporá unha exposición real ás incertezas do mercado que implique que calquera perda potencial estimada en que incorra o concesionario non é meramente nominal ou desdixible".

63 Sobre a confusión que se xerou entre os contratos de xestión de servizos públicos, os contratos de servizos e os contratos administrativos especiais, e as diferenzas existentes entre eles, *vid.* PÉREZ LÓPEZ, R. M.ª, e GARCÍA RESCALVO, M., "Caracterización conceptual del contrato de gestión de servicios públicos, de servicios, administrativo especial y su adecuación a la realidad social. Contrato administrativo especial versus concesión de dominio público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 92, 2009, pp. 33-41.

Foi cando se incorporou como criterio identificador do carácter administrativo dun contrato a satisfacción dunha finalidade pública, integrada como causa do contrato, cando en atención ao seu cumprimento se produciu a cualificación dalgúns deles como administrativos⁶⁴.

Foron numerosos os pronunciamentos dos tribunais en que os contratos que tiñan por obxecto prestacións de carácter patrimonial foron considerados como administrativos especiais. E sempre o foron en atención á aplicación dun criterio finalista ou teleolóxico soportado na finalidade de interese público perseguida polo contrato, segundo a normativa que fose aplicable, ben pola súa relación directa co desenvolvemento regular dun servizo público ou revestir características intrínsecas que fixesen precisa a tutela do interese público para o seu desenvolvemento, ben, con posterioridade, pola súa vinculación ao xiro ou tráfico específico da Administración ou satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da súa competencia.

Como exemplo, citaremos a xa referenciada Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do Civil), do 13 de febreiro de 1990 (RX 1990, 1430), na cal precisamente, en atención á finalidade pública perseguida por un contrato de arrendamento dun centro cultural, o tribunal estimou que pertencía á esfera do dereito público. No entanto, os contratos de carácter patrimonial foron considerados civís cando os tribunais entenderon que non existía ningunha finalidade pública no contrato suscrito. Por exemplo, o Tribunal Supremo, Sala do Contencioso-Administrativo, na súa Sentenza do 19 de outubro de 1981 (RX 1981, 4484), considerou que a natureza dun contrato era privada debido a que tiña por obxecto a venda en poxa pública dun edificio dun concello con fins privados⁶⁵.

Agora ben, como xa se precisou, coa aprobación da LCSP (2007), os contratos de carácter patrimonial son en todo caso contratos privados e quedaron excluídos desta. Tal como precisou a XCCAAR: *"non é posible afirmar xa, como viña facendo a nosa xurisprudencia, o ámbito expansivo da categoría dos contratos administrativos, e menos de contratos como os de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, que, conforme o artigo 4.1 p) LCSP, teñen sempre o carácter de privados e réxense pola lexislación patrimonial"* (Informe 25/2008, do 3 de novembro).

Por iso, na actualidade os contratos de carácter patrimonial non poden ser cualificados como contratos administrativos especiais. Desaparece así a polémica suscitada na cualificación destes contratos, que en aplicación da normativa anterior foron obxecto de numerosos litixios. Tales contratos serán en todo caso contratos privados.

4.2 Prestacións de servizos que non encaixaban nos tipos nominados vixentes

En relación cos contratos que tiñan por obxecto a realización de servizos, a problemática principal suscitouse con motivo da dificultade de encadrar as prestacións nos distintos tipos existentes. Recordemos que na LCAP estes contratos comprendían os de consultoría

64 Para examinar algunhas das controversias xurdidas na cualificación dos contratos inmobiliarios e a súa evolución, *vid.* CONTRERAS ORTIZ, M.M.^a, "La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de contratos del sector público. El caso de los contratos inmobiliarios", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 10, 2008, pp. 21-32.

65 Pode consultarse un amplo repertorio de xurisprudencia no traballo de FUERTES LÓPEZ, M., "Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *cit.*, que comprende pronunciamentos en ambos os dous sentidos. Tamén poden consultarse algunhas sentenzas que cualifican como contratos administrativos especiais contratos de carácter patrimonial en BALLESTEROS ARRIBAS, S., "Contratos administrativos especiales", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2005, pp. 3661-3666.

e asistencia, os traballos específicos e concretos non habituais da Administración e os denominados propiamente servizos. A dúbida derivaba de que para a definición dos dous últimos tipos se recorría á técnica descritiva e ao uso de exemplos, mentres que para os primeiros se empregaba a exclusión⁶⁶, aínda que con carácter xeral se chegou á conclusión de que nos contratos de consultoría e asistencia predominaban as actividades de carácter intelectual, mentres que os contratos de servizos comprendían, ademais dos non incluídos nos anteriores, os de servizos complementarios para o funcionamento da Administración⁶⁷. En canto aos contratos para a realización de traballos específicos e concretos non habituais da Administración, a súa definición residual e negativa levou a que a XCCAE afirmase que un dos supostos ou quizais o único que podía incluírse dentro do dito tipo eran as actividades docentes ou relacionadas coa docencia⁶⁸.

Esta delimitación producía que, se algunha das actividades a realizar non encaixaba na configuración dos ditos tipos, pero mediante a súa realización se satisfacía unha finalidade pública, algúns deles acabasen cualificándose como contratos administrativos especiais⁶⁹.

O argumento principal que foi empregado para rexeitar a cualificación do contrato como servizos foi que se consideraba que era necesario que o destinatario directo da prestación fose o órgano contratante e non un particular ou un grupo de particulares. Esta foi a apreciación da XCCAE, no seu Informe 57/07, do 24 de xaneiro de 2008, en que cualificou como contrato administrativo especial un contrato que tiña por obxecto a organización de mercados temáticos na vía pública⁷⁰.

Así mesmo, cando o contido das prestacións tiña un carácter heteroxéneo, acudíase ao contrato administrativo especial debido a que se estimaba que este, a diferenza do que sucedía cos contratos de servizos, non tiña limitado o seu obxecto⁷¹. Así o manifestou a Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade de Madrid, no seu Informe 6/2003, do 21 de outubro, en que cualificou como contrato administrativo especial a xestión integral dun centro de innovación do sector turístico pola diversidade de prestacións que constituían o seu obxecto.

A unificación de todos os tipos no contrato de servizos realizada coa aprobación da LCSP (2007) acabou tamén con estes problemas. Aínda que moi demandada⁷², a súa concisa

66 Sobre a delimitación destes contratos, *vid.* MORENO MOLINA, J.A., “Los contratos de consultoría, asistencia y servicios”, Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004, pp. 1063-1067.

67 *Vid.*, neste sentido, a delimitación entre os contratos de servizos e os contratos de consultoría e asistencia que realiza a XCCAE, no seu Informe 36/98, do 16 de decembro de 1998.

68 Informe 68/96, do 18 de decembro de 1996.

69 Este é o razoamento seguido pola XCCAE, no Informe 47/99, do 21 de decembro de 1999, xa citado, ao examinar cal era a natureza xurídica dun contrato que tiña por obxecto a organización e realización de cursos de idiomas no estranxeiro para alumnos boiseiros do Ministerio de Educación e Cultura.

70 O mesmo razoamento empregou a XCCAVa, no xa citado Informe 9/2009, do 14 de decembro. Ao ser preguntada sobre a aplicación dos contratos administrativos especiais tras a aprobación da LCSP (2007), manifestou que, en atención á nova regulación dada ao contrato de servizos, xa non podía subsistir como elemento caracterizador dos ditos contratos que o destino da prestación fosen terceiros alleos á Administración, como era o caso dos servizos sociais.

71 Ambos os dous criterios foron precisamente os utilizados pola XCCAE, no Informe 47/99, do 21 de decembro de 1999, citado *up supra*.

72 Pronunciáranse sobre a súa pertinencia, entre outros, BLANCO LÓPEZ, F., “Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios”, *cit.*, p. 50.

definición, realizada por exclusión con outros contratos e por referencia á enumeración do anexo II da lei, foi tamén obxecto de crítica⁷³.

Por outra banda, como xa se apuntou, as prestacións de servizos tamén poderían ser cualificadas como contratos de xestión de servizos públicos. Pero para iso resultaba imprescindible que a prestación tivese sido cualificada como servizo público de titularidade da Administración, que fose susceptible de explotación polos particulares⁷⁴ e que se tivese establecido con carácter previo o seu réxime xurídico básico, así como que a prestación se efectuase aos cidadáns e non á Administración⁷⁵, engadindo ademais que non podían supor exercicio de autoridade.

A falta de calquera dos elementos especificados, en particular que a prestación non fose cualificada como servizo público (ou, se o fose, non se lle trasladase ao contratista a explotación) ou que este non tivese como destinatarios directos os cidadáns⁷⁶, fixo que algúns contratos fosen cualificados como contratos administrativos especiais.

Non obstante, como xa analizamos na epígrafe precedente, por aplicación do dereito europeo, o relevante para cualificar a prestación de servizos como concesión é a asunción do risco de explotación por parte do contratista. Polo tanto, calquera contrato que poida encadrarse como contrato de servizos ou concesión de servizos desde a perspectiva do dereito europeo non pode ser cualificado como contrato administrativo especial, salvo que así o dispuxese expresamente unha lei.

4.3 Contratos que en atención ao seu obxecto pasaron a cualificarse legalmente como privados

Do mesmo xeito que existen contratos que polo seu obxecto foron cualificados como contratos administrativos típicos, tamén outros contratos foron cualificados legalmente como privados, atendendo ao seu obxecto.

Examinamos como as distintas reformas da lexislación de contratación pública variaron a cualificación dos contratos, polo que nos centraremos en cales son os contratos que teñen carácter privado por establecelo expresamente a lei reguladora da contratación pública. Algúns deles tamén atravesaron momentos de incerteza, xa que previamente foron considerados tanto contratos privados como administrativos.

Ademais dos contratos patrimoniais, que, como indicamos, quedaron expresamente excluídos do TRLCSP (artigo 4.1.p)⁷⁷, tamén son contratos privados os que teñan por obxecto servizos

73 Tal é o caso, entre outros, de MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^o, *Los contratos de servicios del Sector Público. Prestaciones intelectuales, asistencial y consultorías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pp. 113-116.

74 Ata que foi aprobada a LCSP de 2007, a exigencia era que a prestación tivese un contido económico que a fíxese susceptible de explotación por empresarios particulares (artigo 155.1 TRLCAP).

75 Considerouse que eran contratos administrativos especiais o contrato dun minitrén turístico, porque non existía norma que lle atribuíse ao concello unha prestación de servizo público que tivese tal obxecto (XCCAE, Informe 28/07, do 5 de xullo de 2007).

76 A XCCAE considerou que, tanto na LCAP como na lexislación precedente, o contrato de xestión de servizos públicos se diferenciaba nitidamente dos contratos de servizos porque nos primeiros un servizo público titularidade da Administración se lle trasladaba ao contratista para que o xestionase para a súa utilización polos particulares. Pola contra, no contrato de servizos o contratista prestáballe o servizo á Administración e non aos particulares (Informe 41/95, do 21 de decembro de 1995).

77 Este precepto inclúe “os contratos de compravenda, doazón, permuta, arrendamento e demais negocios xurídicos análogos sobre bens inmobles, valores negociables e propiedades incorpórais, a non ser que recaian sobre programas de ordenador e deban ser cualificados

comprendidos na categoría 6 do anexo II [servizos financeiros: a) servizos de seguros, b) servizos bancarios e de investimento], os de creación e interpretación artística e literaria ou espectáculos, comprendidos na categoría 26 do mesmo anexo; e a subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos.

A cualificación como contratos privados dos contratos financeiros e os de creación artística e literaria deriva da modificación efectuada na LCAP pola Lei 53/1999, do 28 de decembro.

En canto aos contratos de subscrición a revistas, publicacións periódicas e bases de datos, a súa incorporación como contratos privados é unha novidade introducida pola LCSP (2007).

Non obstante, algúns contratos, como o de patrocinio, que foron cualificados indistintamente como contratos privados e como contratos administrativos especiais, non foron incorporados de forma nominal como contratos privados, polo que podería manterse a controversia⁷⁸, de aí que xurdisen voces que reclamen unha regulación específica deste contrato⁷⁹, aínda que a súa cualificación maioritaria nos últimos tempos foi a de contrato privado⁸⁰.

4.4 A explotación de cafeterías, restaurantes, comedores ou bares en dependencias públicas

Non existe dúbida de que o contrato para a explotación de cafeterías, comedores ou establecementos similares foi o contrato administrativo especial por antonomasia.

A doutrina reiterada da XCCAIE mantivo que, cando a prestación dos servizos de restauración se realizaba á propia Administración coa contraprestación por parte desta do pagamento dun prezo, o contrato debía ser cualificado como contrato de servizos. Pero cando a prestación destes servizos se realizaba a usuarios distintos da Administración, como por exemplo a favor de estudantes, funcionarios ou público en xeral, ao non poder ser cualificados como xestión de servizos públicos, por non se tratar de prestacións que puidesen ser consideradas servizos públicos, os contratos debían ser tipificados como contratos administrativos especiais.

Este foi o criterio da XCCAIE cando tivo que cualificar a explotación de servizos de cafetería e restauración dunha universidade (Informe 5/96, do 7 de marzo de 1996), os de cafetería e comedor para o persoal e o público en xeral de hospitais da Seguridade Social (Informe 67/99, do 6 de xullo de 2000), de bares e cafeterías situados nos acuartelamentos da Garda Civil (Informe 3/00, do 11 de abril de 2000), ou a explotación dun bar situado nun edificio destinado a persoas maiores (Informe 28/07, do 5 de xullo de 2007).

como contratos de subministración ou servizos, que terán sempre o carácter de contratos privados e se rexerán pola lexislación patrimonial (...).

78 En relación coa diversa cualificación destes contratos, *vid.* GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos administrativos especiales (III)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 101, 2010, pp. 52-61.

79 Entre outros, BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional", <http://www.obcp.es>, 31 de xullo de 2017 (último acceso: 17/08/2017), que considera que se perdeu unha magnífica oportunidade ao non o incluír no proxecto de LCSP.

80 *Vid.*, por exemplo, o Informe 13/2012, do 11 de xullo, da XCCAAr, sobre os pregos tipo relativos a estes contratos.

Porén, tamén houbo algúns pronunciamentos en que as ditas prestacións foron cualificadas como contratos privados, probablemente porque a redacción inicial da LCE non consideraba a categoría de contrato administrativo especial⁸¹.

A cualificación dos ditos contratos como administrativos especiais tamén foi sostida polo Tribunal Supremo. Citaremos como exemplo a Sentenza do 16 de setembro de 2004⁸², da Sala do Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a, en que confirmou o criterio do tribunal *a quo*⁸³, que considerou que o contrato de explotación de cafeterías do persoal e público nun hospital universitario, xestionado polo Instituto Nacional de Saúde, debeu cualificarse como un contrato administrativo especial e non como un contrato de xestión de servizo público, por non o ser a actividade de mantemento de cafeterías.

Non obstante, como xa se indicou, para a XCCAAr, coa aprobación da LCSP (2007), a categoría do contrato administrativo especial ten carácter residual e, baseándose no novo concepto dos contratos de servizos, que se axusta á normativa comunitaria, e cuxas categorías se enumeran no anexo II da lei, as prestacións de servizos de bar, cafetería e comedor deben ser cualificadas como contratos de servizos, incluídos na categoría 17 “Servizos de hostalaría e restaurante”⁸⁴.

Pola contra, a XCCAE seguiu considerando que a explotación dos servizos de bar, cafetería e comedor debía ser cualificada como contratos administrativos especiais por estaren vinculados ao xiro ou tráfico da Administración contratante. Así o sostivo, por exemplo, no seu Informe 25/12, do 20 de decembro de 2012, no cal afirma que, segundo os principais aspectos dos seus informes precedentes sobre o particular, os servizos de cafetería e comedor non poden cualificarse como servizos públicos, polo que non lles resultan de aplicación as regras do contrato de xestión de servizos públicos.

Esta doutrina da XCCAE foi acollida de xeito xeneralizado polo resto de xuntas consultivas de contratación das comunidades autónomas⁸⁵ e polos tribunais de recursos contractuais; por exemplo, pola Xunta Consultiva de Contratación Administrativa da Comunidade Autónoma das Illas Baleares, no seu Informe 3/2000, do 4 de febreiro, no cal estimou que os contratos de explotación de bares, cafeterías e restauración dos centros de ensino secundario tiñan axeitado encaixe na figura dos contratos administrativos especiais. Se analizamos algúns dos pronunciamentos realizados polo TACRC relativos a prestacións de servizos de cafeterías

81 Por exemplo, no Informe 79/64, do 25 de setembro de 1964, a XCCAE cualifica un contrato de explotación de cafetería instalado no edificio dun ministerio como contrato privado, malia soste-lo que o servizo de cafetería non ten a consideración de servizo público, polo que non pode falarse dun contrato de xestión de servizo público.

82 Recurso de casación 6721/2001.

83 A Sala do Contencioso-Administrativo do Tribunal Superior de Xustiza de Murcia, que ditou a Sentenza do 23 de xuño de 2001, contra a que vai dirixido o recurso de casación.

84 Informe 19/2008, do 4 de setembro.

85 Tanto é así, que a Comisión Consultiva de Contratación Pública da Junta de Andalucía, ao ser consultada sobre a posibilidade de cualificar as prestacións de cafetería, bar ou comedor en instalacións da Administración pública como contratos de servizos pola amplitude do seu obxecto na LCSP (2007), como foran considerados pola XCCAAr, no seu Informe 19/2008, non o estima argumento suficiente para apartarse do criterio consolidado da XCCAE (Informe 10/2010, do 15 de outubro).

e comedores, resulta que as ditas prestacións son cualificadas ou ben como contratos de servizos⁸⁶ ou ben como contratos administrativos especiais⁸⁷.

Non obstante, para o Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, os contratos de explotación de bares e cafeterías deben ser cualificados como contratos de servizos da categoría 17 do anexo II do TRLCSP (servizos de cafetería)⁸⁸.

O razoamento que segue o TACRC para distinguir entre contratos de servizos e administrativos especiais é similar ao realizado pola XCCAE. Cando as prestacións son aboadas pola Administración, cualifícaaas como contratos de servizos, mentres que cando son aboadas polos usuarios aduce que se trata de servizos que non deben ser prestados necesariamente pola Administración contratante (como proporcionar servizos de almorzos ou comidas aos seus empregados), aínda que considera que, ao tratarse dun servizo vinculado ao xiro ou tráfico da dita Administración, complementario ou auxiliar para a consecución dos seus fins, deberán ser cualificados como contratos administrativos especiais⁸⁹.

O dito argumento atopámolo, por exemplo, na Resolución 336/2016, do 29 de abril (Recurso 262/2016), relativo á contratación de servizos de comedor escolar. Neste rexeita que a prestación poida ser cualificada como contratos de servizos, ao non implicar pagamento ou contraprestación económica ningunha con cargo aos orzamentos, senón que os servizos son aboados polos usuarios⁹⁰.

Non obstante, consideramos que, atendendo á delimitación dos tipos contractuais segundo as directivas comunitarias, cando a explotación das cafeterías ou comedores leve consigo a translación do risco ao contratista, a prestación deba cualificarse como concesión de servizos e, no caso contrario, como contrato de servizos. Este razoamento coincide coa manifestación realizada pola XCCAE para xustificar que a forma de contraprestación dun contrato administrativo especial poida ser a explotación do servizo polo contratista, que se atopa no xa citado Informe 25/12, do 20 de decembro de 2012. A xunta afirma que:

“Esta modalidade contractual encaixaría no que o dereito da UE cualifica como concesións de servizos en sentido amplo, previstos nas directivas de contratación pública, pero excluídos do seu ámbito de aplicación. O elemento diferenciador respecto dos contratos de servizos

86 Por exemplo, servizos de comedor para escolas infantís municipais (Resolución 498/2015, do 29 de maio; Recurso 418/2015), prestación do servizo de cafetería e comedor nas dependencias do Ministerio de Emprego e Seguridade Social (Resolución 308/2012, do 28 de decembro; Recurso 281/2012).

87 Entre outros, servizo de cafetería e restaurante de traballadores do centro e familiares de internos dun centro penitenciario (Resolución 239/2015, do 13 de marzo; Recurso 183/2015); o servizo de restauración do Palacio de Congresos de Madrid (Resolución 18/2013, do 17 de xaneiro; Recurso 320/2012) ou os servizos de cafetería e restauración do persoal e público en xeral dun hospital (Resolución 200/2014, do 7 de marzo; Recurso 111/2014).

88 Así o sostivo, por exemplo, no seu Acordo 34/2014, do 20 de xuño, en relación coa explotación do bar e cafetería do Palacio de Congresos de Zaragoza. Para o Tribunal non se trataría dun contrato de xestión de servizo público pola asunción da organización do servizo e do risco derivado deste, nin dun contrato administrativo especial por ser unha categoría residual que só procede cando non se poida derivar a outro tipo contractual. *Vid.* tamén o Acordo 59/2016, do 14 de xuño, deste mesmo tribunal, que considerou que a tipificación como administrativo especial dun contrato de xestión do bar e piscinas municipais non era correcta por ser este tipo residual, polo que o cualificou como contrato de servizos.

89 Resolución 29/2014, do 17 de xaneiro (Recurso 705 e 1003/2013), en que declara que o exemplo prototipo de contrato administrativo especial sería a explotación dun servizo de cafetería e comedor nun edificio administrativo.

90 E faíno por referencia á Resolución 203/2011, do 7 de setembro (Recurso 172/2011) en que o Tribunal sinala que “*debe considerarse que haberá contrato de servizos alí onde exista unha relación xurídica de carácter oneroso en que interveña unha Administración pública e que teña por obxecto algunha das actividades enumeradas no anexo II da Lei de contratos do sector público*”.

é precisamente este peculiar sistema de retribución, consistente no dereito a explotar o servizo ou no dito dereito acompañado dun pagamento, unido á asunción polo contratista do risco na explotación”.

Esta declaración, posta en relación coa xurisprudencia do TXUE, que non precisa que o obxecto das concesións sexan servizos públicos, lévanos a reafirmarnos sobre a cualificación dos contratos de explotación de cafeterías, restaurantes ou bares en dependencias públicas como concesións de servizos se se lle traslada o risco ao contratista⁹¹, debendo determinar o valor estimado dos ditos contratos segundo o previsible volume de negocio durante o prazo total de execución⁹².

5 Manteñen os contratos administrativos especiais o seu carácter supletorio na nova LCSP?

Na LCSP seguen figurando entre os negocios e contratos excluídos do seu ámbito⁹³ tanto os de carácter patrimonial (artigo 9), cuxo contido é similar ao do TRLCSP⁹⁴, como os servizos financeiros (artigo 10), clarificando nestes últimos o alcance dos que son excluídos.

Os tipos contractuais que poderán formalizar as entidades pertencentes ao sector público, segundo establece o artigo 12.1, son os seguintes:

“Os contratos de obras, concesión de obras, concesión de servizos, subministración e servizos”.

En relación con esta delimitación, que se atopa na sección 1.^a do capítulo II do título preliminar, a principal novidade que resulta relevante en relación coa delimitación do contrato administrativo especial que nos ocupa é que desaparece o contrato de xestión de servizos públicos⁹⁵, xurdindo no seu lugar a concesión de servizos, que responde á necesidade de traspor a Directiva 2014/23/UE. Respecto á definición dos contratos de servizos, cómpre

91 Precisamente, a opción da Directiva 2014/23/UE por un concepto amplo de contrato de concesión de servizos, que non se vincula á natureza pública do servizo, leva o TACRC a revisar a cualificación destes contratos como administrativos especiais. Así, na súa Resolución 411/2017, do 5 de maio, nun contrato de arrendamento de locais de negocio para actividades de restauración no aeroporto de El Prat de Barcelona, sostén que, aínda que a restauración a favor dos viaxeiros e do público en xeral non é en puridade un servizo público que a Administración estea obrigada a prestar, senón un servizo opcional, de carácter complementario ou auxiliar aos servizos aeroportuarios que lle competen, encaixa na concepción de concesión de servizos da nova directiva se se transfire o risco operacional na explotación dos ditos servizos (Recurso 251/2017). Tamén o OARC, na súa Resolución 102/2017, do 20 de setembro, en aplicación dos tipos contractuais das novas directivas, cualifica un contrato de explotación de cafetería e máquinas expendedoras para un hospital como unha concesión de servizos. Sustenta a súa decisión en que o relevante para o poder adjudicador, segundo os pregos, é asegurar o servizo de cafetería para o persoal do hospital e o público en xeral, establecendo unha serie de condicións para a súa prestación, polo que non pode considerarse un contrato de contido patrimonial. A prestación debe cualificarse como concesión de servizos por concorreren as súas notas características, pois a remuneración íntegra do contratista a percibe dos usuarios do servizo, sen que se lle asegure nos pregos nin un beneficio mínimo nin a recuperación do gasto en que tivese podido incurrir.

92 *Vid.* o Informe 13/2014, do 7 de maio, da XCCAA, sobre o valor calculado dos servizos de xestión de bares, restaurantes, barras de festas ou similares. Acordo 34/2014, do 20 de xuño.

93 Atópanse na sección 2.^a do capítulo I do título preliminar, cuxa redacción resulta máis clara que a que figuraba na regulación precedente, ao terse agrupado por conceptos.

94 Para que nestes contratos poidan incluírse prestacións propias dos contratos típicos, impónse o cumprimento de dous requisitos, que no TRLCSP tiñan carácter alternativo. Así, dispónse que só poderán incluírse prestacións propias dos contratos típicos cando o seu valor non sexa superior ao 50 por 100 do valor do negocio e, á súa vez, manteñan coa prestación característica do contrato patrimonial relacións de vinculación e complementariedade que exixan a súa consideración e tratamento como unha unidade funcional.

95 Tamén se suprime o contrato de colaboración público-privada.

destacar que desaparece o anexo II de categorización de actividades que establecía o TRLCSP. Só se identifican no anexo IV os contratos que teñen por obxecto servizos sociais e outros servizos específicos.

Por outra banda, a nova configuración dos contratos de servizos e das concesións de servizos reafirma que xa non se poden manter como elementos de diferenciación entre ambos os dous tipos cal sexa o destinatario da prestación ou que se trate dun servizo público. Para os contratos de servizos, que se caracterizaran porque a prestación se realizaba a favor da Administración, expresamente especificase que algúns levan consigo prestacións directas a favor da cidadanía, establecendo para tales contratos que deberán cumprir determinadas prescricións (artigo 312 LCSP)⁹⁶. En canto ás concesións de servizos, non están limitadas á prestación de servizos públicos, como sucedía nos contratos de xestión de servizos públicos, xa que na súa delimitación se establecen unha serie de exixencias e características para os casos en que as concesións se refiran a servizos públicos (artigos 284.2, 285.1 e 287.2 LCSP).

A nova norma continúa coa regulación integral de toda a actividade contractual do sector público, mantendo o cambio de enfoque realizado coa LCSP (2007), que distingue os réximes xurídicos dos contratos públicos, en función das entidades contratantes e tipos contractuais, aínda que a parte troncal segue a ser a regulación dos contratos das administracións públicas.

En relación coa determinación do réxime xurídico dos contratos das administracións públicas, séguese a regulación do TRLCSP. Estas poderán formalizar contratos sometidos ao dereito administrativo ou ao dereito privado.

De conformidade co disposto no artigo 25, terán carácter administrativo, sempre que os realice unha Administración pública, os seguintes contratos:

“1.a) Os contratos de obra, concesión de obra, concesión de servizos, subministración e servizos. Non obstante, terán carácter privado os seguintes contratos:

1.º Os contratos de servizos que teñan por obxecto servizos financeiros con número de referencia CPV de 66100000-1 a 66720000-3 e os que teñan por obxecto a creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos con número de referencia CPV de 79995000-5 a 79995200-7, e de 92000000-1 a 92700000-8, agás 92230000-2, 92231000-9 e 92232000-6.

2.º Aqueles cuxo obxecto sexa a subscripción a revistas, publicacións periódicas e bases de datos.

b) Os contratos declarados así expresamente por unha lei, e aqueloutros de obxecto distinto dos expresados na letra anterior, pero que teñan natureza administrativa especial por estaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da específica competencia daquela”.

En relación cos contratos que eran cualificados expresamente como administrativos especiais polo TRLCSP, que eran os asinados con empresarios particulares que actuaban como colaboradores na execución de obras, fabricación de bens mobles ou realización de servizos, a execución dos cales estaba a cargo da Administración pública, produciuse un importante

96 Aínda que nestes casos se impón que os contratos cumpran unha serie de prescricións.

cambio. Mentres no TRLCSP se establecía que estes contratos que se efectuaban cos empresarios particulares tiñan carácter administrativo especial, "*sen constituíren contratos de obras, subministracións e servizos, por estar a súa execución a cargo do órgano xestor da Administración*" (artigo 24.4), na LCSP os ditos contratos deixan de ter carácter especial.

Para estas colaboracións, o artigo 30.3 da LCSP establece que as prestacións de servizos debe realizalas normalmente a propia Administración cos seus propios medios e que, en caso de carecer de medios suficientes, e logo de xustificación no expediente de contratación, poderán contratarse de acordo coa tipificación dos contratos das administracións públicas establecida na propia lei⁹⁷. Así mesmo, respecto á execución das obras ou á fabricación de bens mobles que se efectúen en colaboración con empresarios particulares, dispónse que o réxime xurídico aplicable aos contratos que se formalicen con estes será o previsto para os contratos de obras ou de subministración na lei (artigo 30.4).

En canto aos contratos privados, para determinar que contratos da Administración merecen tal cualificación, haberá que atender ao artigo 26.1.a) da LCSP, que establece que terán tal consideración:

"Os que celebren as administracións públicas cuxo obxecto sexa distinto dos referidos nas letras a) e b) do apartado primeiro do artigo anterior".

No precepto que regula os contratos administrativos séguense distinguindo os contratos típicos dos administrativos especiais. Os criterios empregados polo TRLCSP para determinar a natureza administrativa especial persisten, aínda que se introduce algún matiz e se altera a súa orde. En primeiro lugar, poderán selo os declarados expresamente por unha lei, aínda que, como advertimos, a LCSP xa non tipifica como contrato administrativo especial o negocio xurídico celebrado con empresarios particulares que colaboran en prestacións executadas pola Administración pública. En segundo lugar, os de obxecto distinto dos que figuran na letra a), por estaren vinculados ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou por satisfaceren de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela. E, en terceiro e último lugar, suprimíuse o inciso "*sempre que non teñan expresamente atribuído o carácter de contratos privados conforme o parágrafo segundo do artigo 20.1*".

Desta nova redacción despréndese que unha lei poderá cualificar expresamente un contrato como administrativo especial, calquera que sexa o seu obxecto. Non obstante, cando os requisitos que o determinen sexan alternativamente estar vinculado ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou satisfacer de forma directa ou inmediata unha finalidade pública da competencia específica daquela, imponse que teñan un obxecto distinto do dos contratos nominados e do dos contratos privados, aos que expresamente se lles recoñece tal carácter na letra a). Debido á supresión do inciso que se refería á totalidade de contratos privados que efectuasen as administracións públicas e a que na LCSP se definen os contratos privados por exclusión, o contrato administrativo especial deixa de ser a categoría residual, posición que volve ser ocupada polos contratos privados.

Non obstante, malia esta alteración, a categoría dos contratos administrativos especiais segue sendo moi limitada, como xa expuxemos, principalmente pola amplitude dos contratos típicos

97 Segundo o establecido no capítulo V do título II do libro II.

que levan consigo prestacións de servizos, ben sexa contratos ou concesións de servizos. Non obstante, reaparece a posibilidade de que prestacións non cualificadas expresamente pola lei como contratos privados, de acreditarse a súa conexión coa satisfacción dun interese público perseguido pola Administración contratante, poidan ser cualificadas como contratos administrativos especiais.

En consecuencia, a categoría dos contratos privados restrínxese. Serano, porque así o establece expresamente a lei, os servizos financeiros e de creación e interpretación artística e literaria e os de espectáculos, que están referenciados polo seu código CPV, e os de subscripción a revistas, publicacións periódicas e bases de datos. Tamén serán contratos privados os relativos aos ámbitos do dominio público, do patrimonial e financeiro, que seguen sendo contratos excluídos (artigo 9 LCSP). Non obstante, para que o resto de contratos poidan ser cualificados como privados, será preciso que carezan de vinculación ao xiro ou tráfico específico da Administración contratante ou que non satisfagan de xeito directo ou inmediato unha finalidade pública da súa competencia.

6 O réxime xurídico dos contratos administrativos especiais

O réxime xurídico dos contratos administrativos especiais segue as previsións do réxime anterior. De acordo co disposto no artigo 25.2 da LCSP, os contratos administrativos que teñan natureza administrativa especial rexeranse, en canto á súa preparación, adxudicación, efectos, modificación e extinción, en primeiro termo, polas súas normas específicas, aplicándose así mesmo as disposicións da LCSP e as súas disposicións de desenvolvemento. Supletoriamente, seranlle de aplicación as normas de dereito administrativo, e, no seu defecto, as normas de dereito privado.

Igualmente, mantense que parte das normas que determinan o seu réxime xurídico se establecerán no prego de cláusulas administrativas particulares. Segundo dispón o artigo 3.1 do RXLCAP, nos contratos administrativos especiais o dito prego, ademais de incluír os datos que con carácter xeral se establecen para todos os contratos no artigo 67.2 do RXLCAP, conterá as especificacións que pola natureza e obxecto do contrato sexan necesarias para definir os pactos e condicións deste. Tales datos deberán figurar no documento de formalización do contrato (artigo 71.8 RXLCAP).

A competencia para coñecer as controversias que se susciten nos contratos administrativos especiais correspóndelle á orde xurisdiccional contencioso-administrativa, pois todas as cuestións relativas á preparación, adxudicación, efectos, modificación e extinción dos contratos administrativos fóronlle atribuídas polo artigo 27.1.a) da LCSP.

En canto á posibilidade de incluír os contratos menores na categoría dos contratos administrativos especiais, cómpre sinalar que o artigo 118 da LCSP dispón que se estiman contratos menores os de valor considerado inferior a 40.000 euros cando se trate de obras, ou a 15.000 euros cando se trate de subministración ou de servizos. En consecuencia, debido a que os contratos menores veñen cualificados polo seu obxecto e contía, débese vulgar que, como xa entendeu no pasado a XCCA⁹⁸, ao non teren sido incluídos expresamente, a figura dos contratos menores non resulta aplicable aos contratos administrativos especiais.

98 Vid. Informe 38/05, do 26 de outubro de 2005. "Posibilidade de utilización da figura e réxime xurídico dos contratos menores nos contratos administrativos especiais".

Por último, hai que salientar que os contratos administrativos especiais foron incluídos expresamente na relación de contratos que son susceptibles de recurso especial en materia de contratación. Os ditos contratos serán recorribles cando polas súas características non sexa posible fixar o seu prezo de licitación ou cando o seu valor estimado sexa superior ao establecido para os contratos de servizos (artigo 44.1 LCSP⁹⁹).

7 Recapitulación

Do exame realizado das normas aprobadas en materia de contratación pública, así como da xurisprudencia e doutrina analizadas, dedúcese que a delimitación do contrato administrativo especial foi variando. En todo caso, a súa caracterización estivo vinculada á existencia no noso dereito da contratación pública da figura do contrato administrativo, que precisa da presenza dunha Administración pública. Así mesmo, na súa delimitación incidiu a configuración dos contratos administrativos típicos e dos contratos cualificados como privados, pois con frecuencia actuaron como fronteira entre eles.

Inicialmente, a configuración do contrato administrativo foi construíndose no noso dereito sobre a necesidade da Administración pública de tutelar o interese público. Para a súa consecución, o ordenamento xurídico outorgoulle unha serie de prerrogativas e atribuíu o coñecemento das súas controversias á xurisdición contencioso-administrativa.

A medida que a actividade contractual da Administración se foi ampliando, os contratos que se reiteraban foron tipificados en atención ao seu obxecto como contratos administrativos. Non obstante, houbo unha serie de contratos que mantiveron o influxo do dereito privado, cuxa cualificación foi oscilando nas diversas regulacións. Ante a presenza dunha finalidade pública, incorporada á causa dos ditos contratos, foron cualificados como contratos administrativos especiais para a protección do interese público. Así mesmo, consideráronse contratos administrativos especiais os que non encaixaban nos contratos nominados. Este dobre réxime xurídico, xerador de confusión pola falta de claridade no seu deslinde, foi potenciado polo incremento de entidades integrantes do sector público suxeitas nas súas actividades contractuais ao dereito privado.

A dificultade na delimitación dos contratos administrativos especiais viuse agravada coa adaptación da nosa lexislación de contratación pública ao dereito da Unión Europea. Por un lado, porque motivou un progresivo achegamento aos tipos contractuais fixados nas directivas comunitarias de contratación pública que non responden nalgúns casos ás nosas concepcións tradicionais. E, por outro lado, porque para o dereito europeo resulta indiferente que o réxime xurídico dos contratos sexa de dereito público ou privado, e porque non asumiu a noción de servizo público.

Agora ben, incorporadas ao noso dereito interno as previsións do dereito europeo da contratación pública sobre os contratos excluídos do seu ámbito, así como os tipos contractuais, e establecida a súa extensión, a delimitación do contrato administrativo especial debe axustarse a esas previsións. Examinamos a transcendencia que tivo na LCSP de 2007 o papel relevante outorgado a nivel europeo aos contratos de servizos, e como a súa delimitación, ampliando

⁹⁹ No texto vixente, os contratos de servizos son susceptibles de recurso especial en materia de contratación cando teñan un valor considerado superior a cen mil euros [letra a) do apartado 1 do artigo 44 LCSP].

a súa extensión, afectou aos contratos administrativos especiais. Tamén a exclusión dalgúns contratos de carácter patrimonial que deixou resolta a posibilidade de que estes contratos fosen atraídos ao dereito administrativo mediante a súa cualificación como contratos administrativos especiais.

Atopámonos en proceso de incorporación das concesións de servizos como contratos típicos, desde a concepción do dereito europeo, que, como examinamos, se resolveu na LCSP cunha nova extensión dos contratos de servizos e a supresión dos contratos de xestión de servizos públicos, o que a noso entender vai supor unha nova restrición do contrato administrativo especial.

Ante a nova tipificación dos dous tipos contractuais, non parece posible manter a cualificación de contrato administrativo especial para algunhas prestacións de servizos. Por exemplo, contratos como os de cafetería, comedor e, en xeral, os de restauración, ou a instalación de televisións en hospitais públicos, que entrarían dentro dos contratos típicos de servizos ou de concesión de servizos, atendendo a como fosen configurados. Ademais, a súa cualificación como contratos administrativos especiais non ten en si mesma ningunha transcendencia, xa que o seu réxime xurídico sería similar ao establecido para os contratos típicos, pois, igual que estes, os ditos contratos encádranse dentro dos contratos administrativos. A única excepción é que, de existiren normas específicas que os regulasen, serían aplicables en primeiro lugar, aínda que en xeral a súa especialidade deriva na práctica das estipulacións contidas nos pregos de cláusulas administrativas particulares. O relevante é que en todo caso se garante a súa especial protección mediante as prerrogativas atribuídas á Administración e o seu control a través da xurisdición contencioso-administrativa.

8 Bibliografía

- ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 172, 2007.
- BALLESTEROS ARRIBAS, S., "Contratos administrativos especiales", *El Consultor de los Ayuntamientos*, n. 22, 2005.
- BATET JIMÉNEZ, P., "Diferenciación entre los contratos de servicios, los contratos de gestión de servicios públicos y los contratos administrativos especiales", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 82, 2009.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J., "La necesaria regulación del contrato de patrocinio institucional", <http://www.obcp.es>, 31 de xullo de 2017 (último acceso: 17/08/2017).
- BERNAL BLAY, M. A., "Contrato administrativo especial", Bermejo Vera, J. (dir.) *Diccionario de Contratación Pública*, Iustel, Madrid, 2009.
- BLANCO LÓPEZ, F., "Contratos de consultoría y asistencia y contratos de servicios", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 26, 2003.
- CONTRERAS ORTIZ, M. M.^a, "La distinción entre los contratos administrativos especiales y los contratos privados de la Administración en la Ley de Contratos del Sector Público. El caso de los contratos inmobiliarios", *Revista Española de la Función Consultiva*, n. 10, 2008.

- CORRAL GARCÍA, E., "Evolución de la legislación de contratos de la administración", *Contratación del Sector Público Local*, tomo I, El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados (La Ley), Madrid, 2008.
- DÍAZ LEMA, J. M., "Contratos públicos versus contratos administrativos: ¿es conveniente mantener la duplicidad en la ley de contratos del sector público?", *Revista Española de Derecho Administrativo*, n. 141, 2009.
- FUERTES LÓPEZ, M., "Los problemas de la delimitación entre los contratos administrativos y privados de las Administraciones Públicas", *Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi*, n. 6, 2000.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 77, 2008.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "El concepto de poder adjudicador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (II)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 78, 2008.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos administrativos especiales (I)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 100, 2010.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "Contratos administrativos especiales (II)", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 101, 2010.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La figura del contrato administrativo", *Revista de Administración Pública*, n. 41, 1963.
- GIMENO FELIÚ, 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 públicos*, Civitas, Madrid, 2010.
- GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, S., *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo IV, 2.ª ed., Civitas, Cizur Menor, 2012.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L., "La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado", *Las nuevas Directivas de Contratación Pública (Ponencias sectoriales X Congreso Asociación Española Profesores de Derecho Administrativo)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- LAZO VITORIA, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", *Revista CEFLEGAL*, n. 154, 2013.
- MEILÁN GIL, J. L., "Para una reconstrucción dogmática de los contratos administrativos", *Anuario de la Facultad de Derecho de La Coruña*, n. 8, 2005.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.ª, *Los contratos de servicios del Sector Público. Prestaciones intelectuales, asistenciales y consultorías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

Regap



ESTUDIOS

MORENO MOLINA, J. A., "Los contratos de consultoría, asistencia y servicios", Gómez-Ferrer Morant, R. (dir.), *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.

MORENO MOLINA, J. A., e PLEITE GUADAMILLAS, F., *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2008.

PÉREZ LÓPEZ, R. M.^a, e GARCÍA RESCALVO, M., "Caracterización conceptual del contrato de gestión de servicios públicos, de servicios, administrativo especial y su adecuación a la realidad social. Contrato administrativo especial versus concesión de dominio público", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 92, 2009.

RUIZ DE CASTAÑEDA DE LA LLAVE, A., "La nomenclatura CPV en la contratación", *Contratación Administrativa Práctica*, n. 109, 2011.

SANMARTÍN MORA, M. A., "Novedades en materia de contratos de aprovechamientos forestales", <http://obcp.es>, 14 de septiembre de 2015 (último acceso: 21/05/2017).

SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, tomo II, 2.ª ed., Iustel, Madrid, 2009.

VÁZQUEZ LACUNZA, E. "El impacto del concepto europeo de concesión en el derecho español", Almeida Cerredá, M., e Martín Delgado, I. (dirs.), *La nueva contratación pública* (Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo), Campus na nube, Santiago de Compostela, 2015.