

REMUNICIPALIZACIÓN DE SERVICIOS LOCALES Y DERECHO COMUNITARIO

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU *

I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DE CONCEPTOS COMO NECESIDAD DE CONTEXTUALIZACIÓN PREVIA

Bajo el título de esta ponencia, como me han indicado los coordinadores, se pretende aportar alguna reflexión a la problemática jurídica que puede derivarse de la remunicipalización de servicios públicos locales gestionados de forma indirecta desde la perspectiva del derecho europeo (y, en concreto, de la normativa de contratación pública)¹.

1. El contexto de regulación y modelo como condicionante

Más allá del alcance político y económico del debate instaurado, que enfatiza el valor de la gestión pública –de recuperación de lo público– frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privadas, parece necesario abordar un análisis jurídico de los procesos de remunicipalización –que se están produciendo o que pretenden llevarse a cabo–, de las consecuencias que arrastran y de los posibles condicionantes derivados del Derecho europeo y sus principios reguladores². En España,

* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza

¹ El propio término de “remunicipalización” no existe ni en el Real Diccionario de la Lengua Española ni se contempla en norma alguna. Sin embargo, el término se ha extendido y consolidado.

² Sobre esta nueva visión “remunicipalizadora” puede consultarse el trabajo de H. WOLLMANN, “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un “retorno” a las gestiones públicas/municipales?”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 31, febrero de 2013, pp. 70-80.

desde el siglo XIX vienen empleándose fórmulas de colaboración público-privada, tanto contractuales como institucionales (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales)³, que han conocido en estos últimos quince años una fuerte expansión (no siempre por motivos ideológicos)⁴. Y el contrato de gestión de servicios público –y el sistema de concesiones– ha conformado un eje de la propia disciplina del Derecho administrativo clásico⁵.

En la actualidad, sobre todo en los países occidentales, desde ya hace años, se observa la tendencia a reducir el protagonismo estatal directo en el desarrollo de las actividades económicas, acusándose una importante reducción del intervencionismo adminis-

³ Procede recordar al respecto la clásica obra de F. ALBI (*Tratado de los modos de gestión de las Corporaciones Locales*, Ed. Aguilar, Madrid, 1960), que explica con detalle la justificación de los distintos modos de gestión de servicio público. Y el eje de la regulación no es el contrato –que es lo accidental– sino el propio servicio público a prestar. Lo que explica la tesis de ALBI sobre la posibilidad de “remunicipalizar” el servicio mediante rescate, pues configura a esta técnica desde la lógica de la mutabilidad unilateral (pp. 661-662).

⁴ Por todos, el trabajo de N. MAGALDI MAÑANA, “La primera doctrina española sobre la municipalización de servicios públicos: en particular, la recepción de la doctrina extranjera por el profesor Gascón y Marín”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* núms. 39-40, 2012, pp. 165-219.

⁵ Al efecto, debe recordarse el trabajo de J.L. VILLAR PALASI “Concesiones administrativas”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Tomo IV, pp. 690 y ss. VILLAR PALASI, aun reconociendo el carácter bilateral de la concesión, negaba el carácter contractual de la misma y destacaba que el modo de vinculación es el acto administrativo unilateral. (p. 703) Sobre las dificultades de delimitación de contorno y categorías de concesiones, vid. F. LÓPEZ RAMÓN, “Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas”, *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, núm. 243, 1989, pp. 563-610.



trativo, debido a que ha quedado ya suficientemente acreditado que los sistemas de intervención directa resultan incompatibles con un verdadero crecimiento, y que, por otra parte, como ya advertía el profesor S. MARTÍN-RETORTILLO, “*resultan inútiles e inoperativos a efectos de satisfacer las exigencias del interés público*”⁶.

En este siglo XXI se constata la consolidación de un modelo de “liberalización” de la economía, que si bien inicialmente avanzó hacia una progresiva “desregulación” o “desreglamentación” de actividades que hasta ahora se encontraban fuertemente intervenidas, ha evolucionado, por mor de la satisfacción del interés público, hacia un modelo de “re-regulación” o “neoregulación”, en virtud del cual la “Administración Económica”, se ha adaptado a las nuevas circunstancias utilizando para ello no las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permiten el desarrollo y dirección de una política económica concreta: se aprecia, por tanto, una reducción de la aplicación del Derecho Administrativo coercitivo en favor de una intervención administrativa basada en los estímulos positivos y de carácter consensual y participativa⁷.

Así, el concepto de servicio público, como técnica de intervención directa en la economía, ha ido evolucionando hacia

las condiciones de calidad y regularidad de la prestación, obviando el dato de la titularidad pública (el profesor S. MUÑOZ MACHADO ha abordado con claridad esta cuestión y su concreto significado)⁸.

Como principales características de esta reformulación del papel del Estado en la economía (que afecta a los fundamentos y categorías dogmáticas del Derecho administrativo), podemos advertir que en lo económico se observa una reasignación de los recursos desde los poderes públicos hacia el mercado, generalmente a través de procesos privatizadores de empresas públicas y la creación de Sociedades públicas que actúan en régimen de derecho privado; en lo técnico a la aceleración tecnológica e industrial y en lo histórico a la general apertura a los procesos de internacionalización de las relaciones económicas derivada de la globalización y cuya manifestación en nuestro entorno geográfico supranacional es la creación del mercado interior europeo.

El resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras –unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención– de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe cohonestar con

⁶ S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, Vol. I, La Ley, 1988.

⁷ Por todos, F. VILLAR ROJAS, *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.

⁸ S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, Tomo I, Civitas, 1998. También G. FERNÁNDEZ FARRERES, “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa* núm. 18, 2003, pp. 7-21.

los distintos principios regulatorios y, por supuesto, la lógica de la mejor satisfacción del interés público.

Por supuesto, la regulación europea, como se verá tiene importantes consecuencias jurídicas, no solo ya derivadas del proceso de uniformización jurídica⁹, sino por el hecho de ser una cuestión que, por su relación con el mercado interior, no es indiferente para las Instituciones europeas¹⁰. Aunque es cierto que no se impone un modelo de “privatización” de gestión. La Directiva 2014/23, de concesiones indica que:

“La presente Directiva reconoce y reafirma el derecho de los Estados miembros y las autoridades públicas a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios. En concreto, la presente Directiva no debería menoscabar en modo alguno la libertad de los Estados miembros y de las autoridades públicas para realizar obras o prestar servicios directamente al público o para externalizar tal suministro mediante delegación a terceros. Los Estados miembros y las autoridades públicas deberían continuar siendo libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el Derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público.” (Cdo 6).

Para advertir que: *“Tampoco debe tratar la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios”*. Sin embargo, como se verá, sí avanza cierta preferencia por las fórmulas de colaboración público-privada, no solo como necesarias para financiar complejas infraestructuras o servicios, sino como estrategia para incorporar los mejores saberes tecnológicos o de innovación (en ocasiones inaccesibles para un poder público).

El debate, lógicamente, es también de repercusiones ideológicas en torno a la bondad de un modelo de *insourcing*¹¹. Pero un debate jurídico-técnico aconseja alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión directa es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa. Habrá de analizarse supuesto a supuesto.

En todo caso, la decisión de “volver” a una gestión directa de una actividad gestionada indirectamente mediante concesión, deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la pres-

⁹ Me remito a mi trabajo como contribución al libro en homenaje al Profesor S. MUÑOZ MACHADO, “Administración Pública y Derecho Administrativo en la Unión Europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica”, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, pp. 279-299.

¹⁰ Así, en los servicios públicos de transporte existe ya regulación específica (Reglamento (CE) n° 1370/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2007, sobre los servicios públicos de transporte de viajeros por ferrocarril y carretera y por el que se derogan los Reglamentos (CEE) n° 1191/69 y (CEE) n° 1107/70 del Consejo).

¹¹ Se pretende invertir la idea de que existe siempre una mejor prestación cuando existe gestión privada y no pública. Un análisis realizado en nombre del Banco Mundial sobre la gestión del agua en muchos países, llega a la conclusión de que “no hay ninguna diferencia estadísticamente significativa entre los proveedores públicos y privados con respecto a su eficiencia económica” (World Bank, 2004). De hecho, los Planes de ajuste de una Entidad Local pueden justificar la no externalización (por ejemplo, Anexo III de la Orden HAP/537/2012, de 9 de marzo, Medida 7: Contratos externalizados que considerando su objeto pueden ser prestados por el personal municipal actual).

tación que se “remunicipaliza”¹². Esta máxima de eficiencia en la decisión debe ser un parámetro clave –incluso decisivo– para justificar la decisión que se adopte¹³. Decisión que podrá ser objeto de control jurídico. Y no será correcto el argumento de que se garantiza una estabilidad de empleo o se dignifica las condiciones laborales, pues tal motivación resulta ajena a los motivos que justifican una posible “remunicipalización”, lo que comporta un vicio de desviación de poder (muy evidente si la decisión pretende una “funcionarización encubierta del personal”). Por supuesto, la decisión de remunicipalizar, deberá ser compatible con las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (art. 1 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera), tal y como se previene en la regulación que sobre esta posibilidad regula la LRBRL¹⁴. Pero ese ámbito resulta ajeno al objetivo de esta ponencia (que aborda en profundidad en el estudio anterior el profesor VILLAR ROJAS, y a cuyas precisas conclusiones me remito), que intenta delimitar los contornos y posibilidades jurídicas de la reasunción de la gestión de un servicio público desde la óptica de los principios europeos de la contratación pública.

2. La municipalización de servicios públicos. Delimitación conceptual y “resituación” de la institución al marco normativo vigente

Tras estas reflexiones previas, para poder cumplir el objetivo de analizar la viabilidad de las políticas de “remunicipalización” desde el marco de los principios europeos de los contratos públicos, resulta necesaria cierta delimitación conceptual de que cuando puede hablarse de remunicipalización como opción a la gestión privatizada de un servicio.

Técnicamente solo pueden “remunicipalizarse” aquellas actividades o servicios de titularidad pública (86.2 LBRL) que se gestionan de forma indirecta. Aunque no es una “remunicipalización”, puesto que la actividad ha continuado siendo de titularidad pública. Así, las actividades “despublicadas” (como servicios funerarios) y en régimen de competencia, necesitaran de norma legal que vuelva a reservar al sector público local dicho servicio. Opción poco plausible, pues la LRSAL (2013) ha optado por impulsar la libre competencia elevando las exi-

¹² El Tribunal de Cuentas, en su INFORME núm. 1010, de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011, ha puesto de relieve que municipios correspondientes al tramo de entre 5.001 y 20.000 habitantes, en cuyo caso los datos sí han permitido concluir que resultó más cara la prestación mediante contratación pública que a través de los propios medios municipales

¹³ Sobre este principio, vid. J. M. GIMENO FELIU, “El principio de eficiencia», en *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, dir. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, La Ley, Madrid, 2011, pp. 1255 y ss.; M. VAQUER CABALLERÍA, “El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, 186, 2011, pp. 91 y ss.

¹⁴ Es más, el artículo 85.2 indica que “solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al Pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”.

gencias para el ejercicio de una actividad económica por las Entidades Locales, teniendo en cuenta el impacto que dicha actividad puede tener sobre la libre competencia y eliminando servicios de la lista de posibles monopolios de las entidades locales, como es el caso del suministro de calefacción, las lonjas y los mataderos y se condiciona la prestación de un servicio en régimen de monopolio al informe previo de la autoridad de competencia¹⁵.

Por otra parte, si la actividad no es un contrato de servicios públicos, sino que su objeto es típico de una relación de servicios, obviamente, tampoco podrá hablarse de remunicipalización sino de no “externalización” o “desexternalización” de esos servicios y de su asunción (si es necesaria su prestación), como competencia propia, por la Administración en cuestión. Y esta opción no podrá utilizarse para “falsear” la competencia, al evitar que una prestación típicamente contractual pueda ser objeto de concurrencia (ni se podrán utilizar de forma indebida la técnica de encargos a medios propios)¹⁶. Las técnicas de auto-organización administrativa no pueden ser utilizadas en fraude de ley para excluir determinadas actividades de las reglas de la competencia.

¹⁵ Vid. C. LENCE REIJA, “La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia”, Revista española de Derecho Administrativo num. 170/2015.

¹⁶ De hecho, la Autoridad Vasca de la Competencia en una muy interesante Resolución ha sancionado sanciona por utilización indebida de la técnica del medio propio (Arabako Lanak, S.A) en tanto distorsiona el mercado –resolución (Expte. 7/2013, OBRAS PÚBLICAS ÁLAVA), de 11 de noviembre de 2015–. A juicio de la Autoridad Vasca se acredita que el acuerdo de utilización de un medio propio tiene por objeto detraer del mercado la prestación de una serie de servicios que es, en esencia y por su propia naturaleza, restrictivo de la competencia. Y no se requiere por tanto para su calificación la acreditación de efectos concretos en el mercado (que sí se tendrían en cuenta, en su caso, para determinar la cuantía de la sanción). Y no puede admitirse, según explica la autoridad vasca, que dicha técnica de encargo pueda justificarse en la idea de mayor eficiencia, pues no se acredita el cumplimiento de todos los requisitos que a tal efecto exige el artículo 1.3 de la LDC para que no se consideren prohibidas las prácticas: que contribuyan a mejorar la producción o la co-

La municipalización de servicios es una potestad excepcional que se encuadra en el marco del artículo 128.2 CE¹⁷: “Mediante Ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”¹⁸. La finalidad de dicho precepto no es otra que la de admitir la posibilidad de que el sector público, cuando por razones de interés general lo considere oportuno, asuma con exclusividad una determinada actividad o servicio, sustrayendo su gestión de manos privadas, tanto en actividades o servicios que se planteen ex novo, como si con anterioridad tales actividades o servicios hubieran sido desempeñados o desarrollados por el sector privado. Así ha sido reconocido expresamente en la STC 189/1991, de 3 de octubre, donde acepta el planteamiento de opción en las reservas al decir que, “aunque no sea una afirmación necesaria, se encuentra dentro de los poderes del legislador”. Por otro lado, es aquí contemplada como mero instrumento jurídico que permite canalizar adecuadamente en términos legales la adopción por el poder público de una decisión interventora de máxima intensidad. Es, en todo caso, una herramienta y no un objetivo en sí mismo.

Así pues, el artículo 128.2 permite –que no impone– la reserva al sector público de recursos o servicios esenciales.

mercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico siempre que se pueda acreditar que se verifican todas las siguientes circunstancias. No concurre esta excepción, a juicio de la Autoridad Vasca de la Competencia, y entiende que dicho acuerdo ha producido el efecto de falsear la competencia respecto de los servicios que de hecho se han sustraído del mercado. Por lo expuesto, la Autoridad Vasca de la Competencia ha considerado pertinente imponer a todos los afectados por este expediente la obligación de paralizar la práctica y abstenerse de llevarla a cabo en el futuro e imponer, en su caso, multas de carácter simbólico: 50 000 euros a la Diputación, 15 000 a la empresa pública (no a los Ayuntamientos).

¹⁷ Se trata, en palabras de F. SOSA WAGNER, de una intervención “cualificada”. *La gestión de los servicios públicos locales*, Civitas, 2008, pág. 22.

¹⁸ Vid. S. MUÑOZ MACHADO y J.M. BAÑO LEÓN, “Libertad de empresa y unidad de mercado”, en libro col. *La empresa en la Constitución*, Aranzadi, Pamplona, 1989, pp. 211-233; y J.M. GIMENO FELIU, “Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas”, Revista de Administración Pública 1994, núm. 135, pp. 141-212.





Las corporaciones locales tienen también la titularidad pública de determinadas actividades económicas consideradas esenciales. Debe advertirse, en cualquier caso, que sólo serán servicios públicos de titularidad municipal los mencionados en el apartado 2 del artículo 86 de la LRBRL -sobre la base del artículo 128.2 CE- al realizar una reserva de actividades en favor del sector público local (abastecimiento y depuración de aguas, recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros), que sí supone la exclusión de la iniciativa privada de las mismas (se constata la limitación de actividades publicadas, que son las únicas sobre las que en sentido estricto, hay posibilidad de “remunicipalizar” la gestión).

Existe reserva, en estos momentos en favor de las Entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales *de abastecimiento domiciliario y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos, y transporte público de viajeros, de conformidad con lo previsto en la legislación sectorial aplicable.*

Queda abierta la posibilidad de que otras leyes efectúen la reserva de municipalización, en favor de los entes locales; teniendo en cuenta que la Ley no es libre para reservar al sector público cualquier sector de la actividad sino sólo de aquellos que puedan calificarse de servicios esenciales para la comunidad. Entendido así el art. 86.2 L.B.L. no existe duplicidad con el art. 26 de la misma, pues los dos preceptos tienen una finalidad distinta: el primero de ellos, atribuir competencia al Municipio para que pueda desarrollar su actividad prestacional en concurrencia con la empresa privada; el segundo, permitiendo a los entes locales (y no sólo al Municipio) que excluyan a ésta de un sector que, desde que se haga efectiva la reserva, será de la exclusiva titularidad del ente local. Ello es lo que justifica que en el art. 86.2 se haga referencia a servicios esenciales que están también enumerados en el art. 26 como servicios obligatorios, y, al contrario, que se definan como servicios esenciales los que no están inscritos en el ámbito de la competencia municipal (como ocurre con la calefacción y el gas). El artículo 86.2 LR-

BRL es, la concreción de la técnica de reservas al sector público del artículo 128 CE.

Desde esta perspectiva (los servicios reservados son servicios públicos), como ya advirtiera la STS de 24 de octubre de 1989, señala que estos servicios son

“[...] una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una Ley a la Administración para que ésta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua”.

Esto significa que la declaración de servicio público del artículo 85.1 LRBRL no debe entenderse como asunción de la titularidad de esa actividad sino como competencias que son responsabilidad de la Administración local¹⁹. En suma, el artículo 85.1 LRBRL no opera como reserva al sector local, existiendo sólo servicios públicos locales de titularidad municipal en los supuestos del párrafo 3 del artículo 86 LRBRL. Este criterio es el que sigue el Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de las Entidades locales (Decreto de 13 de junio de 1995), al hablar en su artículo 181 de “servicios públicos esenciales reservados” cuya gestión puede ser directa o indirecta).

En cuanto a la gestión de los servicios o actividades reservadas (tal y como reconoce el art. 95 TRRL), podrán gestionarse, según dispone el artículo 85.2, 3 y 4 LRBRL (respetando el art. 157 LCAP que tiene carácter básico), de forma directa (mediante gestión por la propia entidad, organismo autónomo local o sociedad mercantil, cuyo capital social pertenezca íntegramente a la entidad local) o de forma indirecta (a través de concesión, gestión interesada, concierto o sociedad mercantil o cooperativa legalmente constituidas cuyo capital social sólo parcialmente pertenezca a la entidad local).

¹⁹ J.M. GIMENO FELIU, “Los Servicios públicos locales”, en obra colectiva coordinada por A. Fanlo, *Estudio sistemático de la Ley de Administración Local en Aragón*, Ed. Cortes de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 321-355.

Analizado el marco normativo, conviene recordar, en palabras de C. LENCE REIJA, “que el motivo históricamente determinante para las municipalizaciones de los servicios económicos era parafiscal: aumentar los ingresos municipales. Así lo ha puesto de manifiesto el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante, TDC) en su informe de 1993 titulado “*Remedios políticos que pueden favorecer la libre competencia en los servicios y atajar el daño causado por los monopolios*” cuando traía a colación el Preámbulo del Estatuto Municipal de 1924 que decía: “*con prudencia y cautela podrá hacerse mucho en bien de los pueblos, ya que la renta diferencial que permitirá absorber el monopolio municipal asciende, en gran número de casos, a considerables cifras*”. De esta suerte, los beneficios monopolísticos equivalían a un impuesto sobre los servicios. Como decía el artículo 19 del proyecto de 14 de Junio de 1905 de Hacienda Municipal “*con los rendimientos líquidos de los servicios públicos explotados por los Ayuntamientos se llevará a cabo la desgravación de los impuestos que constituyen actualmente su presupuesto de ingresos, empezando por el de consumos*”.

Es evidente que estamos ante un proceso de progresiva eliminación de actividades sujetas a la prestación en régimen de monopolio y este proceso ha sido impulsado por las autoridades de competencia con base en los principios europeos sobre regulación de actividades económicas. Por ello, en los procesos de municipalización se exige ahora la intervención de la autoridad de competencia como requisito previo a la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades previstas en el artículo 86.2 de la LBRL²⁰.

3. Opciones a la denominada “remunicipalización” y sus causas en el TRLCSP: los supuestos de resolución o rescate como técnicas no intercambiables

La “remunicipalización” del servicio se debe justificar en interés público distinto, que viene a invalidar de forma sobrevenida la causa del negocio contractual originario, y habilita el rescate del mismo para su asunción directa²¹. No existe, técnicamente, esta posibilidad por resolución del contrato (aunque puede producir mismos efectos). Por ello conviene delimitar las dos posibilidades citadas –resolución y rescate– y fijar sus contornos.

Como es sabido, el artículo 221 del TRLCSP (con regulación casi idéntica a la de sus precedentes legislativos) se refiere a la extinción de los contratos en general, lo que acontece, como es sabido, por cumplimiento o resolución. El artículo 223 TRLCSP, relativo a las causas de resolución, no contempla entre ellas el rescate. Esta figura sólo se recoge en el TRLCSP como forma específica de resolución de dos tipos de contratos: el contrato de concesión de obras públicas (artículo 269) y el contrato de gestión de los servicios públicos (artículo 286) y encuentra su precedente en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio 1955.

²⁰ Así lo prevé la disposición final primera de la LRSAL, que da una nueva redacción al apartado 2 del artículo 97 del Texto Refundido de las disposiciones vigentes en materia de Régimen Local para exigir que como requisito previo se recabe informe de la autoridad de competencia correspondiente

²¹ Sobre las formas de extinción de la concesión de servicios públicos sigue siendo obra de referencia la monografía de J. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, 1992. En concreto, para la posibilidad del rescate –y sus requisitos–, pp. 262-270.

El rescate es una de las causas de resolución del contrato de gestión de los servicios públicos a la que podrá acudir la Administración pública cuando concurren razones de interés público y para gestionar directamente el servicio. Son notas características del rescate en nuestra legislación las siguientes: a) es una forma de terminación de ciertos contratos y concesiones, b) es una forma de terminación anormal, frente a la forma normal de extinción de los contratos, que es su cumplimiento, y de las concesiones, que es el transcurso del plazo, c) es una forma de terminación anticipada, pues pone fin a la relación contractual o concesional antes de llegarse al plazo o fecha prevista para su finalización, d) no tiene carácter sancionador, pues no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario, e) su fundamento último es la protección del interés público que preside la actuación administrativa que determinó el otorgamiento de la concesión o el contrato, de modo que sólo el interés público puede legitimar el rescate.

La potestad de rescatar un servicio público local es, aparentemente, una potestad discrecional, en tanto que sólo exige constatar –y justificar– el concurso de un interés público, cuya satisfacción exige extinguir la concesión²². Lo que no sucede, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, cuando los motivos que se invocan son exclusivamente económicos y, en particular, en lo de subrogarse en una explotación lucrativa²³.

La extinción de la relación concesional exigirá, en tanto privación de un derecho, el abono al concesionario de la previa indemnización, que se determinará conforme dispone la normativa reguladora del negocio jurídico de que se trate, y donde la duración de la relación concesional operará como dato principal en la ecuación financiera de la misma. Al expirar la concesión anticipadamente, ni las amortizaciones han podido efectuarse ni el beneficio industrial ha podido obtenerse según las previsiones iniciales, por lo que la indemnización deberá cubrir:

- a) El valor de las obras por el plazo pendiente de amortizar (compensación de amortización).
- b) La pérdida de beneficios empresariales por referencia a las anualidades que restan para completar el plazo de concesión (compensación industrial)²⁴.

Por supuesto, siempre dentro del necesario procedimiento de rescate, –donde se concretarán motivos y justificación de la decisión–, cuya regulación es tan escasa que solo puede encontrarse algunas referencias al *iter* procedimental de esta forma de resolución en el artículo 109 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de Contratos de las Administraciones Públicas y la regulación general del procedimiento administrativo contenida en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

²² No puede ser, en todo caso, una potestad ilimitada equivalente a un revocación por oportunidad o conveniencia del interés público (opción que si considera posible S. GONZALEZ VARAS, “Rescate de concesiones”, Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid, núm. 28, 2013, p. 124.

²³ J. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión...*, ob. cit., p. 269.

²⁴ Y para ello habrá que estar, necesariamente, a las reglas de responsabilidad patrimonial administrativa que existe en el TRLCSP para las concesiones de obras públicas

Esta posibilidad legal de iniciar un procedimiento de rescate debería valorar, además de un mejor cumplimiento de la prestación, los costes económicos derivados de tal operación en los conceptos de compensación industrial y compensación de amortización y de pérdida de fondo de comercio. (y también como los presupuestarios, desde la lógica de la contabilidad nacional). Y en este punto la discrecionalidad –que no oportunidad, insistimos– exige, como ya advirtiera hace tiempo MESTRE DELGADO, una detallada justificación. Los contratos de concesión de servicios públicos suelen ser contratos complejos y de larga duración, en los que los costes indemnizatorios se presumen muy importantes (y pueden conllevar problemas de “reputación” de la empresa, que no pueden ser minusvalorados). Además, las consecuencias jurídico-laborales de una extinción anticipada –con obligación de subrogación del personal–, puede hacer inviable financieramente tal operación.

Por ello, el Gobierno local, valorando los distintos aspectos jurídicos y económicos, es quien deberá decidir si procede ese rescate y la consecuente explotación directa del servicio o, si por el contrario, ante las deficiencias de ejecución prefiere mejorar la relación jurídica prestacional de otra forma.

El rescate es, por tanto, una causa de resolución del contrato, no por incumplimiento contractual imputable al contratista, sino basado en una causa de interés público (Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, núm. 604/2011, de 2 de noviembre de 2011). Llevando, por otra parte, aparejados consecuencias, la necesaria gestión directa del servicio por el Ayuntamiento y la obligación de indemnizar al contratista, ya que se le ve privado, sin causa a él imputable, de un beneficio al que tiene derecho por resultar en su día adjudicatario de un contrato administrativo²⁵. En definitiva, no puede solicitarse un rescate por incumplimiento del concesionario²⁶. Y un rescate, como “expropiación” del título habilitante exige siempre compensación económica.

Los casos de incumplimiento permiten resolver un contrato, pero no necesariamente “remunicipalizarlo” (y no puede utilizarse en fraude de ley para evitar el pago indemnizatorio). La resolución del contrato administrativo se configura en el artículo 210 TRLCSP (al igual que en la legislación precedente: artículo 111 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por RDL 2/2000 –TRLCAP–), como una de las prerrogativas con las que cuenta la Administración, estableciendo el artículo 211 el procedimiento general de su ejercicio y, en el 213, el particular para el supuesto de demora del contratista en la ejecución de los trabajos. En su artículo 221 establece de manera concisa las dos formas de extinción de los contratos “*Los contratos se extinguirán por cumplimiento o por resolución*”. La Ley regula las causas y efectos de la resolución

²⁵ Por supuesto, esta decisión requeriría que se inicie un procedimiento de municipalización. En esa línea de exigencia la jurisprudencia ha declarado la nulidad de los expedientes de contratación que no han ido precedidos de la tramitación del expediente de municipalización (lo que exige su debate en el Pleno): Sentencias del TS de 21 de diciembre de 2000, 1 de febrero 2002 y de 12 de julio de 2005; STSJ de Castilla y León de 5 de junio 2001; STSJ de Andalucía de 25 de febrero de 2002; STSJ País Vasco 26 de diciembre 2003; STSJ de Cataluña de 28 de diciembre de 2007.

²⁶ Como bien ha advertido D. BLANQUER CRIADO, el rescate no es ni puede ser utilizado como expropiación sanción. *La concesión de servicio público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012, p. 1377.

comunes a todos los tipos de contratos en los artículos 223 a 225. Entre los supuestos se encuentra el del incumplimiento de las obligaciones contractuales esenciales calificadas como tales en los pliegos o en el contrato –apartado f) del artículo 223.

Como bien ha explicado el Consejo de Estado, el mecanismo de la extinción anticipada del contrato por medio de su resolución, “... constituye un medio de defensa de la parte cumplidora frente al incumplimiento de la otra parte, o frente a las alteraciones no justificadas de los términos en que fuera concebido el equilibrio contractual en el momento de la conclusión del pacto...” (Dictamen del Consejo de Estado núm. 3007 de 2003). Ahora bien, sólo el órgano de contratación ostenta la prerrogativa legal de acordar la resolución de los contratos y determinar los efectos de esta. Es esta, por lo demás, una de las características derivadas de la existencia de un contrato administrativo.

El contratista no conforme con la decisión adoptada por la Administración –de resolver o de no resolver el contrato–, tiene la posibilidad de impugnarla ante la jurisdicción contencioso-administrativa y, en su caso, pedir ante la misma la suspensión de los efectos del acuerdo adoptado, pero no puede dejar de ejecutar sus prestaciones con fundamento en el incumplimiento de sus obligaciones por la Administración, salvo en aquellos casos en que la ley expresamente se lo permita.

De lo expuesto, se constata que el órgano de contratación tiene reconocida esta prerrogativa o “*potestas*”. Pero, por el propio significado y fundamento de la misma, su ejercicio es una facultad (que no obligación). Es decir, se le reconoce la prerrogativa para resolver, pero igualmente podría optar, con idéntica validez, por requerir el correcto cumplimiento de las prestaciones por parte del concesionario (artículos 65.1 del Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales –Decreto de 9 de enero de 1953– y 113.2, párrafo 2.º, de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas). La decisión entre una y otra opción es por lo tanto una decisión discrecional, que corresponde adoptar libremente al órgano de contratación, siempre que concurran las circunstancias que lo habilitan, sin incurrir en ninguna responsabilidad cualquiera que sea la opción por la que se decante, habida cuenta de la claridad del precepto aplicable.

En todo caso, deben existir circunstancias de incumplimiento de condiciones esenciales. Y las mismas deberían figurar expresamente en el pliego o el contrato, sin que sea posible, *a posteriori*, recalificar como tales a ciertas obligaciones. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Burgos de 10 de diciembre de 2010 (recurso 242/2009), con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de junio de 2004 (recurso de casación núm. 4589/1999), recuerda que para que proceda una resolución por incumplimiento, éste ha de ser sustancial, “*no basta con cualquier apartamiento de las obligaciones asumidas en el contrato, sino que ha de afectar a la obligación esencial de una de las partes en el caso de obligaciones bilaterales o recíprocas. Esto es, de acuerdo con la jurisprudencia, tanto de esta Sala como de la Primera del mismo Tribunal, ha de tratarse de incumplimiento básico, grave, de la obligación, en el sentido de que no se realiza la conducta en qué consiste la prestación, quedando frustrado el fin objetivo del contrato. O, dicho en otros términos, también en este ámbito de la resolución*



contractual ha de observarse el principio de proporcionalidad que exige para resolver el que el incumplimiento afecte a la esencia de lo pactado, no bastando aducir la no realización de prestaciones accesorias o complementarias, que no impidan, por su escasa entidad, alcanzar el fin del contrato”.

Por último, conviene advertir, que el mero incumplimiento de una obligación esencial –las únicas, que pueden dar lugar a la resolución del contrato- no justifica por sí solo la resolución del contrato. Lo indica muy bien (a modo de resumen de lo establecido por la doctrina y jurisprudencia), el Dictamen del Consejo Consultivo de la Junta de Castilla y León, 1541/2011, que afirma lo siguiente:

“... existe una reiterada doctrina jurisprudencial (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 1999) y del Consejo de Estado, en el sentido de que no basta cualquier incumplimiento contractual para que se produzca el efecto resolutorio, sino que ha de traducirse en una valoración del incumplimiento grave y de naturaleza sustancial del contrato, al ser la resolución la consecuencia más grave que puede derivarse de esta circunstancia. Asimismo, tal y como mantiene el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de diciembre de 2001, la resolución por incumplimiento del contrato ha de limitarse a los supuestos en que sea patente “una voluntad rebelde a su cumplimiento, sin bastar el simple retraso, al requerirse una pasividad dolosa, culpable o negligente imputable al contratista, como ha venido exigiendo la jurisprudencia de esta Sala a tales efectos...”.

En igual sentido debe citarse el Dictamen 125/2011 del Consejo Consultivo de Aragón, que insiste en que no es obligatoria la resolución por incumplimiento:

“... Porque, evidentemente y aun cuando el TRLCAP no indique más precisiones sobre el particular (...), el incumplimiento de las obligaciones esenciales del contrato debe serlo palmario, reiterado, irremisible. Tratándose, como se trata, de un pago, nunca podría pensarse en que basta la mera ausencia del abono de una

mensualidad para habilitar ya a la Administración a proceder a la resolución contractual y sin embargo, en términos literales, naturalmente que había existido la ausencia de una obligación esencial. Al contrario, esa falta de pago debe extenderse en el tiempo, dar lugar a una sensación de ausencia de pago y, además, de falta de la voluntad de pagar en cualquier caso y circunstancia, todo ello manifestado y probado en un comportamiento lineal y sin excepciones...”

Existen, pues, dos posibilidades: la de procurar el debido cumplimiento o, la de la resolución por incumplimiento (siempre que se incumplan condiciones esenciales, debemos insistir). Y ante esta doble opción el Ayuntamiento debería optar por la actuación más proporcionada²⁷. Y deberán tenerse en cuenta los siguientes parámetros interpretativos. En primer lugar, habida cuenta de las características de los contratos de esta naturaleza, de su dificultad de liquidación y, en segundo lugar, cual es la opción menos gravosa para el Ayuntamiento y los intereses públicos (el cumplimiento no implica el pago de las cantidades a las que se vería obligado en caso de resolver el contrato, aún invocando un supuesto incumplimiento, y todo ello sin tener en cuenta los litigios y costes que le supondría al Ayuntamiento dicha opción).

En consecuencia, la solución más lógica y conveniente si lo que se pretende es evitar la “precarización de condiciones laborales” es la “reformulación” de la relación jurídica en la prestación servicio (por ejemplo, forma de pago de las facturas, supuestos de re-equilibrio, prerrogativas de inspección, o inclusión de penalidades, entre otras).

²⁷ Recuérdese que la proporcionalidad ha sido encubrada a principio general de toda actuación administrativa es principio general del Derecho Administrativo (Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001, dictada en el recurso de casación 4978/1996, o Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias con sede en Las Palmas de 15 de abril de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 1414/2001). Este principio se recoge ahora expresamente en el artículo 4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva”.

II. EL DERECHO EUROPEO –EN ESPECIAL DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS– Y SU INCIDENCIA EN LA REMUNICIPALIZACIÓN

La posibilidad de “remunicipalizar” un servicio que se gestiona de forma indirecta no puede hacerse en estos momentos desde la lógica de la legislación nacional. Los principios y técnicas de la gestión indirecta de los servicios públicos, así como de las formas de gestión indirecta, deben interpretarse a la luz de las reglas y principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión y de la normativa europea reguladora de la contratación pública, que se caracteriza ahora por su clara vis expansiva. Y es que el modelo tradicional de la contratación pública, armado sobre la figura del contrato administrativo, que pivota sobre las “prerrogativas administrativas”, debe ceder a favor de las reglas de competencia y del principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales²⁸. Frente a la idea de *imperium* y unilateralidad de la relación jurídica, respeto al principio de *pacta sunt servanda* y bilateralidad contractual.

1. Límites generales y contextualización de la colaboración público privada en Europa

Un principio clave en el Derecho europeo, que condiciona en gran medida cualquier decisión económica de una Administra-

²⁸ Idea que expone con claridad el trabajo de J.L. MEILAN GIL, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión”, RAP. Núm. 191, 2013, pp. 11 y ss. Esta necesidad de actualización es evidente en los temas de los modificados contractuales (p. 30). En el fondo, se diluye la categoría del contrato administrativo, caracterizado, por un derecho exorbitante, de tal manera que el enigma del contrato administrativo (en sugerentes palabras de ARIÑO ORTIZ, “El enigma del contrato administrativo”, RAP núm. 172, 2007, pp.79-102) parece resolverse hacia una regulación del contrato público ya no justificada en el *imperium*, sino en la transparencia para preservar un modelo de concurrencia.

ción Pública es el estabilidad presupuestaria (idea de estabilidad presupuestaria ha estado ligada pues desde el origen a la moneda única y a un sistema monetario europeo estructuralmente inestable)²⁹. Regla que se ha consagrado en el artículo 135 CE y que presenta una vocación de *golden rule*, una regla de oro de aplicación preferente.

Por ello, el escenario de gestión privada de actividades de titularidad pública (lo será siempre mediante regulación contractual), no resulta ya desde la mera opción de decisión política, fácilmente reversible, pues la pertenencia del Estado español a la Unión Europea tiene importantes repercusiones en el concreto diseño y reconfiguración de los contornos y principios de la intervención pública en la economía en cuanto supone una unificación (o al menos armonización) supranacional de los escenarios y técnicas de intervención administrativa.

Desde la lógica de estos principios, los procesos de “remunicipalización” mediante rescate de los contratos existentes presentan importantes problemas de encaje con las previsiones de legales disciplina financiera y presupuestaria dentro de las cuales se mueven nuestras Administraciones Locales³⁰; desde el punto

²⁹ El artículo 310.1 TFUE afirma que “el presupuesto deberá estar equilibrado en ingresos y gastos”.

³⁰ De hecho, el artículo 86.1 LRBRL establece que “Las entidades locales podrán ejercer la iniciativa pública para el desarrollo de actividades económicas, siempre que esté garantizado el cumplimiento del objetivo de estabilidad presupuestaria y de la sostenibilidad financiera del ejercicio de sus competencias. En el expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida habrá de justificarse que la iniciativa no genera riesgo para la sostenibilidad financiera del conjunto de la Hacienda municipal debiendo contener un análisis del mercado, relativo a la oferta y a la demanda existente, a la rentabilidad y a los posibles efectos de la actividad local sobre la concurrencia empresarial”. De hecho, la Administración del Estado podrá impugnar los actos y acuerdos previstos en este artículo, con arreglo a lo dispuesto en el Capítulo III del Título V de esta Ley, cuando incumplan la legislación de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera.



de vista de las indemnizaciones a satisfacer a las actuales concesionarias (otra importante cuestión, que excede del ámbito de este trabajo, es la relativa a situación jurídica en que ellas —y también sus trabajadores—).

En segundo lugar, no puede desconocerse que en este ámbito europeo se ha fomentado la “visión” de política económica que pone en valor la cooperación público-privada (no siempre con fines lucrativos), al considerarse que es la que favorece una mejor consolidación del modelo y de los estándares sociales asociado al mismo. La Directiva 2014/23, de concesiones expresa esta convicción:

“La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada “Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (“la estrategia Europa 2020”), ya que es uno de los instrumentos basados en el mercado destinados a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación” (Cdo 3).

La colaboración público-privada se refiere, en general, “a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”³¹.

Los fundamentos de este impulso por parte de las instituciones comunitarias a la colaboración pública privada se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa, b) consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador³².

³¹ El Comité Económico y Social de la Unión Europea se muestra igualmente partidario de estas fórmulas en tanto favorecen la optimización de la ecuación coste-beneficio de la actuación del sector público. Los motivos que justifican esta opción son tanto la dificultad de utilizar los contratos clásicos para afrontar las actuales necesidades de infraestructuras y servicios demandados por la sociedad en ciertos estándares de calidad como, obviamente, su tratamiento en el marco de la contabilidad pública. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento”, (2005/C 234/12), DOUE de 29 de mayo de 2005.

³² El Comité Económico y Social de la Unión Europea se muestra igualmente partidario de estas fórmulas en tanto favorecen la optimización de la ecuación coste-beneficio de la actuación del sector público. Los motivos que justifican esta opción son tanto la dificultad de utilizar los contratos clásicos para afrontar las actuales necesidades de infraestructuras y servicios demandados por la sociedad en ciertos estándares de calidad como, obviamente, su tratamiento en el marco de la contabilidad pública. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento”, (2005/C 234/12), DOUE de 29 de mayo de 2005. M. GARCÉS SANAGUSTIN recuerda varias de las fortalezas de estos modelos. En concreto, y en la línea de *accountability*, está el control de los costes y plazos de ejecución, en tanto que las empresas constructoras tienden a

El nuevo paquete legislativo europeo contiene una nueva y “novedosa” Directiva de “concesiones” (Directiva 2014/23) que es, sin duda, una de las grandes novedades, especialmente por lo que supone de ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales (así como de depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos)³³. Normativa que generó una importante contestación y que su aprobación definitiva exigirá un esfuerzo de trasposición³⁴. Sin olvidar que esta normativa es, sin duda, estratégica para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado³⁵, donde el riesgo, como se verá, es una de sus notas características (en contratos complejos y de larga duración) y que, por ello, exige un marco jurídico estable y predecible.

El principal objetivo de esta nueva Directiva es aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones, así como delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco³⁶.

reducir tiempo y costes de la construcción para comenzar a rentabilizar la infraestructura o el servicio y así obtener ingresos. Se libera, además, al sector público de la ejecución de estos contratos, generalmente complejos, y se aprovecha de mejor manera el conocimiento y *expertising* de las empresas. “En torno a la colaboración”, en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, p. 52. Igualmente, M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 530-532.

³³ Esta propuesta de Directiva fue anunciada por la Comisión Europea en su Comunicación “Acta del Mercado Único – Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza” de 13 de abril de 2011. COM (2011)-206 final.

³⁴ Por ejemplo, el Informe del Comité económico y social, publicado en el Diario oficial del día 26 de junio de 2012 (C 191/84) es crítico con la propuesta, lo mismo que el Informe del Comité de las regiones publicado en el Diario oficial el día 13 de septiembre de 2012 (C 277/74) ambos alertan de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento europeo había aprobado un Informe sobre la modernización de la política de contratación pública de 25 de octubre de 2011, en el que se afirma con relación a las concesiones de servicios que “ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios;... insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios sólo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior”. Como curiosidad un ejemplo de los problemas de traducción fue otro Informe del Parlamento europeo sobre los nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010, donde se incurrió en el error de hablar de “servicio de concurso” en lugar de concesiones de servicios públicos.

³⁵ No puede desconocerse la directa relación que con las políticas presupuestarias y de estabilidad tienen estas modalidades contractuales. Vid., por todos, J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

³⁶ Resultan de interés las reflexiones de X. LAZO “El futuro del mercado concesional en Europa” REVISTA CEFLEGAL. CEF, núm. 154 (noviembre 2013), pp. 137-174. En este trabajo advierte que mientras el legislador comunitario incluye en el “riesgo operacional sustancial” a los de uso y de disponibilidad, el mercado concesional (por lo menos en lo que respecta a las grandes infraestructuras de transporte) muestra una clara preferencia por retribuir al concesionario en base a estándares de disponibilidad. De ahí la oposición o, cuando menos, fuertes recelos que la Directiva concesiones ha despertado en las empresas concesionarias españolas. Es imprescindible, como señala un reciente informe de la CEOE, que los riesgos que se transfieran al operador privado en virtud del contrato “no excedan de los que una diligente gestión empresarial pueda prever y asumir, es decir, aquellos que pueda gestionar” y, por lo mismo, se subraya por X. LAZO la necesidad de flexibilizar el concepto de “riesgo operacional sustancial” contenido en la Directiva (“Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos. Novedades en las nuevas Directivas de contratación pública”, en libro col. *Las Nuevas Directivas de contratación pública* (núm. Monográfico especial -2015 del Observatorio de los Contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 426-430.). Lo que, en mi opinión, no parece sencillo, dado que la nueva normativa comunitaria parece bloquear el concepto, lo que limita (sino excluye) cualquier posibilidad de flexibilización a adaptación.

Y, por supuesto, incrementar la seguridad jurídica ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación³⁷.

2. La necesaria delimitación conceptual de contrato de gestión de servicios públicos y servicios

Las fórmulas de gestión indirecta –solo de actividades publicadas– se caracterizan porque, conservando en todo caso la titularidad pública del servicio, la prestación del mismo se encomienda a un empresario privado. EL TRLCSP (artículo 277) prevé diferentes formas de gestión indirecta, que deben interpretarse a la luz del nuevo marco regulatorio europeo.

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias Instituciones Comunitarias. Así, en los considerandos de la Directiva 2014/23, de concesiones se advierte que “*existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión* (Cdo. 4)”³⁸.

La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico en tanto de la incorrecta tipificación de un contrato público, pueden alterarse las normas y principios

³⁷ Interesa sobre el contenido de esta Directiva el trabajo de J. F. HERNANDEZ GONZALEZ, “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, en libro en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 169-240, así como el de J. PERDIGO SOLA, “Aproximación a la Directiva 2014/23/UE, de Concesiones”, en libro en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 89-121. También F. BLANCO LOPEZ, “La Directiva 2014/23 de concesiones. El riesgo operacional”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 24, núm. 2 de 2014.

³⁸ A estos efectos es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en Derecho Comunitario, en las que se nos advierte que en la definición resultante de la Directiva 93/37/CEE el legislador comunitario optó por definir la noción de concesión de obras a partir de la noción de contrato público de obras. El texto de la “Directiva obras” prevé, en efecto, que los contratos públicos de obras son “contratos de carácter oneroso, celebrados por escrito entre un contratista, por una parte, y un poder adjudicador (...), por otra, que tengan por objeto bien la ejecución, bien conjuntamente la ejecución y el proyecto de obras relativas a una de las actividades contempladas en el Anexo II o de una obra (...), bien la realización, por cualquier medio, de una obra que responda a las necesidades especificadas por el poder adjudicador» [letra a) del artículo 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un “contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio.» Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio. Vid. L. MIGUEZ MACHO, “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en libro col. *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 172-182.

esenciales en una licitación pública³⁹. Así se había advertido en la Recomendación 1/2011, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón (con fundamento en la Sentencias del TJUE de 10 de septiembre de 2009, Wasser, 10 de marzo de 2011, Privater Rettungsdienst, y 10 de noviembre de 2011, Norma-A, SIA) que exige que la tipificación responda a una interpretación funcional, corrigiendo prácticas que eludan la aplicación de las Directivas (STJUE de 29 de octubre de 2009 (Comisión/Alemania)⁴⁰. En ausencia de transferencia de riesgos nos encontramos ante un contrato de servicios.

Aquí radica la principal novedad de esta Directiva, que decide regular de forma autónoma la cuestión de las concesiones. Y así se expresa ahora de forma clara el artículo 5.1 de la Directiva al referirse a la “concesión de servicios” como “*un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago*”. Añadiendo que se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional

³⁹ Vid. J.M. GIMENO FELIU, “Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP”, REDA núm. 156, págs. 17 y ss.; y M.M. RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011”, en el *Liber amicorum* a Tomás Ramón Fernández. Administración y Justicia, Thomson, Pamplona, 2012., págs. 3549 y ss. del II tomo; e ibídem, “Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)”, REDA núm. 161, 2014, pp. 37-74.

Para la correcta delimitación de estas figuras pueden citarse los trabajos de Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de M.A. BERNAL BLAY El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”, Civitas, Cizur Menor, 2011; P. VALCARCEL FERNANDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en libro col. *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450 y ss.

⁴⁰ Según esta doctrina consolidada, existirá un “contrato de servicios» en el sentido de las Directivas en un contrato mediante el cual un contratante, en virtud de las normas de Derecho público y de las cláusulas contractuales que regulan la prestación de estos servicios, no asume una parte significativa del riesgo que corre el poder adjudicador. Así, por ejemplo, el transporte de pacientes en ambulancias no será un contrato de gestión de servicios públicos sino de servicios, tal y como se advierte en la STJUE de 18 de diciembre de 2007 (Comisión/República Irlanda). Con matices a tal calificación puede verse la STJUE de 29 de abril de 2010 (Comisión/República de Alemania). En esta Sentencia se recuerda que los servicios de transporte sanitario de urgencia o de transporte especial de enfermos, sobre los que versa el presente asunto, se incluyen a la vez en la categoría 2 o 3 del anexo I A de la Directiva 92/50 o del anexo II A de la Directiva 2004/18, y en la categoría 25 del anexo I B de la Directiva 92/50 o del anexo II B de la Directiva 2004/18, de modo que los contratos que tienen por objeto tales servicios están sujetos a la aplicación del artículo 10 de la Directiva 92/50 o del artículo 22 de la Directiva 2004/18 (véase, en este sentido, la sentencia de 24 de septiembre de 1998, Tögel, C-76/97, Rec. p. I-5357, apartado 40). Doctrina aplicada por el Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 52/2013 de 11 de septiembre, que califica como contrato de servicios la prestación de hemodiálisis, por no existir riesgo (criterio confirmado por Acuerdos 55/2013 7 37/2014, del TACPA). También por el TACRC, que en su Resolución 134/2013 de fecha 19 de septiembre de 2014 hace suya la distinción entre el riesgo propio de todo contrato y el riesgo específico de los contratos de gestión de servicios públicos que hace el TJUE en la sentencia 348/10 Norma-A y Dekom (en las Resoluciones 154 y 220/2011 declara que la asunción de riesgo por parte del concesionario es lo que caracteriza al contrato como concesión de servicios). Este mismo criterio ha sido compartido por el órgano de recursos contractuales de Cataluña (Resoluciones 24/2013, de 28 de enero, 50/2013, de 25 de marzo y 19 de septiembre de 2013) y Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).



cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes que haya contraído para explotar las obras o los servicios que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario supondrá una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable. Idéntica definición, pero para las obras, incorpora para definir el contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial en el dato del riesgo operacional, que deberá ser compatible con el principio de equilibrio económico del contrato⁴¹. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo (considerando 11 y art. 5)⁴². Como recuerda el considerando 20 de la Directiva:

⁴¹ La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como los recientes trabajos de J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico en los contratos públicos” en el *Observatorio de contratos públicos 2011*, libro col. Cizur Menor, 2012, págs. 515 y ss; y el análisis de la jurisprudencia que realizan J. AMENÓS ÁLAMO y J.E. NIETO MORENO, “La languideciente vida del principio de equilibrio económico frente a riesgos imprevisibles en la contratación pública”, REDA núm. 156, 2012, pp. 119 y ss. Especial interés sobre el riesgo en estas propuestas de Directivas tiene el estudio de M. FUERTES “Los riesgos del riesgo de explotación”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, pp. 197-239. También el trabajo de E. ARIMANY LAMOGLIA, “El equilibrio económico financiero de la concesión de obra pública: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo, Autopista Madrid-Toledo, AP-41”, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. extraordinario homenaje al profesor J.L. Iglesias, 2011, pp. 93-100; y J.F. FERNÁNDEZ GARCÍA, “Equilibrio económico y revisión de precio en los contratos administrativos”, REDA núm. 163, 2014, pp. 145-180.

⁴² La distinción entre concesión de obras y concesión de servicios no resulta especialmente problemática, más allá de los supuestos de contratos mixtos, que se adjudicarán con arreglo a las normas aplicables al tipo de concesión predominante en función de cuál sea el objeto principal del contrato (art. 20.1). La nueva Directiva regula el régimen jurídico de las concesiones en

“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapan al control de las partes. Los riesgos vinculados, por ejemplo, a la mala gestión, a los incumplimientos de contrato por parte del operador económico o a situaciones de fuerza mayor, no son determinantes a efectos de la clasificación como concesión, ya que tales riesgos son inherentes a cualquier tipo de contrato, tanto si es un contrato público como si es una concesión. Un riesgo operacional debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado, que puede consistir en un riesgo de demanda o en un riesgo de suministro, o bien en un riesgo de demanda y suministro. Debe entenderse por “riesgo de demanda” el que se debe a la demanda real de las obras o servicios objeto del contrato. Debe entenderse por “riesgo de oferta” el relativo al suministro de las obras o servicios objeto del contrato, en particular el riesgo de que la prestación de los servicios no se ajuste a la demanda. A efectos de la evaluación del riesgo operacional, puede tomarse en consideración, de manera coherente y uniforme, el valor actual neto de todas las inversiones, costes e ingresos del concesionario”.

Este riesgo operacional se vincula a la utilización (que incluye la disponibilidad, y que, por tanto, no es de elección, dado que se habla de transferencia de riesgo de demanda, o de oferta, o de ambos).

los arts. 20 a 23, diferenciando entre concesiones con diversidad de objetos (contratos mixtos) y concesiones con diversidad de actividades. Cabe destacar que tanto en el supuesto de concesiones con elementos objetivamente dissociables (ej., construcción de un edificio para uso público con explotación de aparcamientos subterráneos), como en el de concesiones que engloben actividades diferentes (ej., construcción y explotación de autopista y explotación de restaurante), el poder o entidad adjudicadora podrá optar entre adjudicar: a) contratos separados para cada parte o actividad o; b) un único contrato, en cuyo caso se deben indicar las normas aplicables de acuerdo con los criterios establecidos en la propia Directiva, según se trate o no de objetos o actividades sometidas a las disposiciones de la Directiva 2014/24/UE. Esta fórmula no sólo se separa de la jurisprudencia comunitaria (por todas, STJ de 22 de diciembre de 2012, *Mehiläinen Oy*, C-215/09, apartado 47) y de la Propuesta de Directiva (que optaba por aplicar sus disposiciones a la parte del contrato que constituyera una concesión, ex. art. 18.4), sino que además difiere de la prevista en la Directiva 2014/24/UE (art. 3.4).

Lo ha definido bien el TJUE:

“El riesgo de explotación económica del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio.” (Sentencia de 10 de marzo de 2011, dictada en el asunto C-274/09)⁴³.

Es preciso comprobar, por tanto, si el modo de remuneración acordado consiste en el derecho del prestador a explotar un servicio (u obra) e implica que éste asume el riesgo de explotación del servicio (u obra) en cuestión. Si bien este riesgo puede ser ciertamente muy limitado desde el primer momento, la calificación de concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre⁴⁴. Ob-

⁴³ Conviene recordar que la Sentencia del TJUE de 10 noviembre de 2011 (Asunto Norma-A y Dekom), se refiere a la transferencia del riesgo como factor determinante para la calificación del objeto del contrato, y su diferenciación entre contratos de servicios y de gestión de servicios: “48 El riesgo de explotación del servicio debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado (véase, en este sentido, la sentencia Eurawasser, antes citada, apartados 66 y 67), que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio (véase, en este sentido, la sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 37).

⁴⁹ En cambio, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios (sentencia Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, antes citada, apartado 38)”.
⁴⁴ Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE, ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los

viamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a las que existe en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)⁴⁵.

El riesgo de explotación económica del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión o a errores de apreciación del operador económico no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una conce-

riosos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes... para reconocer que no se trata de un contrato de servicio. Así, por ejemplo, en la sentencia que resuelve el conflicto del servicio de abastecimiento de aguas en la comarca de Gotta (de 10 de septiembre de 2009, C 206/08) y en la que resuelve la cuestión prejudicial relativa a los contratos de transporte de asistencia médica y urgencias en Baviera (de 10 de marzo de 2011, C 274/09). “Los riesgos del riesgo”, ob. cit., p. 235.

⁴⁵ Como bien advierte la STJUE de 10 de septiembre de 2009, Eurawasser, apartados 77 y 80. El matiz es importante, pues solo así se consigue no desincentivar la iniciativa privada (vid. X. LAXO VITORIA, ob. cit., 154; L. MIGUEZ MACHO, “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., La contratación pública a debate: presente y futuro, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 181-185). A este respecto, sostiene la JCCA del Estado que “el establecimiento de cláusulas que supongan una reducción parcial del riesgo asumido por el concesionario no es contrario a la naturaleza propia de las concesiones siempre que no desaparezca el núcleo de tal asunción. Es decir siempre que, considerado el término de vida de la concesión, el concesionario haya asumido el riesgo derivado de la explotación de la obra o del servicio en su conjunto, aun cuando éste haya podido estar limitado o incluso excluido durante un cierto periodo o en relación a determinadas circunstancias” (Informe 69/09, de 23 de julio de 2010).



sión de servicios⁴⁶. Pero tampoco puede olvidarse, como bien ha indicado M.A. BERNAL BLAY, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos⁴⁷. En todo caso, sin riesgo operacional, no hay concesión (como acaba de recordar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias 1/2014 sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos). Estaríamos, en palabras de G. MARCOU, ante supuesto de deuda pública disfrazada⁴⁸.

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar en “nuevo” concepto de riesgo operacional y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones⁴⁹. Entender que la nueva normativa incrementa la variable riesgo en estos contratos puede suponer no solo una quiebra de principios tradicionales, sino, principalmente, una limitación no querida por el propio texto ya que las instituciones comunitarias consideran estratégica esta nueva regulación de concesiones. Por ello, las actuales reglas de reequilibrio financiero del contrato no parecen contrarias –más bien lo contrario– al concepto de riesgo operacional. Y ello por la lógica de la aplicación del principio de proporcionalidad en contratos de larga duración y de complicadas relaciones jurídico-económicas (y financieras) que justifica una corrección a la idea del riesgo ilimitado por actuaciones no controladas por el concesionario, ajenas a su correcta gestión o la debida diligencia en la planificación de la concesión.

Esta delimitación de conceptos es importante pues no puede confundirse contrato de gestión de servicios públicos con contrato de servicios. Y, ello porque, además de consecuencias de régimen jurídico, se producen evidentes consecuencias desde la perspectiva de como se computan estas operaciones desde la contabilidad europea⁵⁰.

⁴⁶ Sin riesgo no hay concesión. Lo exponía muy bien FJ. VILLAR ROJAS en su trabajo “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, RAP 172, 2007, al analizar esta técnica en el ámbito sanitario y de los servicios sociales:” En resumen, el precio del contrato lo paga la Administración con recursos públicos presupuestarios, si bien diferido en el tiempo. La inversión se encuentra garantizada, por mucho que se encuentre escondida en el precio total. No existe mercado de usuarios pues la población a atender se encuentra asegurada”, p. 172.

⁴⁷ “Situación desalentadora” es, como califica M.A. BERNAL BLAY, las consecuencias de la severidad en su exigencia, El contrato de concesión de obras públicas..., ob. Cit., cit., pág. 272.

⁴⁸ MARCOU, G. “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, en libro colectivo, La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España (Elementos comparativos para un debate), Instituto de Estudios Económicos y Civitas, Madrid, 2000, p. 57.

⁴⁹ Sobre esta cuestión resulta de Interés el Informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón 11/2011, de 30 de septiembre, 13/2015, relativo a “Criterios para calificar como concesión un contrato de transporte regular permanente de viajeros de uso general en autobús»

⁵⁰ Hay que evitar, en palabras de J. GONZALEZ GARCIA (*Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, p. 27), “la huida de la consolidación contable”, que tan perniciosas consecuencias prácticas ha tenido en nuestro país. Especialmente ilustrativo para analizar este aspecto es el trabajo de R. MARTÍNEZ MANZANEDO, “La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95), Presupuesto y Gasto Público núm. 45, 2006, pp. 187-197. Como bien destaca –p. 196- la aplicación práctica de la metodología europea requiere un análisis individualizado de cada contrato previo a su inicio para clasificar los distintos activos. Ello exige un detallado análisis de pliegos de condiciones y de prescripciones técnicas para delimitar la aplicación del SEC 95, con estudios específicos sobre la incidencia de las decisiones fijadas sobre beneficios de los socios, así como estudios de demanda y los que valoren la

3. La equivalencia de prestaciones en las fórmulas de colaboración público-privada: plazos y protección de las inversiones a efectuar

Las concesiones y fórmulas para-concesionales que permiten la gestión indirecta de servicios públicos se caracterizan por la transferencia de riesgos, y van muy vinculadas a planificaciones financieras de alta intensidad y complejidad. Por ello, estas concesiones exigen unas reglas claras que preserven la equivalencia de las prestaciones en ambas partes, que se deben diseñar pensando en la correcta ejecución del contrato (para lo que debe exigirse un adecuado plan económico-financiero) que de seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y de las garantías o certezas suficientes sobre cumplimiento en sus propios términos de lo pactado.

En este marco de preservar la seguridad jurídica y favorecer inversiones del sector privado, el plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE- puede implicar una retribución indebida (en más). Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que, *la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos*. (artículo 18). Este plazo se explica en el considerando 52 de la directiva de la siguiente manera:

“La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos

transferencia de riesgos. A favor de esta eliminación de contrato CPP del artículo 11 TRLCSP se puede ver la opinión de M. MAGIDE HERRERO, “Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa”, en libro col. *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, ed. AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, pp. 68-69. Ciertamente, como bien ha sistematizado, en un análisis exhaustivo, son muchas las variables y complejidades de este tipo contractual “específicamente español” y, quizá, por ello convenga su eliminación para uniformizar las categorías y conceptos en un marco normativo europeo. Máxime, como indica M. HERNANDO RYDINGS, en contratos de estas características, que aconsejan la mayor certeza del entramado jurídico y económico. *La colaboración público-privada...*, ob. cit., pp. 534-541. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

contractuales específicos que haya asumido el concesionario a fin de satisfacer exigencias tales como la calidad o el precio para los usuarios. Esta previsión ha de ser válida en el momento de la adjudicación de la concesión. Debe ser posible incluir las inversiones iniciales y posteriores consideradas necesarias para la explotación de la concesión, como gastos de infraestructura, derechos de propiedad intelectual, patentes, equipo, logística, contratación, formación del personal y gastos iniciales. La duración máxima de la concesión debe estar indicada en los documentos relativos a la misma, a menos que la duración constituya un criterio para la adjudicación del contrato. Los poderes y entidades adjudicadores siempre deben poder adjudicar una concesión por un período inferior al necesario para recuperar las inversiones, siempre y cuando la compensación correspondiente no elimine el riesgo operacional”.

Los plazos son, lógicamente, importantes y deben ser cumplidos. Solo así se da estabilidad jurídica a un modelo donde los “riesgos” se penalizan con financiación más costosa (o ausencia de financiación, que impide abordar ciertos proyectos de indudable interés general).

Junto a ello, la legislación, como elemento claramente vinculado al concepto de riesgo operacional, incluye como garantía a la idea de “equivalencia” de lo pactado. Así, junto a la técnica de reequilibrio económico, la normativa prevé la denominada responsabilidad patrimonial administrativa (RPA), cuando “fracasa” anticipadamente la concesión, que se comporta como un elemento de seguridad importante, que funciona como “efecto llamada en los inversionistas” al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión⁵¹. La RPA se configura, así, como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos (lo que no justifica que pueda ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional y podría ocultar una ayuda de Estado ilegal⁵²).

⁵¹ J.L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, en libro colectivo (dirigido por Rafael Gómez-Ferrer Morant) *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 525 y ss.

⁵² Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) nº 549/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, relativo al Sistema Europeo de Cuentas Nacionales y Regionales de la Unión Europea. En relación a cómputo déficit de las operaciones de APP se indica que: “Propiedad económica y asignación del activo 20.283 Al igual que sucede con los contratos de arrendamiento, para determinar quién es el dueño económico de los activos en una APP es preciso averiguar qué unidad asume la mayor parte de los riesgos y qué unidad se espera que reciba la mayor parte de los beneficios de los activos. Se asignará a esta unidad el activo, y por lo tanto la formación bruta de capital fijo. Los principales elementos de riesgo y beneficio que deben evaluarse son los siguientes: a) Riesgo de construcción, que incluye los rebasamientos en los costes, la posibilidad de costes adicionales derivados de retrasos en la entrega, el incumplimiento de condiciones o códigos de construcción, y los riesgos ambientales y de otros tipos que exijan pagos a terceros. b) Riesgo de disponibilidad, que incluye la posibilidad de costes adicionales, como los de mantenimiento y financiación, y las sanciones soportadas porque el volumen o la calidad de los servicios no cumple las normas especificadas en el contrato. c) Riesgo de demanda, que incluye la posibilidad de que la demanda de los servicios sea mayor o menor de la esperada. d) El riesgo de valor residual y obsolescencia, que incluye el riesgo de que el activo sea inferior a su valor esperado al final del contrato y el grado en que las administraciones públicas tienen opción a adquirir los activos. e) La existencia de financiación del garante o de concesión de garantías, o de cláusulas de rescisión ventajosas sobre todo en caso de rescisión a iniciativa del operador”. Estos dos últimos apartados, en especial en los casos de resolución por causa imputable al contratista parecen aconsejar una “limitación” de la RPA en los modelos concesionales, tanto de obra como de servicios, pues de

Si fuera resolución imputable a la Administración –como es el caso de una decisión de “remunicipalización”– la RPA desplegara, de conformidad con la normativa vigente sus efectos ordinarios:

Por un lado, la Administración abonará al concesionario el importe de la inversión realizada por razón de la expropiación de los terrenos y de la ejecución de las obras e instalaciones que, realizadas por éste, hayan de pasar a propiedad de aquélla, teniendo en cuenta su estado y el tiempo que restare para la reversión. La cantidad resultante se fijará dentro del plazo de seis meses, salvo que se estableciera otro en el pliego de cláusulas administrativas particulares. Por otra parte, la Administración indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que deje de percibir, y a la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquélla, habida cuenta de su grado de amortización.

Esto significa que, con el fin de evitar incertidumbres incompatibles con la idea de atraer inversiones a la ejecución de estas fórmulas contractuales, la legislación de contratación pública debe incorporar, en la lógica del principio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur* (junto a la técnica del equilibrio financiero del contrato para preservar el cumplimiento en condiciones de equivalencia) y, para supuestos de resolución, la RPA. En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico⁵³.

Así, si se rescata una concesión, deberá indemnizarse conforme al sistema de RPA que se contiene en el actual TRLCSP.

III. LAS LIMITACIONES DERIVADAS DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA A LA POSIBILIDAD DE “REMUNICIPALIZAR” LOS SERVICIOS. LA DESAPARICIÓN DE LA POSIBILIDAD DEL RESCATE COMO UNA PRERROGATIVA

Analizadas los aspectos prácticos de una eventual “reasunción” de servicios por una entidad local –y utilizando los conceptos europeos de la contratación pública–, procede examinar en qué medida la normativa europea puede condicionar esta posibili-

lo contrario puede entenderse que se ha excluido la transferencia de riesgos y, en consecuencia, los activos ya no estarían excluidos del perímetro de endeudamiento. Así, dentro del riesgo operacional debe entenderse la no existencia de RPA por incumplimientos o causas imputables al concesionario. Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PEREZ y E. MARCO PEÑAS, “El impacto de las colaboraciones público-privadas en los niveles de déficit y deuda pública: análisis de los criterios de EUROSTAT”, RAP núm. 194, 2014, 437-474.

⁵³ Y es que como bien indicará el Conseil d’Etat francés “Es de esencia misma de todo contrato de concesión el buscar y realizar, en la medida de lo posible, una igualdad entre las ventajas que se conceden al concesionario y las obligaciones que le son impuestas. Las ventajas y las obligaciones deben compensarse para formar la contrapartida entre los beneficios probables y las pérdidas previsibles. En todo contrato de concesión está implicada, como un cálculo, la honesta equivalencia entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Es lo que se llama la equivalencia comercial, la ecuación financiera del contrato de concesión” (Arrêt Compagnie générale française des tramways, de 21 marzo 1910).



dad de “remunicipalización” de contratos existentes. Y son varias las ideas que deben ser tenidas en cuenta.

Pues bien, la principal conclusión de este trabajo, es que la Directiva de concesiones (que incluye ya en su ámbito objetivo la concesión de servicios junto a la concesión de obras públicas) tiene importantes efectos jurídicos que no se pueden desconocer, pues se ha alterado el fundamento regulatorio de la concesión de servicios (desaparece el concepto de contrato de gestión de servicios públicos, y así el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público ya no contempla esta categoría).

Tradicionalmente la gestión de servicios públicos, en tanto cuestión que se ha venido entendida como parte del núcleo de soberanía, se consideraba una materia de “ámbito estrictamente nacional”. Lo que explica que las concesiones de servicio público hayan estado excluidas de la regulación comunitaria de contratación pública. Así, la Directiva 2004/18, de contratación pública dice:

“Artículo 17

Concesiones de servicios

Sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones previstas en el artículo 3, la presente Directiva no será aplicable a las concesiones de servicios definidas en el apartado 4 del artículo 1”.

Así, la regulación de las concesiones de servicio público (cualquier modalidad de gestión indirecta), más allá del respeto a los principios de la contratación pública, se consideraba una cuestión de ámbito nacional. Por ello, en España, la legislación contractual relativa a la gestión de servicios públicos siempre ha incidido en el “prevalente” interés público como elemento decisivo en la regulación de estos contratos. Lo que explica que nada impida “invertir” este proceso de colaboración con el sector privado. El TRLCSP, como sus normas precedentes, siempre han admitido la posibilidad reasunción pública de las fórmulas de gestión de una actividad pública mediante gestión indirecta (mediante la figura del rescate). La justificación de un interés público (se entiende que sobrevenido), justifica la decisión de

resolución anticipada del contrato, pues se entiende que esa es una prerrogativa más inherente al carácter de contrato de gestión de servicios públicos.

Esta posibilidad, en mi opinión, queda condicionada (sino eliminada, tal y como se viene entendiendo) por la nueva regulación europea de la contratación pública y, es especial, de la Directiva 2014/23, de concesiones. Es cierto que la normativa europea admite la gestión directa de servicios. Y que esta reasunción puede realizarse extinguido el plazo de explotación de la “concesión (es, en definitiva, una decisión organizativa, competencia de los Estados).

Pero si se opta por “recuperar” la gestión de una concesión, deberá respetarse tanto en adjudicación como en ejecución la una regulación europea, pues sus principios se extienden a todas las fases de ejecución del contrato (de la concesión, en nuestro caso), que incluye la resolución de contratos (artículo 30 de la Directiva 2014/23). Y allí existe un límite –nuevo– que será un elemento de control y que condiciona la figura del rescate como prerrogativa exorbitante.

En concreto, interesa destacar la previsión del artículo 44 de la referida Directiva de concesiones:

“Artículo 44. Resolución de concesiones

Los Estados miembros se asegurarán de que los poderes y entidades adjudicadores tengan la posibilidad, con arreglo a condiciones determinadas por la legislación nacional aplicable, de poner fin a una concesión durante su período de vigencia, siempre que se cumpla alguna de las condiciones siguientes:

- a) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;*
- b) que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;*

c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los Tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los Tratados o la presente Directiva”.

De este precepto se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador. Prima la idea de seguridad jurídica y de respeto al principio *pacta sunt servanda*. Y no debe sorprender, pues en el derecho de la contratación pública la doctrina del TJUE no ha admitido como justificación tal interés público para validar la corrección de la potestad del *ius variandi*⁵⁴. Sirve de ejemplo la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11) que enjuicia un recurso del Reino de España, que recuerda que, “si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados”. Es decir, que no existe una prerrogativa unilateral en la ejecución de contratos. Es más, se exigen dos requisitos muy importantes: a) que las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta, y b) que un Estado miembro no puede invocar

⁵⁴ Por todos, J. VAZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015 y el estudio de I. GALLEGO CORCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de Directivas sobre contratación pública” en libro colectivo *Las Directivas de Contratación Pública*, número monográfico especial *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167.

disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2011, Comisión/Grecia, C-601/10). Estos límites resultan de directa aplicación a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de las prerrogativas públicas exorbitantes.

Como se ha explicado, el TRLCSP prevé, como fórmula de “reasunción del servicio”, además de los supuestos de extinción por cumplimiento, el rescate del mismo, que solo puede justificarse en la existencia de un interés público relevante y acreditado (como ya se indicaba por la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1989, que acotó el margen de discrecionalidad de las entidades locales para el ejercicio de la iniciativa económica mediante la introducción de la exigencia de que se justifique por una razón de interés general).

Y aquí es donde conviene advertir que la legislación nacional puede ser “desplazada” (o ya lo está, pues es una norma que despliega ya efectos interpretativos) por la Directiva de concesiones de 2014. Vencido el plazo de transposición (muy probable, pues la tramitación del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público sugiere el incumplimiento del plazo) las disposiciones de la Directiva de concesiones (junto con la Directiva de contratación pública), tendrán efecto directo en aquellos aspectos que la regulación sea clara, precisa e incondicionada⁵⁵.

⁵⁵ Este efecto directo, útil o invocabilidad directa ante los Tribunales del derecho comunitario supone que las normas comunitarias deben desplegar efectos de modo uniforme en todos los Estados miembros, desde su entrada en vigor y durante toda su vigencia. En consecuencia, se trata de hacer efectivos los derechos y obligaciones que estas normas generan para los particulares, de tal forma de puedan invocarse antes las autoridades públicas, administrativas



Y la resolución de concesiones es un claro ejemplo, que limita la posibilidad de extinguir un contrato por rescate, pues parece establecer un número cerrado de causas de resolución. El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. No significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y se deberá sustanciarse conforme a las reglas y principios de esta potestad⁵⁶.

Además, la decisión de rescatar podrá ser controlada –en tanto cuestión contractual– por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016, se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones (deja de ser un recurso precontractual). Y al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este caso, de resolución)⁵⁷. Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial– el Tribunal administrativo podrá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse con forme a lo dispuesto por la Directiva de concesiones de 2014 y los principios europeos de contratación pública (junto con el de confianza legítima, que obliga, como regla general, a estar a lo pactado)⁵⁸. Y en tanto no se produzca

o judiciales, las cuales vendrán obligadas a salvaguardar esos derechos y obligaciones. Este efecto directo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia Van Gend en Loos de 5 de febrero de 1963, en la que declara que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. Las Sentencias de los Asuntos Ratti (5 de abril de 1979) y Ursula Becker (19 de enero de 1982), se sistematiza esta doctrina, que podemos sintetizar en los siguientes requisitos: a) que el Estado miembro haya incumplido su deber de trasposición, bien porque no haya dictado en plazo la norma de trasposición, bien porque la ha dictado pero su contenido no respeta el mandato de la Directiva. b) que el precepto de la Directiva contenga un mandato preciso, claro e incondicionado. c) que el precepto suponga el reconocimiento a los particulares de un derecho frente a los poderes públicos (efecto directo vertical ascendente). Es decir, se ha reconocido el efecto directo vertical pero no el inverso, esto es, la Directiva no puede generar obligaciones para los particulares, de modo que el Estado no puede exigir las obligaciones que se derivan de la norma a los particulares.

⁵⁶ Tesis ya defendida, como se recuerda por F. ALBI, por G. JEZE, quien consideraba que existe una relación muy estrecha entre el rescate de una concesión y una expropiación forzosa por causa de utilidad pública. *Tratado...*, ob. cit., pp. 660. También, J. MESTRE DELGADO idéntica al rescate con una medida típicamente expropiatoria. *La extinción...*, ob. cit., p. 291.

⁵⁷ La diferencia entre normas sustantivas y procesales respecto al régimen transitorio de la aplicabilidad de las nuevas normas es, por lo demás, clásica en nuestro ordenamiento jurídico, como convincentemente razona la recurrente, desde la Transitoria cuarta del Código Civil, siguiendo con las Transitorias de la LEC y de la LJCA. El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de noviembre de 2012 (recurso 1085/2011) ha admitido al directa aplicación de normas procesales en materia de contratación pública. Para ello parte de la necesaria distinción entre normas sustantivas y procesales y afirma que la disposición transitoria de la ley 15/2010 sólo se refiere a las normas sustantivas (“falta en la ley una transitoria rectora del régimen temporal del nuevo procedimiento jurisdiccional”).

⁵⁸ Sobre los efectos y requerimientos del principio de confianza legítima conviene recordar la jurisprudencia TJUE: Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961, SNUPAT contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asuntos acumulados C-42/59 y C-49/59, y de 13 de julio de 1965, Lemmerz-Werke GmbH contra Alta Autoridad de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, asunto 111/63.

la efectiva incorporación al ordenamiento nacional, deberá respetarse el efecto directo de la Directiva, en tanto previsión clara e inequívoca. Así, las propias Administraciones no podrán desconocer este efecto directo y las consecuencias limitativas que, sobre la posibilidad de “remunicipalizar”, comporta⁵⁹.

Por último, conviene señalar que lo expuesto podría tener ya alguna eficacia jurídica. Es decir, que no debe esperarse a la existencia de un acto formal de incorporación al ordenamiento nacional o de vencimiento del plazo de trasposición, para aplicar, al menos con valor interpretativo, las previsiones de las Directivas anteriormente expuestas. Desde la doctrina fijada por la STJUE 4 de julio de 2006, *Adeneler* y otros (Asunto C-212/04) resulta incuestionable que la obligación general de interpretación conforme (interpretación del Derecho interno de conformidad con la directiva) nace únicamente a partir de la expiración del plazo de trasposición de ésta. Esto significaría que, con anterioridad al transcurso del plazo de trasposición no rige, en puridad, este principio. Sin embargo, lo cierto es que, como reconoce la propia sentencia *Adeneler*, una Directiva produce efectos jurídicos frente al Estado miembro destinatario a partir de su publicación (no en vano las Directivas despliegan su eficacia desde que entran en vigor). Y así se ha reconocido, por ejemplo, en la Sentencia de 18 de diciembre de 2014, *Generali-Providencia Biztosító* (C-470/13.), apartado 37.

Por supuesto, el principio de seguridad jurídica será un límite, pues la interpretación conforme no puede conducir a una interpretación *contra legem*, pues en este caso ya no estamos ante una mera interpretación sino ante otro escenario diferente de desplazamiento, de forma indebida, de normas válidas⁶⁰. Existe ya “fuerza jurídica” de las nuevas Directivas de contratación pública de la que deriva que, antes del plazo de trasposición de las Directivas sea posible la interpretación conforme a las mismas del marco nacional vigente (como ya ha realizado en el Acuerdo 37/2014, de 30 de junio de 2014, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, o en la Resolución núm. 143/2014 del Tribunal administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, de 10 de septiembre de 2014 al utilizar el concepto de riesgo operacional para delimitar cuando existe una concesión de servicios, y que se regula en la Directiva 23/2014, de conce-

⁵⁹ Con la técnica del efecto jurídico los particulares ven reforzada su esfera jurídica y el Derecho comunitario logra que su efecto útil, es decir, su funcionalidad, no se vea desvirtuada por una eventual inexecución de las Directivas comunitarias por un Estado miembro. Pero no se trata de una cuestión dispositiva. La STJUE de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, ya declaró que *necesariamente se debe interpretar la legislación estatal existente con el referente de la (incumplida) Directiva comunitaria*. Criterio asumido en la STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GMBH*, al afirmar que cuando una norma comunitaria establece previsiones que “son incondicionales y suficientemente precisas para conferir un derecho a favor de un particular que éste puede invocar, en su caso, frente a una entidad adjudicadora como BIG. En estas circunstancias, el órgano jurisdiccional competente debe dejar sin aplicar las normas nacionales que le impiden cumplir la obligación que se desprende de los artículos 1, apartado 1, y 2, apartado 1, letra b), de la Directiva 89/665

⁶⁰ Esta valor interpretativo “anticipado” ha sido admitido por la Abogacía del Estado en su Informe 3/2015, de 27 de enero de 2015. También por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Cataluña en su Informe 19/2014, de 17 de diciembre, sobre *Previsiones con incidencia en materia de PYMES de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la cual se deroga la Directiva 2004/18/CE. Análisis de su aplicabilidad*. Y por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Aragón en Informes 7/2015, 16/2015 0 21/2015.

siones), siempre con el objetivo de no realizar una interpretación que puedan frustrar la finalidad (obviamente futura) de las Directiva y que no se comporte como una interpretación *contra legem*⁶¹.

En definitiva, es necesaria una interpretación del marco normativo nacional vigente conforme a las reglas de las nuevas Directivas de contratación pública a fin de evitar que se pueda frustrar la finalidad (obviamente futura) de las Directiva, siempre, claro, que no se comporte como una interpretación *contra legem*. Solo así se garantiza un efecto útil del Derecho de la Unión europea que es, por supuesto, de obligado conocimiento por cualquier operador jurídico.

REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Procede, a modo de epílogo, presentar una serie de reflexiones conclusivas sobre la cuestión analizada. Es un tema de calado ideológico, pero también económico, que viene a “testar” el modelo de colaboración público-privada. La lógica de los modelos concesionales –de obras y servicios– ha conformado una arquitectura institucional donde la CPP se presenta como elemento relevante para la consecución efectiva de intereses públicos que no pueden ser plenamente cubiertos por la propia Administración.

El modelo de CPP europeo (que no se da solo en la gestión indirecta de servicios publicados) permite determinar unas reflexiones previas:

a) Los CPP tiene ventajas presupuestarias, que los hacen muy interesantes en épocas de crisis y restricciones presupuestarias, donde ciertas infraestructuras serían sino inviables (pero esta opción queda condicionada a que el socio privado tenga acceso de forma sencilla a la financiación en condiciones aceptables)⁶²;

b) El criterio de mayor valor/dinero inherente a estos modelos permite una mayor eficacia-eficiencia en la gestión de los proyectos, con escasas desviaciones o problemas de ejecución, a la vez que por su propio diseño son más adaptables a los cambios derivados en los contratos de larga duración (pero debe garantizarse un adecuado equilibrio de riesgos);

c) Favorecen, a priori, una mejor distribución de los fondos presupuestarios, favoreciendo la solidaridad social, a la vez que promueven la idea de la solidaridad intergeneracional y la “cultura” de que las infraestructuras no son “gratis”.

d) Sin embargo también tienen elevados costes de transacción y ciertos problemas de riesgo moral por entender que el socio privado tiene un aval público ilimitado. Además, pueden plan-

tear incertidumbres contables al tratarse de sistemas de financiación poco transparentes y de difícil fiscalización⁶³.

Este riesgo –junto con visiones ideológicas distintas– es la base que justifica la reasunción de la gestión pública de contratos de naturaleza concesional. Pero para poder optar por una decisión deben tenerse en cuenta las siguientes reflexiones:

Primera: La regulación de la actividad económica en España y Europa, en el contexto de una economía social de mercado, es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras –unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención– de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe coherer con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, la lógica de la mejor satisfacción del interés público.

Segunda: La municipalización es un potestad excepcional (ex artículo 128.2 CE) vinculada a la reserva (publicación) del servicio, que se podrá prestar en régimen de monopolio o mediante gestión indirecta. La declaración de servicio público del artículo 85.1 LRBRL no debe entenderse como asunción de la titularidad de esa actividad sino como competencias que son responsabilidad de la Administración local. En consecuencia, solo pueden “remunicipalizarse” aquellas actividades o servicios de titularidad pública (86.2 LRBRL) que se gestionan de forma indirecta. Esta opción, técnicamente, no es una “remunicipalización”, puesto que la actividad ha continuado siendo de titularidad pública. Así, las actividades efectivamente “despublicadas” (como servicios funerarios, o lonjas, por ejemplo) y en régimen de competencia, necesitaran de norma legal que vuelva a reservar al sector público local dicho servicio. Por otra parte, si la actividad no es un contrato de servicios públicos, sino que su objeto es típico de una relación de servicios, obviamente, tampoco podrá hablarse de remunicipalización sino de no “externalización” o “desexternalización” de esos servicios y de su asunción (si es necesaria su prestación), como competencia propia, por la Administración en cuestión. Y esta opción no podrá utilizarse para “falsear” la competencia, al evitar que una prestación típicamente contractual pueda ser objeto de concurrencia (ni se podrán utilizar de forma indebida la técnica de encargos a medios propios).

Tercera: La “remunicipalización” del servicio se debe justificar en interés público distinto, que invalida de forma sobrevenida

⁶¹ Solo así se garantiza un efecto útil del Derecho de la Unión europea que es, por supuesto, de obligado conocimiento por cualquier operador jurídico. Tesis aplicada por la Audiencia Nacional, en la Sentencia de 25 de febrero de 2015 (recurso 0000463 / 2013) y el Acuerdo del TACPA 60/2015, de 15 de mayo, con la cita de la doctrina *Adeneler*, recuerda la vigencia de las nuevas Directivas y sus consecuencias prácticas.

⁶² Ver la Ley de Andalucía 5/2009, 28 de diciembre que impulsa esta modalidad contractual (en concreto, artículo 22)

⁶³ Resulta de interés la opinión de PATRICIA VALCARCEL “Del peligro que pueden suponer algunos contratos basados en fórmulas de colaboración público-privada en orden a respetar el objetivo de estabilidad presupuestaria”, en www.ocbp.es: “Lo explicado permite afirmar que, en realidad, es ésta una fórmula cuya mayor ventaja radica en que permite fraccionar y diferir el pago de una obra o la puesta en marcha de un servicio. Aunque a corto plazo puede servir para hacer frente a problemas de disponibilidad presupuestaria inmediata, a medio y largo plazo la celebración de estos contratos no evita que surjan obligaciones financieras para el sector público, y, en consecuencia, son contratos que tendrán un impacto sobre la sostenibilidad de las finanzas y la libertad de acción para los gobiernos futuros. Lo cual se intensifica si se tiene en cuenta que hasta hace poco tiempo, en general, el control parlamentario sobre la realización de inversiones a través de estos mecanismos era nula. En conclusión, fórmulas consideradas de CPP como el peaje en la sombra no son la panacea como remedio ante la crisis. Que puedan no consolidar contablemente como deuda de la Administración a resultas de la aplicación del SEC 95, no altera el fondo económico de este tipo de operaciones que previsiblemente generarán un “endeudamiento no financiero” que sí acaba repercutiendo en los presupuestos públicos.” *Ibidem*, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria...”, ob. cit., p. 456.



la causa del negocio contractual originario, y habilita el rescate del mismo para su asunción directa. No existe, técnicamente, esta posibilidad por resolución del contrato (aunque puede producir mismos efectos). Los casos de incumplimiento permiten resolver un contrato, pero no necesariamente “remunicipalizarlo” (y no puede utilizarse en fraude de ley para evitar el pago indemnizatorio).

No puede desconocerse que estamos ante un proceso de progresiva eliminación de actividades sujetas a la prestación en régimen de monopolio y este proceso ha sido impulsado por las autoridades de competencia con base en los principios europeos sobre regulación de actividades económicas. Por ello, en los procesos de municipalización se exige ahora la intervención de la autoridad de competencia como requisito previo a la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades previstas en el artículo 86.2 de la LBRL.

Cuarta: El nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación pública contiene una nueva y “novedosa” Directiva de “concesiones” (Directiva 2014/23) que es, sin duda, una de las grandes novedades, especialmente por lo que supone de ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales (así como de depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos. Con esta norma se pretende incrementar la seguridad jurídica ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores contarán con unas disposiciones precisas que incorporen los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos dispondrán de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación.

En este marco de preservar la seguridad jurídica y favorecer inversiones del sector privado, y claramente vinculado al concepto de riesgo operacional, juega un importante papel el cumplimiento de los plazos, así como la técnica frente a extinciones anticipadas no causadas por el concesionario, de la responsabi-

lidad patrimonial administrativa (RPA), que se comporta como un elemento de seguridad importante, que funciona como “efecto llamada en los inversionistas” al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto pues se diluiría el elemento del riesgo operacional. Así,

Quinta: La técnica de remunicipalización tiene importantes límites derivados del derecho europeo. Un principio clave en el Derecho europeo, que condiciona en gran medida cualquier decisión económica de una Administración Pública es el establecimiento presupuestaria (idea de estabilidad presupuestaria ha estado ligada pues desde el origen a la moneda única y a un sistema monetario europeo estructuralmente inestable). Regla que se ha consagrado en el artículo 135 CE y que presenta una vocación de *golden rule*, una regla de oro de aplicación preferente. Así, el escenario de gestión privada de actividades de titularidad pública (lo será siempre mediante regulación contractual), no resulta ya desde la mera opción de decisión política, fácilmente reversible, pues la pertenencia del Estado español a la Unión Europea tiene importantes repercusiones en el concreto diseño y reconfiguración de los contornos y principios de la intervención pública en la economía en cuanto supone una unificación (o al menos armonización) supranacional de los escenarios y técnicas de intervención administrativa. Desde la lógica de estos principios, los procesos de rescate presentan importantes problemas de encaje con las previsiones de legales disciplina financiera y presupuestaria dentro de las cuales se mueven nuestras Administraciones Locales.

Sexta: No puede desconocerse que en este ámbito europeo se ha fomentado la “visión” de política económica que pone en valor la cooperación público-privada (no siempre con fines lucrativos), al considerarse que es la que favorece una mejor consolidación del modelo y de los estándares sociales asocia-



do al mismo (Cdo 3 de la Directiva 2014/23). La colaboración público-privada se refiere, en general, “a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio. Los fundamentos de este impulso por parte de las instituciones comunitarias a la colaboración pública privada se pueden resumir en: a) las restricciones presupuestarias derivadas del modelo de estabilidad diseñado en Europa, b) consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador.

Séptima: Las Directivas de contratación pública no imponen un modelo de privatización de los servicios públicos. Es posible la gestión directa de servicios. La reasunción de la gestión del servicio puede realizarse extinguido el plazo de explotación de la “concesión” (es, en definitiva, una decisión organizativa, competencia de los Estados).

Pero si se opta por una concesión, debe advertirse que los contratos que se celebren se encuentran ahora sometidos plenamente a una regulación europea, cuyos principios se extienden a todas las fases de ejecución del contrato (de la concesión, en nuestro caso), que incluye la resolución de contratos (artículo 30 de la Directiva 2014/23). Y allí existe un límite relativo a la resolución del contrato que será un elemento de control (artículo 44). De este precepto se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador. Prima la idea de seguridad jurídica y de respeto al principio *pacta sunt servanda*. Y ello porque la relación jurídica concesional no puede interpretarse desde la lógica de la prerrogativa del interés público. La potestad de resolver anticipadamente, al igual que sucede con el *ius variandi*, queda constreñido al respeto de ciertas reglas y se

escapa de la posibilidad de resolver anticipadamente por motivos de oportunidad o discrecionales del contrato.

Octava: En este contexto de “equilibrio relacional” en las concesiones, la posibilidad de rescate, como opción discrecional de carácter unilateral inherente al contrato que previene la ley nacional, puede ser “desplazada” (o ya lo está, pues es una norma que despliega ya efectos interpretativos) por la Directiva de concesiones de 2014. Cumplido el plazo de transposición las disposiciones de la Directiva de concesiones (junto con la Directiva de contratación pública), el 18 de abril de 2016 estas Directivas tendrán efecto directo en aquellos aspectos que la regulación sea clara, precisa e incondicionada.

Y la resolución de concesiones es un claro ejemplo, que limita la posibilidad de extinguir un contrato por rescate, pues parece establecer un número cerrado de causas de resolución. El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse con forme a lo dispuesto por la Directiva de concesiones de 2014 y los principios europeos de contratación pública (junto con el de confianza legítima, que obliga, como regla general, a estar a lo pactado).

Novena: La decisión de rescatar podrá ser controlada por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016, se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones. Y al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este caso, de resolución). Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial– el Tribunal administrativo po-

drá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

Décima: La posibilidad de rescatar debe resituarse desde la lógica del ejercicio de una potestad expropiatoria, y no ya de un poder contractual. Así, cumpliendo los requisitos de la normativa expropiatoria, y siempre previo pago de indemnización completa, podrá recuperarse anticipadamente la gestión directa (que deberá cumplir las reglas de vinculación a la causa, pues de lo contrario entrará en funcionamiento el instituto de la reversión expropiatoria). Indemnización que deberá los conceptos de compensación industrial y compensación de amortización y de pérdida de fondo de comercio.

En la decisión de reasumir la gestión directa en la prestación del servicio, en tanto *causa expropiandi*, deberá motivarse las ventajas sociales y económicas de la misma, pues es una “solución” muy singular que puede ir en contra del principio de confianza legítima, por una parte, pero por otra, y más importante, del principio de eficiencia y del de estabilidad presupuestaria (y no lo será nunca el fin de “estabilizar” a la plantilla laboral de esas empresas, pues tal objetivo resulta ajeno a la eficiencia como causa válida de la operación de “reasunción” de la gestión).

En el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 2008 denominado *Recomendaciones a las Administraciones Públi-*

cas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia se establecen las pautas para la elaboración de las memorias de competencia mediante un análisis en tres pasos en el que se evaluará (i) si la medida introduce algún tipo de restricción a la competencia (ii) su necesidad y proporcionalidad, donde se evalúa si la restricción es imprescindible para los objetivos que se pretenden y si los mismos tienen un impacto sobre el bienestar social proporcional a la restricción que se introduce y por último (iii) la mínima restricción, consistente en justificar por qué se considera que no existen otras alternativas menos gravosas para el funcionamiento del mercado⁶⁴. ❖

⁶⁴ Un ejemplo de tales consideraciones lo encontramos informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía nº 1 02/10, *Informe sobre la prestación del servicio de abastecimiento de agua en el municipio de Vejer de la Frontera* (Cádiz), mediante gestión directa y efectiva ejecución en régimen de monopolio. Para la Agencia de Defensa de la Competencia, la falta de argumentos sobre los beneficios de la reserva de actividad de mediante monopolio, impidió a la Agencia pronunciarse sobre la misma. http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Informe_I_02-10_VEJER_2.pdf [último acceso: noviembre de 2014]. Decisión y motivación que podrá ser recurrida tanto por el Estado como por la CNMC, a tenor de lo previsto en el artículo 5.4. de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, a cuyo tenor: “en cumplimiento de sus funciones, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados”.

LA ADMINISTRACIÓN AL SERVICIO DE LA JUSTICIA SOCIAL

EVA M.^a MENÉNDEZ SEBASTIÁN

ISBN: 978-84-9890-301-0, 217 páginas, 25,00 € IVA incluido

Ya en 1944 la importantísima Declaración de Filadelfia proclamó que un país no puede ser sostenible sin justicia social. Y ese es el objetivo principal de este trabajo, abordado desde el prisma de la disciplina del Derecho Administrativo.

De este modo, se analiza cómo el Derecho Administrativo y la Administración pueden contribuir a la justicia social. Partiendo para ello de que la misma puede realizarse precisamente a través de la realización del Estado Social y todo lo que el mismo implica. Así como la indelible vinculación entre Justicia y Derecho.

Precisamente el eje sobre el que pivota la justicia social es la igualdad material. A este respecto el art. 9.2 de la CE dirige un mandato claro a todos los poderes públicos, cual es el de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social.

En este contexto y en cumplimiento de ese mandato constitucional que impone a los poderes públicos actuar en pro de la igualdad material, la Administración tiene un papel primordial, pues ésta en cuanto parte del aparato estatal principalmente responsable de la acción interior del Estado, lo será también de la realización de los objetivos propios del Estado Social. Y todo ello sin olvidar que la Administración ha de perseguir siempre el interés general y con base en el principio de eficacia, en conclusión, ha de perseguir del modo más eficaz posible la realización efectiva del Estado Social y, a través del mismo, de la justicia social.

A este fin se analiza en esta obra cómo a través de las actividades clásicas de la Administración se puede contribuir en mayor o menor medida a la consecución de ese objetivo, cómo la elección de un modelo u otro puede repercutir de forma considerable en la efectividad de los derechos sociales y cómo ha evolucionado dicha intervención en la sociedad.



Para más información  www.iustel.com