

# EL NUEVO MODELO CONCESIONAL: HACIA EL NECESARIO EQUILIBRIO ENTRE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO.

## LAS NOVEDADES DE LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO\*

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU \*\*

### I. INTRODUCCIÓN: LA IDEOLOGÍA Y SUS LÍMITES EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS. LA COLABORACIÓN PÚBLICO PRIVADA COMO INSTRUMENTO DE SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL

Este estudio pretende dar contexto y límites a las reglas de la colaboración público-privada en España, desde la perspectiva de respeto tanto a las competencias públicas, como a los principios de seguridad jurídica y de certeza (que implica la previsibilidad de las decisiones), en un momento donde existen postulados sobre los modos e intensidad de gestión de “servicios públicos” y donde se están adoptando medidas de “preferencia” a favor de ciertas formas de prestación<sup>1</sup>. Desde esta perspectiva, como ar-

gumento principal sobre el que pivota la argumentación de este Estudio, conviene realizar una serie de reflexiones de alcance general para contextualizar de forma correcta el debate jurídico y las conclusiones que se expondrán.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el interés público se satisface tanto por los poderes públicos como por la iniciativa privada, lo que sugiere nuevos retos para la gestión de la contratación pública, utilizada como principal herramienta para la implementación de las necesarias políticas públicas, que aconseja una reflexión sobre las formas de gestión de los servicios públicos y actividades de interés general y su encuadre en la lógica del estado de Bienestar.

Obviamente, el debate jurídico-técnico exige alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa o mediante su “encargo” a entidades del ter-

\* Este estudio se enmarca en el Proyecto de investigación concedido por Ministerio de Economía y Competitividad titulado “La nueva regulación de la contratación pública: Hacia un nuevo sistema de gobernanza pública y de actuación de los poderes públicos” DER2015-67102-C2-1-P, cuyo IP es el autor. El mismo será objeto de publicación por la Revista Documentación Administrativa.

\*\* Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza.

<sup>1</sup> Sobre estas ideas generales me remito a las ideas defendidas en el libro colectivo F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO FELIU, G. QUINTEROS y P. SALA, *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*. Profit. Barcelona, 2017. Por otra parte, hay que recordar que la certeza jurídica, como valor a proteger por el ordenamiento

jurídico, exige que las decisiones sean predecibles y que no estén al “capricho” ideológico. Sobre esta idea vid. G. GOMETZ, *La certeza jurídica como previsibilidad*, 2012 Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales.



cer sector sin ánimo de lucro<sup>2</sup>. Habrá de analizarse supuesto a supuesto<sup>3</sup>. Sin olvidar, como se ha señalado, con acierto, que la ideología puede tener su papel en la Política (politics), pero no lo tiene en la política pública concreta (policy) si no supone el correcto ejercicio de la discrecionalidad técnica de gestión<sup>4</sup>.

Como ya se ha explicado por la doctrina, las principales características de la reformulación del papel del Estado en la economía (que afecta a los fundamentos y las categorías dogmáticas del derecho administrativo), se caracteriza por la general apertura a

<sup>2</sup> Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos Derecho Local* núm. 43, 2017, pp. 50-71; *ibidem*, “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *Revista el Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núms. 58/59, 2016, pp. 50-71.

<sup>3</sup> Como bien explica J. ESTEVE PARDO, las experiencias europeas ofrecen conclusiones distintas en función de si estamos en Países del sur o del norte de Europa. En estos últimos, por situación económica y tamaño de los entes locales, la opción de gestión directa ha funcionado correctamente. “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *RAP* núm. 202, 2017, pp. 307-310.

<sup>4</sup> Vid. J. PONCE, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 40, febrero de 2016, p. 96.

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<sup>5</sup>.

Y, desde esa perspectiva, 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 coherente con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés pú-

<sup>5</sup> “El mismo enfoque de los juristas está, tímida pero progresivamente cambiando, con el abandono de una visión que tiende a describir derecho y economía como dos mundos comunicados (...) Se trata de combatir las patologías del comportamiento burocrático para restaurar la necesaria relación entre sistema económico y aparato administrativo. Se han preparado las bases para una cuidadosa reflexión que permita entender, no sólo las antinomias, sino más bien las interacciones entre derecho y economía, con el fin de entender cómo limitar las incertidumbres que la dinámica jurídica y la económica son capaces de causar de forma conjunta”. A. PAJNO. “La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione”. *Atti LXI. Convegno Varenna*, en G. DELLA TORRE (coord.) *La nuova disciplina dei contratti pubblici tra esigenze di semplificazione, rilancio dell’economia e contrasto alla corruzione*, Editorial Giuffrè Editore, Milano, 2016, pp.29-75.



blico. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad<sup>6</sup>, que ponga atención en la prestación regular, continua y neutra y no tanto en quien lo presta (que es, en esencia, el significado de la doctrina clásica del servicio público)<sup>7</sup>.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 84/2015, de 30 de abril, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, interpuesto por más de cincuenta senadores del Grupo Parlamentario Socialista del Senado, en relación con los arts. 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, tiene interesantes reflexiones sobre esta cuestión relativa a quien presta un servicio público, al analizar si fórmulas de gestión indirecta en el ámbito de la sanidad pública vulneran el artículo 41 de la Constitución. El TC recuerda (dato muy importante), que el carácter público del sistema de Seguridad Social no queda cuestionado por la incidencia en él de fórmulas de gestión o responsabilidad privadas, de importancia relativa en el conjunto de la acción protectora de aquélla y que la apertura a fórmulas de gestión o responsabilidad privadas queda en todo caso condicionada a la preponderancia de los elementos definitorios del carácter público del sistema de Seguridad Social. Y, sobre el fondo planteado, concluye afirmando que la opción es constitucional si “La posible apertura a formas de gestión y responsabilidad privada se lleva a cabo preservando en todo caso la titularidad pública del servicio, refiriéndose la norma únicamente a un supuesto de externalización de la gestión del servicio público en determinados hospitales dependientes del Servicio Madrileño de Salud. En este precepto, el legislador autonómico no ha optado siquiera por la vinculación de centros privados a la red pública en virtud de los correspondientes convenios o concertos (arts. 67 y 90 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, general de sanidad), y se ha limitado a hacer uso de las posibilidades abiertas por la legislación estatal”.

El TC recuerda que “con independencia de la valoración que contemplada desde la perspectiva del juicio de eficacia pueda merecer la fórmula organizativa de prestación de los servicios sanitarios controvertida, no puede decirse que, por sí sola y con el alcance definido por la Ley autonómica recurrida, ponga en riesgo la reconocibilidad de la institución, aquí el régimen público de Seguridad Social. La definición de las prestaciones a las que tienen derecho los ciudadanos queda en manos, en todo caso, de los poderes públicos, no habiéndose producido un traslado de esta potestad a quienes asuman la gestión -y solo la gestión- del servicio público de la sanidad; la financiación se lleva a cabo asimismo mediante fondos públicos, sin que las singularidades a las que pueda dar lugar aquí la preservación del equilibrio financiero



del adjudicatario alcancen tal grado de intensidad que hagan inconstitucional el modelo de gestión establecido; y, finalmente, el art. 62.1 in fine alude expresamente a la garantía de —los adecuados niveles de calidad, atención y derechos de los usuarios—. No se aprecia, por tanto, que la previsión recurrida ponga en cuestión los rasgos estructurales de la institución Seguridad Social ni que se desnaturalice su esencia.” Y no existe, de forma acreditada, quiebra del principio de igualdad en función de que la prestación se realice mediante gestión directa o mediante gestión indirecta (fundamento 7)<sup>8</sup>.

Asimismo, la Unión Europea, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias

<sup>6</sup> J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39. *Ibidem*, *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015.

<sup>7</sup> Como es sabido, la Escuela de Burdeos, a través de L. DUGUIT y G. JEZE, se encargó de desarrollar el concepto de servicio público aparecido en la jurisprudencia, y cuyo pensamiento, basado en la idea de solidaridad social, señala que el fin de la Administración pública es, en principio, preservar la prestación de servicios públicos con carácter regular y continuo. Un interesante trabajo sobre los orígenes del concepto de servicio público es el realizado por P. JOURDAN, “La formation du concept de service public”, *Revue Droit Public* núm. 1 de 1987, pp. 89 y ss. J. ESTEVE PARDO, considera que en los servicios de carácter administrativo parece conveniente una gestión directa, en tanto que en gestión de servicios económicos con complejidad técnica parece más conveniente la gestión indirecta en colaboración con el sector privado. “Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios”, *ob. cit.*, p. 336.

<sup>8</sup> Esto significa que la figura de una concesión de obra pública para construir un hospital de la red pública, como fórmula de financiación, no supone una forma de privatización del servicio. Opinión expresada en el voto particular del Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón en el Acuerdo 30/2015, de 3 de marzo, al explicar el porque debería haberse entrado en el fondo del recurso: “al margen de anomalías desde la perspectiva de participación en la tramitación del procedimiento, su configuración —en lo que consideran de forma errónea como una “privatización de servicios sanitarios”, pues el objeto del contrato no es sino una obra pública (con sistema de financiación por explotación)— tendrá consecuencias presupuestarias que, desde la lógica jurídico-política, de forma razonable, pretenderían evitar. Los motivos, por lo demás, no parecen espurios, ni una estrategia de mera contienda político-ideológica (nada impide, y creo que es lo que aquí sucede, que una pretensión política se defienda desde la perspectiva estrictamente legal, y merezca y requiera la necesaria respuesta jurídica).”.





públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de colaboración público-privada para preservar el interés público<sup>9</sup>. Se constata, de forma evidente, la opción europea por la colaboración público-privada como elemento que permita vertebración social e impulso a un mejor crecimiento económico (muy especialmente en sectores sensibles). Asimismo, la regulación europea, como se verá, tiene importantes consecuencias jurídicas, no solo derivadas del proceso de uniformización jurídica<sup>10</sup>, sino también del hecho de ser una cuestión que, por su relación con el mercado

<sup>9</sup> Sobre los orígenes, fundamentos y modalidades de la colaboración público-privada en la contratación pública pueden referirse los siguientes estudios doctrinales: M.T. BRUNETE DE LA LLAVE “Colaboración público-privada”, *Observatorio de Contratos Públicos*, Ed. Civitas (Navarra) 2011, y su monografía “Los contratos de CPP en la LCSF, *La Ley*, 2009; B. NOGUERA DE LA MUELA, B. “La colaboración público-privada en las obras hidráulicas”, en libro col. *Tributos, aguas e infraestructuras*, ed. Atelier, Barcelona, 2012, pp. 223 a 252; M.A. BERNAL BLAY *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011, M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012 y A. PALOMAR OLMEDA, *Colaboración público-privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

<sup>10</sup> 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”, CEPC, Madrid, 2016, vol. I, pp. 279-299.

interior, no es indiferente para las instituciones europeas<sup>11</sup>. Aunque es cierto que no se impone un modelo de “privatización” de gestión, el ordenamiento europeo sí que se posiciona por el respeto a las reglas del derecho de la competencia. Es decir, en la prestación de actividades económicas tiene un papel relevante el principio de competencia (practicable) en el mercado con el objetivo de, mediante una adecuada tensión competitiva, conseguir mejor eficiencia y calidad de los resultados de las distintas actividades económicas.

En todo caso, más allá del alcance político y económico del debate instaurado sobre la prestación de actividades de interés público y de servicios esenciales, 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 posibles condicionantes derivados del derecho europeo y sus principios reguladores<sup>12</sup>, así como de la sostenibilidad financiera de los servicios y actividades públicas, tal y como ha puesto de relieve un importante sector de la doctrina<sup>13</sup>. Y no solo esto, sino analizar también las causas que justifican la necesidad de revisar el modelo de colaboración público-privada y que, en muchas ocasiones están relacionadas con un incorrecto control por parte de la Administración de los contratos existentes y con la redacción de pliegos muy “formales”, que no han puesto atención en la correcta ejecución del contrato ni en cierta “sensibilidad” social de los mismos<sup>14</sup>.

## II. LAS NOVEDADES EN LA REGULACIÓN DE LAS CONCESIONES EN LA LEY 9/2017, DE CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO Y SUS EFECTOS PRÁCTICOS: RESCATE DE CONCESIONES Y SOCIEDAD DE ECONOMÍA MIXTA

En relación a las novedades sobre el modelo concesional en la nueva legislación contractual<sup>15</sup>, al margen de lo que

<sup>11</sup> Así, en los servicios públicos de transporte existe ya regulación específica [Reglamento (CE) n.º 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.º 1191/69 y (CEE) n.º 1107/70 del Consejo].

<sup>12</sup> 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 (QDL)*, núm. 31, febrero de 2013, pp. 70-80.

<sup>13</sup> Vid. en este sentido, T.R. FERNÁNDEZ, “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestión”, *RAP* núm. 200, 2016, pp. 439-450.

<sup>14</sup> Como señala F. FRACHIA, ante los casos de “egoísmo del mercado”, lo que las Administraciones deben hacer es introducir obligaciones de servicio público. “Público y privado en la gestión de los servicios públicos locales: entre externalización y municipalización”, en libro col. *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017, pp. 94-95. Este autor nos recuerda como en el dilema ente gestión pública y externalización el Consejo de Estado italiano (Dictamen 1075/2016, de 6 de abril) en la elección de la modalidad de gestión del servicio se decanta a favor del mercado.

<sup>15</sup> Me remito a los siguientes trabajos publicados en el libro colectivo estudio Sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público, Aranzadi, Cizur Menor, 2018: P. VALCARCEL, “La delimitación de los tipos contractuales”, pp. 431-451, F. HERNÁNDEZ, “Delimitación de los contratos públicos de servicios y de concesión de servicios”, pp. 477-516, X. LAZO, “El riesgo operacional como elemento delimitador de los contratos de concesión”, pp. 517-545, J. TORNOS,

se apunta en el resto de las colaboraciones de esta Revista, querría llamar la atención sobre dos aspectos concretos: el rescate de concesiones y la regulación de la sociedad de economía mixta.

### A) Seguridad jurídica y rescate de concesiones

En trabajos anteriores he explicado que la Directiva de concesiones de 2014 regula la ejecución de la concesión y, también las formas de terminación. Sin que exista incumplimiento, la concesión solo puede resolverse anticipadamente en los supuestos que de forma taxativa fija el artículo 44 de la Directiva 2014/23 de concesiones, donde no figura la posibilidad de rescate (que no hay que confundir con los supuestos de resolución por incumplimiento)<sup>16</sup>. Esta limitación a la posibilidad se fundamenta en la idea de la 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*<sup>17</sup>. El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. En este sentido resulta de interés la STJUE de 7 de Septiembre de 2016, Frogne, al afirmar que: “el artículo 2 de la Directiva 2004/18 debe interpretarse en el sentido de que, con posterioridad a la adjudicación de un contrato público, no es posible introducir en él una modificación sustancial sin abrir un nuevo procedimiento de adjudicación del contrato, ni siquiera en el supuesto de que esa modificación constituya, objetivamente, una solución de compromiso que implique renunciaciones recíprocas de ambas partes y pretenda poner fin a un conflicto de resultado incierto, nacido de las dificultades que la ejecución del contrato plantea. Sólo cabría una conclusión diferente en el caso de que la documentación de dicho contrato estableciera la facultad de adaptar determinadas condiciones del mismo, incluso importantes, con posterioridad a su adjudicación y determinara el modo de aplicar esa facultad”<sup>18</sup>.

<sup>16</sup> “El contrato de concesión de servicios”, pp. 1447-1484 y J. LAVILLA, “Régimen jurídico de la concesión de obras”, pp. 1415-1445. También al trabajo de A. HUERGO LORA, “El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público”, *Documentación Administrativa* núm. 4, nueva época, pp. 31-51.

<sup>17</sup> Vid. J.M. GIMENO FELIU, “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *Revista El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núms. 58/59, 2016, pp. 50-71 (*ibidem*, “La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo”, *Cuadernos de Derecho Local* núm. 43, 2017). Opinión que comparte el profesor J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núms. 58-59, 2016, p. 49. Sobre esta cuestión es de especial interés el libro *Servicios Públicos e ideología. El interés público en juego* (F. CAAMAÑO, J.M. GIMENO, P. SALA y G. QUINTEROS), Profit, 2017, pp. 87-90. Un comentario general sobre la trascendencia de la Directiva 2014/23/UE se encuentra en P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General”, en el libro colectivo, *Servicios de Interés General, colaboración público-privada y sectores específicos*, Giappichelli, Turín, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 77 y ss.

<sup>18</sup> Sobre el régimen de la modificación contractual y su fundamento pueden consultarse, por todos, J. VÁZQUEZ MATILLA, *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, y el estudio de I. GALLEGO CÓRCOLES, “La modificación de los contratos en la cuarta generación de directivas sobre contratación pública”, en AA. VV., *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico Especial (2015), *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 107-167. También. J.M. GIMENO FELIU, “Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, 2016, Cizur Menor, pp. 31-138.

<sup>19</sup> El Tribunal considera que es indiferente que la modificación se deba más a la voluntad de superar un conflicto que a la de renegociar las condiciones de

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. Y ello tiene su impacto sobre el privilegio del rescate en las concesiones, tan tradicional en la legislación de contratación administrativa en España, que no puede ser admitido como una potestad unilateral justificada en la mera oportunidad (o cambio ideológico)<sup>19</sup>.

Pero el rescate, como tal, no es que desaparezca como opción de los poderes públicos. Su utilización, dogmáticamente, será ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y los principios de esta potestad<sup>20</sup>. Es decir, deberá existir *causa expropriandi* y aplicarse el procedimiento ordinario expropiatorio<sup>21</sup>. Y un rescate, como “expropiación” del título habilitante, exigirá siempre compensación económica (justiprecio) que deberá abonarse con carácter general previamente<sup>22</sup>.

Sin embargo, el legislador español, al regular las **prerrogativas de los contratos de concesión de obras y de servicio, ha optado por mantener la técnica del rescate** como privilegio unilateral de resolución anticipada (que no debe confundirse, insistimos, con supuestos de resolución por incumplimiento o concurso de la empresa concesionaria, como es lo acontecido con las radiales de Madrid y la reversión anticipada de las infraestructuras, con la preceptiva RPA incluida en esas concesiones, al entrar en concurso la sociedad concesionaria<sup>23</sup>), si bien se exige que exista interés público y que se acredite que dicha gestión

la contratación. E insiste en la necesidad de respetar los principios de igualdad de trato y la obligación de transparencia.

<sup>19</sup> Sobre el tratamiento jurisprudencial en España de este privilegio del rescate puede consultarse el interesante estudio de R. FERNÁNDEZ VALVERDE, “El rescate de las concesiones de los servicios públicos. Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Documentación Administrativa* núm. 4, nueva época, pp. 71-91.

<sup>20</sup> Tesis ya defendida (como recuerda F. ALBI en *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960, p. 660) 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. También J. MESTRE DELGADO identifica el rescate con una medida típicamente expropiatoria, en *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, 199, p. 291; y J. PONCE, en “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *ob. cit.*, pp. 76-77. Criterio admitido también por J.M. MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, “La remunicipalización de servicios”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Mayo, 2017, Ref. 1195/2017, pp. 1195 y ss.

<sup>21</sup> Sirva de ejemplo la Legislación de Puertos (Real Decreto Legislativo 2/2011, de 5 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante), donde al prever el rescate de las concesiones (de dominio público) se regula tal posibilidad no como prerrogativa sino como procedimiento ablativo (artículo 99).

<sup>22</sup> Las concesiones suponen un derecho, pero la sola posibilidad de que puedan ser recuperadas por la Administración y de que sean de duración necesariamente limitada, les confiere una caracterización diferente, y, por eso mismo es comprensible que la explicación del interés público en orden a su expropiación tendrá una argumentación que necesariamente partirá de ese hecho diferencial, pues es un derecho que tiene un contenido económico y que forma parte del patrimonio subjetivo del concesionario.

<sup>23</sup> Sobre la RPA, puede consultarse el trabajo de R. FERNÁNDEZ ACEVEDO, “En torno a la controvertida compatibilidad del concepto de concesión con la responsabilidad patrimonial de la Administración en caso de resolución”, en *Ius Publicum. Network Review Issue* n. 2, 2017, pp. 1-38 ([www.ius-publicum.com](http://www.ius-publicum.com)). Sobre su incidencia en la construcción de carreteras, resulta de interés el estudio de P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Las infraestructuras del transporte terrestre (I): Las carreteras”, para el Libro *Régimen jurídico de los transportes terrestres*, (Dir. Prof. Pablo Menéndez García), Aranzadi Thomson- Reuters (Colección Grandes Tratados Aranzadi), Cizur Menor (Navarra), 2014, págs. 999 y ss.



directa es más eficaz y eficiente que la concesional (artículos 279 c) y 294 c) LCSP/2017, según sea concesión de obras o concesión de servicios).

Estas nuevas exigencias suponen, en primer lugar, que no basta la oportunidad política para ejercer esta prerrogativa. La posibilidad legal de iniciar un procedimiento de rescate (como toda expropiación de derechos) debería, justificar el fin público de un mejor cumplimiento de la prestación y, a su vez, valorar 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 se ha explicado ya, los presupuestarios, desde la lógica de la contabilidad nacional y de estabilidad exigidas por la nueva normativa local). Y en este punto la discrecionalidad –que no oportunidad, insistimos– exige, como ya se advertiera hace tiempo, una de-

tallada justificación de los motivos “expropiatorios”, así como de sus consecuencias. Dato de gran interés, pues los contratos de concesión de servicios públicos o gestión de infraestructuras 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 la posible obligación de subrogación del personal– pueden hacer inviable financieramente tal operación. Desde esta perspectiva, la regulación vigente viene, de facto, a eliminar la posibilidad práctica de rescate pues muy difícilmente se podrá justificar una mejor eficiencia con esta decisión. Y lo mismo sucederá con la eficacia, pues no es fácil imaginar la argumentación de una mejor eficacia cuando la concesión se está gestionando eficazmente y sin incidentes.





Esto significa que utilizar unilateralmente el rescate como prerrogativa contractual ya no es posible con la regulación europea, ni con la regulación de la LCSP, de tal forma que, de no cumplirse las reglas exigidas, estaríamos ante un supuesto típico de vía de hecho<sup>24</sup>. Y podrán utilizarse los remedios jurídicos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico ante esa posibilidad. Por ello, en los actos susceptibles de recurso especial se ha incluido el rescate de concesiones. Y ello porque, como se ha explicado en la sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 5 de abril de 2017, Marina del Mediterráneo SL y otros contra Agencia Pública de Puertos de Andalucía), las Directivas “recursos” han optado por un criterio amplio de “decisión” a efectos del ámbito material del recurso.

### B) La nueva regulación de la sociedad de economía mixta

Hasta la reforma de la legislación de contratación pública efectuada por la Ley 57/2003, 16 de diciembre, la regulación de las sociedades de economía mixta se había hecho en sede de régimen local. Fue, como se recordará, la referida Ley de medidas de modernización del gobierno local la que trasladó la enumeración de las modalidades de gestión indirecta de los servicios públicos a la legislación de contratos públicos, para completar la regulación del contrato de gestión de servicios públicos. Hasta entonces toda la preocupación sobre la licitación concerniente a la constitución de una sociedad de economía mixta se había regulado a través del artículo 104.1 del Real Decreto Legislativo 781/1986, de disposiciones legales vigentes de régimen local, con el que continuó conviviendo: “En todo caso, deberá determinarse si la participación de los particulares ha de obtenerse únicamente por suscripción de acciones, participaciones o aportaciones de la empresa que se constituya o previo concurso en que los concursantes formulen propuestas respecto a la cooperación municipal y a la particular en la futura Sociedad, fijando el modo de constituir el capital social y la participación que se reserve la Entidad local en la dirección de la Sociedad y en sus posibles beneficios o pérdidas y demás particulares que figuren en la convocatoria”.

Tras la Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones y que queda introducido, por tanto, en el campo de la colaboración público-privada institucionalizada (2008/C 91/02), y la STJUE de 15 de octubre de 2009, en el asunto C-196/08, Acoset SpA contra Conferenza Sindaci e Presidenza Prov. Reg. ATO Idrico Ragusa y otros, el Estado español regula esta figura en la Disposición Adicional trigésima quinta de la Ley 30/2007, de Contratos de del Sector Público, añadida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. En su literalidad decía:

*“Los contratos públicos y concesiones podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra capital público y privado, siempre que la elección del socio privado*

<sup>24</sup> La vía de hecho o actuación administrativa no respaldada en forma legal por el procedimiento administrativo legitimador de la actuación, se produce, no sólo cuando no existe acto administrativo de cobertura o éste es radicalmente nulo, sino también cuando el acto no alcanza a cubrir la actuación desproporcionada de la Administración, excedida de los límites que el acto permite (STS 22 de septiembre de 2003). Y esto es lo que sucede con un rescate como opción de resolución unilateral no prevista en el Derecho europeo vigente y directamente aplicable.



*se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado”.*

El ya derogado Texto Refundido de Ley de Contratos del Sector Público de 2011, incluía en su artículo 277 la definición de sociedad de economía mixta de la Ley de Bases de Régimen Local, y en su DA 29.<sup>a</sup> la previsión de fórmulas institucionales de colaboración entre el sector público y el sector privado, conservando el texto de su predecesora, y añadiendo un segundo apartado relativo a las formas de financiación, donde se lee:

*“2. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato público previstas en esta disposición adicional podrán:*

*a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.*

*b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores”.*

Esta técnica se mantiene en la Ley 9/2017. La exposición de motivos de la Ley 9/2017, advierte que se mantiene la fórmula de adjudicación directa de contratos a una sociedad de economía mixta, especifica que ello se hace “siguiendo el criterio recogido por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la Sentencia 196/08 en el caso ACOSSET, y en la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea relativa a la aplicación del derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada de 5 de febrero de 2008”. Y su regulación se incluye –quizá con mala ubicación sistemática–, en la DISPOSICIÓN ADICIONAL VIGÉSIMA SE-

GUNDA LCSP, que lleva por rubrica Adjudicación de contratos de concesión de obras y de concesión de servicios a sociedades de economía mixta. El precepto regula así:

*“1. Las concesiones de obras y de servicios podrán adjudicarse directamente a una sociedad de economía mixta en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado.*

*La modificación de los contratos de concesión de obras o de concesión de servicios que se adjudiquen directamente según lo establecido en el párrafo anterior, únicamente se podrá realizar de conformidad con lo establecido en la Subsección 4ª de la Sección 3ª del Capítulo I del Título I del Libro Segundo, relativa a la modificación de los contratos.*

*2. En el caso en que la sociedad de economía mixta pretendiera acceder como concesionaria a otros contratos distintos de los referidos en el apartado 1 anterior, deberá concurrir al correspondiente procedimiento de licitación de conformidad con lo establecido en la presente Ley.*

*3. Sin perjuicio de la posibilidad de utilizar medios de financiación tales como emisión de obligaciones, empréstitos o créditos participativos, las sociedades de economía mixta constituidas para la ejecución de un contrato de concesión de obras o de concesión de servicios, podrán:*

*a) Acudir a ampliaciones de capital, siempre que la nueva estructura del mismo no modifique las condiciones esenciales de la adjudicación salvo que hubiera estado prevista en el contrato.*

*b) Titulizar los derechos de cobro que ostenten frente a la entidad adjudicadora del contrato cuya ejecución se le encomiende, previa autorización del órgano de contratación, cumpliendo los requisitos previstos en la normativa sobre mercado de valores.*

Además, en el artículo 28.3 LCSP 2017 se indica que *“De acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia establecidos en este artículo, las entidades del sector público podrán, previo cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, celebrar contratos derivados de proyectos promovidos por la iniciativa privada, en particular con respecto a los contratos de concesión de obras y concesión de servicios, incluidos en su modalidad de sociedad de economía mixta”*.

La nueva regulación plantea novedades. Una primera es el interrogante de si la LCSP abandona la exigencia de que el capital público de la sociedad de economía mixta provenga de una Administración pública. La redacción literal es clara: capital público (y no persona jurídico pública), y tiene lógica pues esta fórmula puede ser utilizada por poderes adjudicadores no Administración pública (el CPPI como concesión de servicios se aleja de los condicionantes del derogado contrato gestión de servicios públicos). No hay novedad en la LCSP acerca de qué sujetos pueden ser contratados con la síntesis procedimental prevista en su DA 22: siguen identificándose como “sociedades”

de economía mixta, esto es, entes de personalidad jurídica propia y privada bajo fórmula societaria, que se cualifican, como hemos visto, por la composición híbrida de su capital. Y tiene su lógica pues se “seleccionan socios” para configurar esa CPPI. Y encaja con la necesidad de que en las concesiones se constituya una sociedad.

Una novedad importante se introduce al regular el aspecto cuantitativo de la participación pública del capital de la sociedad de economía mixta: ahora la LCSP (exigencia de carácter básico) exige que el capital público sea mayoritariamente público (al menos un 51%, por tanto) para que pueda adjudicarse directamente el contrato público de que se trate. Ciertamente, la LCSP no obliga taxativamente a que toda sociedad de economía mixta tenga capital público mayoritario, pero su DA 22, aboca a ello si se pretende una CPPI. La exigencia de capital mayoritario público implica, como ha explicado M.D. REGO BLANCO, consecuencias de distinto alcance que cabe sintetizar en las siguientes: a) minorra las posibilidades de la colaboración privada con las Administraciones Públicas a través de sociedades de economía mixta, al obligar que el capital público sea mayoritario, despreciando las ocasiones en que pudiera ser el capital privado el mayoritario; b) aboca a las sociedades de economía mixta a ser, al menos, entes del sector público, o incluso poderes adjudicadores, atrayendo sobre sí legislación contractual para proveerse de bienes y servicios en el mercado; c) dificulta que las sociedades de economía mixta puedan tener otra naturaleza distinta de las sociedades de capital<sup>25</sup>.

Esta exigencia de participación mayoritaria puede suponer un claro “desincentivo” para los socios privados, que pueden preferir como alternativa el tradicional “negocio concesional”, pues aquí sí puede ejercer su capacidad de gestión, sin condicionantes que un socio público mayoritario puede ir imponiendo de forma sobrevenida, lo que podría, incluso, limitar indebidamente los intereses del socio privado al asumir la iniciativa de compartir esa CPPI. Esa falta de seguridad jurídica al no tener una posición institucional “garantizada” en la sociedad de economía mixta es, sin duda, una importante dificultad para la utilización de estas figuras.

Conviene advertir que las relaciones con esta sociedad no pueden articularse luego con la técnica de la cooperación vertical (regulada en el artículo 32 LCAP 2017). Las razones de esta inaplicabilidad fueron explicitadas en la importante STJUE de 11 de enero de 2005, Stadt Halle y RPL Lochau, según la cual:

*“48. Una autoridad pública, siendo una entidad adjudicadora, tiene la posibilidad de realizar las tareas de interés público que le corresponden con sus propios medios administrativos, técnicos y de cualquier otro tipo, sin verse obligada a recurrir a entidades externas y ajenas a sus servicios. En tal caso no existirá un contrato a título oneroso celebrado con una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Así pues, no habrá lugar a aplicar las normas comunitarias en materia de contratos públicos.*

<sup>25</sup> M.D. REGO BLANCO, “Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017”, *documentación Administrativa* núm. 4, nueva época, pp. 152-160.



49. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no está excluido que puedan darse otras circunstancias en las que la licitación no sea obligatoria, aunque el contratista sea una entidad jurídicamente distinta de la entidad adjudicadora. Esto sucede en el supuesto de que la autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, ejerza sobre la entidad distinta de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta entidad realice la parte esencial de su actividad con la autoridad o las autoridades públicas que la controlan (véase, en este sentido, la Sentencia Teckal, antes citada, apartado 50). Es preciso recordar que, en aquel asunto, la entidad distinta estaba íntegramente participada por autoridades públicas. En cambio, la participación, aunque sea minoritaria de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trata excluye en cualquier caso que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre esta sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios.

50. A este respecto, es necesario señalar en primer lugar que la relación entre una autoridad pública, que es una entidad adjudicadora, y sus propios servicios se rige por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Por el contrario, cualquier inversión de capital privado en una empresa obedece a consideraciones características de los intereses privados y persigue objetivos de naturaleza distinta.

51. En segundo lugar, la adjudicación de un contrato público a una empresa de economía mixta sin licitación previa perjudicaría al objetivo de que exista una competencia libre y no falseada y al principio de igualdad de trato de los interesados contemplado en la Directiva 92/50, ya que, entre otras cosas, este procedimiento otorgaría a una empresa privada que participa en el capital de la citada empresa una ventaja en relación con sus competidores.

52. Por tanto, es necesario responder a la segunda cuestión, letras a) y b), que, en el supuesto de que una entidad adjudicadora proyecte celebrar un contrato a título oneroso referente a servicios comprendidos dentro del ámbito de aplicación material de la Directiva 92/50 con una sociedad jurídicamente distinta de ella, en cuyo capital participa junto con una o varias empresas privadas, deben aplicarse siempre los procedimientos de contratación pública previstos en dicha Directiva”.

En el mismo sentido, la STJUE de 15 de octubre de 2009 recuerda que “la participación, aunque sea minoritaria, de una empresa privada en el capital de una sociedad en la que participa asimismo la entidad adjudicadora de que se trate excluye, en cualquier caso, que dicha entidad adjudicadora pueda ejercer sobre la citada sociedad un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios (véase en particular la Sentencia Sea, antes citada, apartado 46). Este es el caso de la concesión examinada en el litigio principal, pues el socio privado debe suscribir el 49% del capital social de la sociedad de capital mixto adjudicataria de dicha concesión”.

Así, estas entidades, cuando no puedan prestar con sus medios la actividad, deberán aplicar necesariamente la legislación contractual. Y, en el caso de aguas, la legislación de contratación de sectores especiales.

Por otra parte, en relación al procedimiento de adjudicación para la selección del socio privado conviene advertir que la

LCSP (art. 168. 2º) permite el procedimiento negociado sin publicidad cuando existen derechos exclusivos:

“Cuando las obras, los suministros o los servicios solo puedan ser encomendados a un empresario determinado, por alguna de las siguientes razones: que el contrato tenga por objeto la creación o adquisición de una obra de arte o representación artística única no integrante del Patrimonio Histórico Español; que no exista competencia por razones técnicas; o que proceda la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial.

La no existencia de competencia por razones técnicas y la protección de derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual e industrial sólo se aplicarán cuando no exista una alternativa o sustituto razonable y cuando la ausencia de competencia no sea consecuencia de una configuración restrictiva de los requisitos y criterios para adjudicar el contrato”.

Interesa destacar que ahora se permite un procedimiento negociado sin publicidad cuando no exista alternativa o sustituto razonable o cuando exista de forma objetiva ausencia de competencia<sup>26</sup>. En relación a la viabilidad de este supuesto de procedimiento negociado sin publicidad, que tiene su fundamento en la propia Directiva de contratación pública (art. 32), la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña 126/2016, de 9 de marzo, en relación la constitución de la sociedad de capital mixto “Aigües de Barcelona, Empresa Metropolitana de Gestió del Cicle Integral de l’Aigua, S.A”, para la prestación del servicio del ciclo integral del agua en el Área Metropolitana de Barcelona, critica que la constitución de la sociedad de economía mixta con un socio privado escogido de forma directa se pretenda justificar únicamente en las disposiciones del ROAS, aunque acepta que de acuerdo con la normativa comunitaria es posible acudir a la adjudicación directa como consecuencia de la existencia de derechos exclusivos, razones técnicas u bien económicas que impidan la concurrencia.

El TSJC no niega que en determinados supuestos sea posible constituir una sociedad de economía mixta directamente con un socio privado que ostenta determinados derechos exclusivos, pero considera que en este caso no se justifica la concurrencia de estas circunstancias (derechos exclusivos, razones económicas)<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> Como ha indicado I. GALLEGO CORCOLES, “lo que se intenta evitar con este inciso es que la situación de exclusividad haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación”. “los procedimientos de adjudicación en la nueva Directiva sobre contratación pública”, en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2013*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 220-222. Obviamente, el procedimiento negociado sin publicidad conserva su carácter de procedimiento excepcional, en cuanto sólo puede ser empleado en supuestos muy concretos y de aplicación restrictiva, dado su carácter no competitivo. El recurso a esta procedimiento debe ser objeto de justificación caso a caso [art. 84.1 f) de la Directiva de contratación pública]. Y la carga de la prueba de que existen realmente las circunstancias excepcionales que justifican la excepción incumben a quien quiera beneficiarse de ellas (entre otras, STJUE de 18 de mayo de 1995, Comisión/Italia, C-57/94).

<sup>27</sup> Cabe destacar que el presidente de la Sala ha emitido un voto particular en el que manifiesta no compartir la conclusión que AGBAR no tiene título suficiente para prestar el servicio. Considera que la concesión de 1953 de la que es titular AGBAR le habilita como tal. Así mismo, considera que el hecho de que AGBAR haya soportado el coste de construcción de los 500 km de canalizaciones es un elemento suficiente para justificar la inviabilidad económica de abrir el procedimiento a concurrencia, pues en este caso se deberían compensar estas inversiones.



En todo caso, deberá acreditarse la existencia de esos derechos exclusivos o especiales (lo que parece concurrir cuando existen títulos concesionales demaniales).

### III. EPÍLOGO REFLEXIVO: LA IMPORTANCIA DE UN MODELO RESPONSABLE Y EQUILIBRADO DE COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA (CONCESIONES)

El modelo concesional, tal y como se ha diseñado por el derecho europeo y transpuesto al ordenamiento nacional español es una herramienta para consolidar determinadas políticas públicas que exigen de un socio privado que coadyuve en la satisfacción del interés general<sup>28</sup>. La lógica de los modelos concesionales –de obras y servicios– ha conformado una arquitectura institucional donde la colaboración público-privada se presenta como elemento relevante para la consecución efectiva de intereses públicos que no pueden ser plenamente cubiertos por la propia Administración. El carácter complementario de esta colaboración público-privado ha permitido con frecuencia preservar los estándares de calidad y equidad social en numerosos servicios de interés público relevante. Y frente a ciertos reparos ideológicos que ven en la “gestión indirecta de los servicios públicos” una privatización de los mismos, conviene recordar, en palabras de G. MARCOU, que “los distintos contratos sobre cuya base el sector privado se encarga de la financiación de las inversiones y/o la explotación de obras públicas o servicios públicos, no constituyen, hablando con propiedad, una forma de privatización, sino que se trata más bien de un conjunto de instituciones jurídicas, que tienen como objetivo movilizar las inversiones privadas y el savoir faire industrial y técnico del sector privado, con el fin de proveer los equipamientos públicos necesarios para la sociedad y la economía”<sup>29</sup>.

<sup>28</sup> Reflexiones conclusivas expuestas con más extensión, y a las que me remito, en el libro colectivo *Servicios públicos e ideología. El interés general en juego*, ob. cit., pp. 121-130.

<sup>29</sup> G. MARCOU, “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, en A. RUIZ OJEDA y J. GOH (dirs.), *La participación del sector privado en la financiación de infraestructuras y equipamientos públicos: Francia, Reino Unido y España*, Civitas, Madrid, 2000, pp. 27-90. También, T. BRUNETE, “Colaboración público-privada: presente y futuro”, en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011, pp. 331-335.

Asimismo, hay que recordar que 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, lo que supone equilibrio entre lo público y lo privado, como elementos complementarios que permiten cumplir las exigencias de mejor cumplimiento de los distintos fines públicos y donde la función de dirección y tutela del poder público es determinante. Por ello, cualquier decisión política debe cohonestar con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, la lógica de la mejor satisfacción del interés público y del derecho a una buena administración.

Los principios y las técnicas o formas de la gestión de los servicios públicos y de las fórmulas y relaciones de colaboración público-privada, 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 carácter codificador. 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 contractuales (sobre todo en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias). Frente a la idea de *imperium* y unilateralidad de la relación jurídica, se alza el respeto al principio de *pacta sunt servanda* y el de bilateralidad contractual. Y ello se aplica ya a todas las fases del contrato/concesión, es decir, tanto a la ejecución (modificación y subcontratación) como a la resolución. Y es que el interés público ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato o la concesión (o fórmulas paraconcesionales). 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, como se ha puesto de relieve a lo largo de este trabajo, tan necesarias.

En definitiva, el alcance sobre las fórmulas de colaboración público-privadas y su función en la consecución del interés público, más allá de las personales posiciones ideológicas, exige una respuesta en clave jurídica, que concilie de forma adecuada los distintos principios e intereses en juego, y que preserve, en su decisión final, la esencia del derecho a una buena administración. Hay que evitar el maniqueísmo sobre quien presta mejor el interés general y, para ello, hay que garantizar el equilibrio entre lo público y lo privado y preservar, por supuesto, los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima en inversiones de larga duración, que no son contrarios, sino complementarios, con los de control de la prestación y de adecuada regulación de los servicios públicos, de los que nunca podrá abdicar una Administración diligente. No se trata en definitiva tanto del quién, como del cómo, en la mejor satisfacción del interés público. Las decisiones jurídicas-políticas deben preservar, por tanto, los necesarios equilibrios y, sobre todo, desde la seguridad jurídica, facilitar un modelo de actuación complementaria entre el sector público y el sector privado. ❖