

Público



Privado

EL INTERÉS PÚBLICO Y SU SATISFACCIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica

José María Gimeno Feliu

Pascual Sala Sánchez

Gonzalo Quintero Olivares



Cambra de Comerç de Barcelona

Público



Privado

EL INTERÉS PÚBLICO Y SU SATISFACCIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica

José María Gimeno Feliu

Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Zaragoza, Presidente del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón y Director del Observatorio de Contratación Pública

Pascual Sala Sánchez

Ex Magistrado de la Sala Contencioso Administrativa del Tribunal Supremo, Ex Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Ex Presidente del Tribunal Constitucional, Ex Presidente del Tribunal de Cuentas y Socio of Counsel de Roca Junyent SLP

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad Rovira i Virgili, Ex Director General del Servicio Jurídico del Estado, Vocal permanente de la Comisión General de Codificación y Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

EL INTERÉS PÚBLICO Y SU SATISFACCIÓN CON LA COLABORACIÓN PÚBLICO-PRIVADA
Fundamentos, equilibrios y seguridad jurídica

Mayo de 2017

© Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona

Autores

J.M. Gimeno Feliu

P. Sala Sánchez

G. Quintero Olivares

Diseño gráfico y maquetación

Toni Fresno

Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona

Impresión

Vanguard Gràfic

Prólogo

En el siglo XXI las cámaras de comercio sirven al interés general como espacios de participación empresarial y como observatorios de la actividad económica. En ambas funciones, las cámaras no sólo estudian la realidad, sino que la analizan desde la perspectiva del crecimiento sostenible, del bienestar social y del cumplimiento de las *reglas del juego*. Este último aspecto resulta particularmente relevante dado que vivimos en un sistema económico fundamentado en el principio de la libre competencia, en la convivencia y la cooperación entre el sector público y el privado –y, por ende, el llamado *tercer sector*– y en el respeto del Derecho. Más allá de la imprescindible obediencia a las leyes, el respeto del Derecho es la interiorización por todos los operadores jurídicos de una forma de actuar honesta y leal y, por tanto, es también una llamada a la plena vigencia de la Ética empresarial.

La ética como impulso interior iluminado por unos valores universales compartidos –una ética laica en sentido estricto, por tanto– y el Derecho como un sistema positivo enraizado en la conciencia social y vertebrado por unos principios se convierten así en los dos pilares de una sociedad buena. La Ética abandona la heteronomía que la ligaba a cosmogonías cerradas y el Derecho se emancipa del corsé de la literalidad de la norma para devenir los verdaderos motores de un mundo que desea progresar y progresa sobre el respeto de la dignidad humana, sobre el cumplimiento de lo pactado y sobre la desaparición de los *ventajismos* apadrinados por las mafias o los malos gobiernos.

La Cámara de Comercio de Barcelona vela porque imperen en nuestra vida colectiva la Ética y el Derecho con el significado que acabo de describir. Es, así, completamente, natural que haya impulsado el sugerente trabajo que tengo el honor de prologar elaborado por tres juristas eminentes, José María Gimeno Feliu, Pascual Sala Sánchez y Gonzalo Quintero Olivares, cuyo prestigio individual consolidado a lo largo de sus dilatadas carreras hacía presagiar la brillantez del resultado final. Ésta es una obra de Derecho que se lee con interés y con pasión, que se entiende por el experto y por quien, no siéndolo, ejerce el noble oficio de empresario y que se halla coronado por unas nítidas conclusiones dirigidas, principalmente, a los poderes públicos y a los electos. Permítame el lector que reivindique este término, tan caro a nuestros vecinos franceses, *los electos*, para defender su papel insustituible de garantes de nuestras libertades desde el reconocimiento del cuarto de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, el pluralismo político.

La Cámara, verdadero *punte* entre el Derecho público y el Derecho privado, no puede más que contemplar con interés la colaboración público-privada, en la que deben converger lo mejor de uno y de otro mundo, el servicio eficiente a la ciudadanía y la imaginación creativa de los generadores de riqueza. La magnitud del

fenómeno en el seno de la Unión Europea ha motivado que su Derecho derivado y su jurisprudencia se ocuparan del asunto y esta obra desgrana morosamente el alcance teórico y la dimensión aplicativa del Derecho creado para ponerlo al alcance de todos. La Unión Europea, objeto a menudo de las iras de mucha gente que la desconoce, o del menosprecio de quienes añoran los países pequeños dominados por aún menores oligarcas, se ha convertido en el único instrumento válido para nuestra presencia en un mundo que hemos convenido en llamar globalizado. Si algunos prefieren renunciar a influir sobre el destino de la patria grande que es Europa o sobre las relaciones entre las grandes potencias, parece mucho más sensato alinearse con quienes de un extremo a otro de la Unión optamos por contribuir a dibujar los perfiles de nuestro horizonte colectivo.

En el seno de la Unión, antiguos principios como *pacta sunt servanda* se entrelazan con las ideas de transparencia y de certidumbre, derivadas, de nuevo, del clásico *honeste vivere, alterum non laedere et suum cuique tribuere*. Desde estas ideas centrales, la colaboración público-privada sólo puede transitar por el sendero de la seguridad jurídica, en el concurso, en la adjudicación, en la ejecución y en la reversión, en su caso. La Cámara ha considerado necesario encargar y difundir la investigación de Gimeno, Sala y Quintero para recordar, a todos, no sólo que la actividad empresarial necesita ejercerse en un marco de certidumbre, sino que tal certidumbre es muy especialmente imprescindible en cuantos proyectos implican un vínculo negocial estable y, a menudo, cuantitativamente muy importante, entre las Administraciones públicas y las empresas. El equilibrio o, mejor, la equidad de los autores luce cuando censuran la pretensión de algunos concesionarios de obras públicas de que la Administración concedente sea un *avalista ilimitado* de sus errores, como cuando exigen que la “reinternalización” siga unos límites muy estrictos y respetuosos de acuerdo con el Derecho derivado, directamente aplicable en todos los Estados de la Unión al haber transcurrido el plazo para la trasposición de las Directivas más relevantes.

El lector hallará no sólo una guía sobre el tema de carácter singular sino también un hilo conductor enormemente atractivo que le impedirá dejar el libro sobre la mesa hasta no haber finalizado la lectura de las conclusiones. La Cámara de Barcelona se siente satisfecha de haber contribuido, una vez más, a facilitar la labor de los empresarios responsables y a orientar al legislador y a los gobiernos sobre la correcta vía de búsqueda de la justicia.

Joan-Francesc Pont Clemente

Catedrático de Derecho financiero de la UB

Vicepresidente Tercero de la Cambra de Comerç de Barcelona

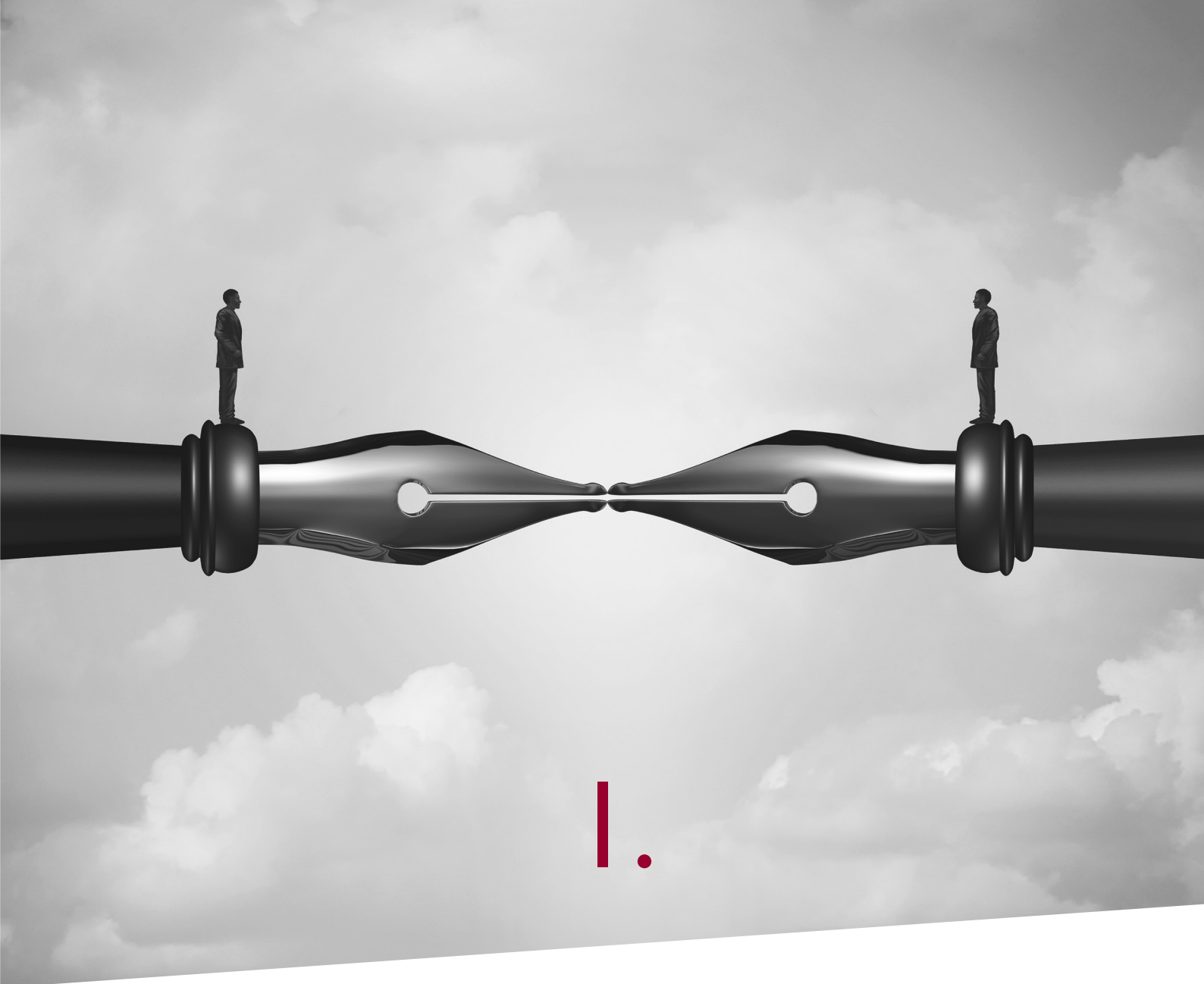
Presidente de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Fiscales de la Cambra de Comerç de Barcelona

Sumario

7	I. Introducción
13	II. Contornos jurídicos europeos y constitucionales sobre iniciativa privada y prestación de actividades de servicio público
14	A. Consecuencias derivadas del régimen jurídico institucional de la Unión Europea
20	B. El modelo constitucional español: la protección de las libertades económicas en el contexto de una economía social de mercado
23	C. El condicionante de la buena administración como límite en el ámbito de las decisiones económicas
29	D. Breve referencia a la idea de servicio público y su significado práctico en la actualidad
31	III. El marco jurídico de la colaboración público-privada. Contornos y precisiones conceptuales
32	A. Reflexiones y precisiones sobre la función de la colaboración público-privada
37	B. Distintas posibilidades de colaboración público-privada contractual
43	IV. Exigencias jurídicas europeas en las fórmulas de colaboración público-privadas y en su fundamento
44	A. Los antecedentes de soft law y su significado
51	B. El régimen de colaboración público-privada derivado de la nueva Directiva de Concesiones de 2014. Delimitación de fórmulas concesionales de la de contratos públicos de servicios
58	C. La equivalencia de prestaciones en las fórmulas de colaboración público-privada: plazos y protección de las inversiones a efectuar
63	V. Cumplimiento de los contratos y seguridad jurídica. Consecuencias prácticas en el ordenamiento español de las exigencias europeas
64	A. Las obligaciones europeas en el cumplimiento de las concesiones. La inexistencia de privilegios públicos
69	B. La "reconducción" del rescate a las exigencias de la potestad expropiatoria. La desaparición de un privilegio unilateral
73	C. La seguridad jurídica en las concesiones como elemento esencial de la relación jurídica. La necesaria motivación de las decisiones
78	D. El control de la legalidad en la actuación del concesionario: sistema de <i>compliance</i> como elemento de garantía del cumplimiento.
82	E. Las posibles consecuencias jurídico-penales por "expropiación" o actuación indebidas en las concesiones
95	VI. El cumplimiento del derecho europeo por los estados. Consecuencias del vencimiento del plazo de transposición
96	A. El significado de la doctrina del efecto directo de las Directivas europeas
97	B. El significado de la doctrina del efecto directo de las Directivas europeas de contratación pública
102	C. El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014 y su incidencia en la legislación nacional
111	VII. Epílogo conclusivo
125	Bibliografía

Principales abreviaturas utilizadas

AJDA	L'Actualité Juridique. Droit Administratif
CC	Código Civil
CP	Código Penal
CE	Constitución española de 1978
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
LJ	Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
NUE	Noticias de la Unión Europea
Ob. cit.	Obra citada
p.	página
PUF	Presses Universitaires de France
RAP	Revista de Administración Pública
RArAP	Revista Aragonesa de Administración Pública
RAAP	Revista Andaluza de Administración Pública
RCEC	Revista del Centro de Estudios Constitucionales
RD	Real Decreto
RDP	Revue Droit Public
REALA	Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional
REDE	Revista Española de Derecho Europeo
REVL	Revista Estudios de la Vida Local
RFAP	Revue Francaise Administration Publique
RFDA	Revue Francaise de Droit Administratif
RMC	Revue Marché Commun et de l'Union Européenne
RTDP	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
RVAP	Revista Vasca de Administración Pública
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia



Introducción



Cambra de Comerç de Barcelona

Este estudio pretende dar contexto a las reglas de la colaboración público-privada en España (sin obviar los referentes y experiencias de Europa), desde la perspectiva de respeto tanto a las competencias públicas, como a los principios de seguridad jurídica y de certeza (que implica previsibilidad de las decisiones), en un momento donde existen postulados sobre los modos e intensidad de gestión de “servicios públicos”¹. El debate, lógicamente, es también de repercusiones ideológicas², en el actual contexto en torno a la “bondad” de un modelo de *insourcing*³ y de *contracting back-in*, lo que aconseja cierta labor de clarificación conceptual y de delimitación de los principios jurídicos aplicables⁴.

En todo caso, como premisa o argumento principal sobre el que pivota este estudio, 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 directa⁵. Habrá de analizarse supuesto a supuesto⁶. 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 gestión⁷.

En España (al igual que en numerosos países europeos), desde el siglo XIX vienen empleándose fórmulas de colaboración público-privada, tanto contractuales como institucionales (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales)⁸, que han conocido en estos últimos quince años una fuerte expansión (no siempre por moti-

¹ 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.

² Sobre la concreta posición del derecho, atendiendo a criterios económicos y políticos, vid. N. REICH, *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985, pp. 25 y ss. Este autor ya reseñaba la inviabilidad de predicar para el derecho una posición ajena a toda discusión política y económica, pretensión que, paradójicamente, supone ya una determinada alternativa ideológica.

³ 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). Referente doctrinal de esta tendencia es Vicenç NAVARRO, “Un análisis de las críticas neoliberales y conservadoras al Estado de Bienestar y propuestas alternativas”, en el libro colectivo *El Futuro del Estado de Bienestar*, Cedecs, Barcelona, 2002, pp. 73 y sigs.

⁴ Este debate se produce también en otros países europeos. En Italia resulta de interés el trabajo del profesor F. FRACCHIA, “Pubblico e privato nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione”, *federalismi.it*, núm. 14, 13/07/2016 (<http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=408>).

⁵ 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.

⁶ 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.

⁷ 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.

⁸ Procede recordar al respecto la clásica obra de F. ALBI (*Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, 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).

vos ideológicos)⁹. En este sentido, el contrato de gestión de servicios públicos –y el sistema de concesiones– ha conformado un eje de la propia disciplina del Derecho administrativo clásico¹⁰.

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 administrativo directo, 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, en ocasiones, “*resultan inútiles e inoperativos a efectos de satisfacer las exigencias del interés público*”¹¹.

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 entonces 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, no utilizando para ello las técnicas tradicionales de intervención directa, sino acudiendo a instrumentos de intervención indirecta que le permiten el desarrollo y la 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 participativo¹².

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, por encima incluso del dato de la titularidad pública¹³, de tal suerte que se ha podido hablar de Estado regulador¹⁴, o incluso de Estado garante¹⁵.

9

Por todos, el trabajo de N. MAGALDI MENDAÑA, “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*, núm. 39-40, 2012, pp. 165-219. *Ibidem*, *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*, INAP, 2012.

10

Al efecto, debe recordarse el trabajo de J. L. VILLAR PALASÍ, “Concesiones administrativas”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Editor, tomo IV, pp. 690 y ss. VILLAR PALASÍ, 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.

11

S. MARTÍN-RETORTILLO, “Las nuevas perspectivas de la Administración Económica”, *RAP*, núm. 116, 1988, p. 35.

12

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

13

Vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, tomo I, Civitas, 1998. También G. ARIÑO ORTIZ, “El servicio público como alternativa”, *REDA* núm. 23, 1979, pp. 546 y ss; y más recientemente su monografía *Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 299-305.

Igualmente, para conocer la evolución y el significado de la categoría del servicio público resulta de gran interés el estudio de L. MARTÍN REBOLLO, “De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica”, *RAP*, núm. 100-102, 1983, pp. 2538 y ss. 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. Sobre la evolución en el mundo local del concepto de servicio público resulta de interés el trabajo de J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, “El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”, en J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley, Madrid, 2014, pp. 599 y ss.

14

S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004, pp. 1172 y ss.

15

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.

Como principales características de esta reformulación del papel del Estado en la economía (que afecta a los fundamentos y las 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 de creación de sociedades públicas que actúan en régimen de derecho privado; en lo técnico, mediante la aceleración tecnológica e industrial; y en lo histórico, con 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 europeo¹⁶.

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 coherer con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, con la lógica de la mejor satisfacción del interés público. **Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad, 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)**¹⁷.

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

16

*“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 incomunicados (...) 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.*

17

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.

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 conciertos (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)¹⁸.

Obviamente, la regulación europea, como se verá, tiene importantes consecuencias jurídicas, no solo derivadas del proceso de uniformización jurídica¹⁹, sino también del hecho de ser una cuestión que, por su relación con el mercado interior, no es indiferente para las instituciones europeas²⁰. Aunque es cierto que no se impone un modelo de “privatización” de gestión.

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 reguladores²¹, así como de la sostenibilidad financiera de los servicios y actividades públicas, tal y como ha puesto de relieve un importante sector de la doctrina²². 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 mismos²³.

18

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).”.

19

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.

20

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).

21

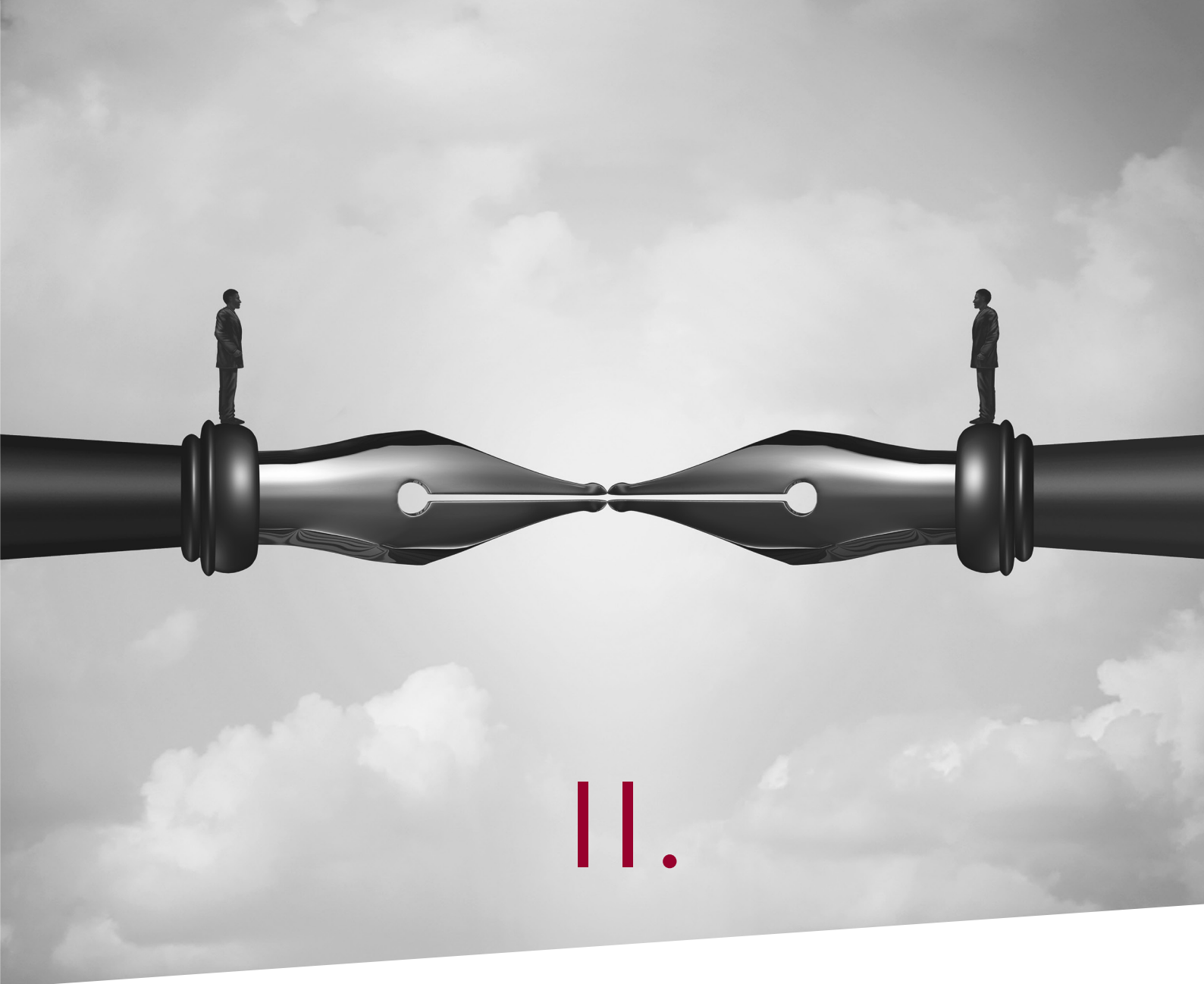
Sobre esta nueva visión “remunicipalizadora” puede consultarse el trabajo de H. WOLLMANN, “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un ‘retorno’ a las gestiones públicas/municipales?”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 31, febrero de 2013, pp. 70-80.

22

Vid. en este sentido, T.R. FERNANDEZ, “Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación”, *RAP* núm. 200, 2016, pp. 439-450.

23

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 entre 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.



II.

Contornos jurídicos europeos y constitucionales
sobre iniciativa privada y prestación de actividades
de servicio público



Cambra de Comerç de Barcelona

A. Consecuencias derivadas del régimen jurídico institucional de la Unión Europea

La incorporación de nuestro país a la Unión Europea ha tenido importantes repercusiones en la reconfiguración de los contornos y principios del Derecho Administrativo. La integración en la Unión Europea supone una mutación fundamental de los Estados y de sus estructuras organizativas internas, más allá de lo que alcanzan a expresar los textos constitucionales que han necesitado, incluso, modificaciones parciales²⁴. La principal consecuencia esta siendo la de la uniformidad/armonización jurídica, avanzando hacia un “lenguaje conceptual común”²⁵.

La Unión Europea es un proyecto que se caracteriza por la idea de la “constitucionalización”²⁶. Y en ese contexto (recordando que el Derecho Administrativo es un Derecho constitucional concretizado) las técnicas de nuestro Derecho Administrativo tradicional se presentan como insuficientes para que los poderes públicos puedan dirigir y realizar su función servicial y no ser meros instrumentos en manos de esos intereses económicos, con el riesgo de poner en peligro la estabilidad socio-económica del Estado.

El proceso de integración es de indudable trascendencia tanto en el plano socio-económico como político e institucional y ha constituido un notorio progreso en el irreversible proceso hacia una Unión europea, con un único mercado, sin ningún tipo de fronteras²⁷. En palabras de G. GUARINO, el Acta Unica puso en funcionamiento un proceso que se autofertiliza, en el que cada una de las etapas que se concluye crea la premisa para que se realice necesariamente una etapa sucesiva (como lo ha sido, sin duda, la aprobación del Tratado de la Unión Europea).

Estamos inmersos, pues, en un proceso que, como indica J. P. JACQUE, ha de conducirnos ineludiblemente hacia una “comunitarización” de las distintas políticas nacionales²⁸. Y a potenciar todo lo expuesto ha contribuido la

24

Vid. S. MUÑOZ MACHADO, “La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos”, Revista andaluza de administración pública, núm. 7, 1991, págs. 9-38

25

Esta uniformidad –ahora plasmada con el Tratado de Lisboa– resulta obligada si se atiende a la evolución de los agentes sociales, sobre todo de los económicos, convertidos en organizaciones transnacionales que gestionan importantes recursos económicos (superiores, en ocasiones, a los presupuestos de los propios Estados), que cuestiona la capacidad de dirección, control y respuesta de las Administraciones públicas nacionales, de tal manera que la realidad económica se impone a la política, y son estas organizaciones económicas (en múltiples ocasiones auténticos grupos de presión) las que frecuentemente condicionan la política de los Estados y no a la inversa.

26

Esta idea de Constitución Europea no es nueva, habiendo existido Proyectos conocidos, como el Proyecto Spinelli, o Proyecto Colombo. Sobre esta interesante cuestión –sus antecedentes, situación actual y problemática jurídica– pueden consultarse los siguientes trabajos: G.C. RODRIGUEZ IGLESIAS, “La Constitución de la Comunidad Europea”, Noticias CEE núm. 100, 1993, pp. 93 y ss.; L.DIEZ PICAZO, “Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea”, Revista de Instituciones Europeas, núm. 2 de 1993, pp. 533 y ss.; FERNANDEZ ESTEBAN, “La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, REDC núm. 40, 1994, pp. 241 y ss.; y I., GRANADO HIJELMO, “La Constitución para la Unión Europea como proyecto normativo y como problema jurídico”, Noticias de la Unión Europea núm. 124, 1995, pp. 21 y ss. En especial, resulta de interés el libro colectivo La encrucijada constitucional de la Unión Europea, Civitas, Madrid, 2002.

27

Como señala Jacques DELORS, será un mercado único para todas las actividades, comprendiendo los transportes, la energía y los productos nuevos generados por la ciencia. “Orientamenti e indirizzi comunitari”, en Rivista Il Diritto dell’Economia núm. 1, 1990, p. 9

28

Giuseppe GUARINO, “L’Atto Unico e il processo di integrazione europea”, Revista Tempo Presente núm. 91-92, 1988, p. 68. Evidentemente esta comunitarización ha de pasar por una armonización de los distintos sectores económicos. J. P. JACQUE, “La communautarisation des politiques nationales”, Revue Française d’Etudes Constitutionnelles et Politiques núm. 48, 1989, p. 30. En estos términos se ha expresado también G. FALCON, “Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario”, Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico núm. 1, 1993, p. 75.

actuación del mercado único conforme al «principio de una economía de mercado abierta y competitiva»²⁹.

No es cuestión de incidir sobre este asunto, en tanto resulta suficientemente conocido. La cuestión importante radica en si este proceso de unificación de importantes instituciones económicas debe ir acompañado de una unificación de los distintos marcos jurídicos de los Estados miembros³⁰. A nuestro juicio la respuesta debe ser afirmativa y este proceso de “comunitarización” debe alcanzar también a las principales instituciones jurídicas (sobre todo aquellas relacionadas con el entorno económico) en orden a alcanzar un grado suficiente de uniformidad o, al menos, de afinidad sustancial derivada del contenido de su función «ordenadora», que permita neutralizar el efecto distorsionador provocado por la diversificación del factor jurídico estatal o nacional³¹. Se trata, por tanto, no solamente de armonizar las legislaciones, sino de proceder a una uniformización de los distintos ordenamientos jurídico-administrativos nacionales³².

El fundamento de este intervencionismo normativo (que se convierte, como se verá, en germen de un Derecho Administrativo europeo) reside en el hecho de que el funcionamiento de un proceso económico basado en el mercado reclama en todo caso la «uniformidad» del fondo normativo en el que se contiene el marco jurídico de ordenación de la actividad de los agentes económicos que en él concurren³³. En efecto, como se ha sostenido acertadamente, el principio básico de «igualdad de mercado» –condición sustantiva para el funcionamiento correcto de un proceso de economía de mercado– exigirá, cuando éste se proyecte geográficamente sobre un territorio adscrito a diferentes Estados soberanos, el aseguramiento efectivo al «ciudadano de mercado» europeo de una uniformidad sustancial de su posición jurídica, es decir, de las reglas ordenadoras por las que se rige su actuación en libre mercado, evitando así que las disparidades jurídicas se conviertan en un factor susceptible de distorsionar el buen funcionamiento del mercado interior, de enturbiar los criterios que deben

²⁹ Como destaca el profesor S. MUÑOZ MACHADO, este precepto fija las bases para las bases de una política económica común, que hace imposible el mantenimiento de los nacionalismos. *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993, p. 44 y 51.

³⁰ La necesidad de estructuras jurídicas compartidas como instrumento de realización del mercado interior pone de relieve la importancia del Derecho como factor de integración. Así lo puso de relieve A. HERNANDEZ GIL en su trabajo “La unificación jurídica europea”, *Noticias CEE* núm. 71, 1990, pp. 13 y ss.

³¹ Me remito en este punto a lo expuesto en mi trabajo *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 139 y ss.

³² Vid. G. FALCON, “Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario”, *ob. cit.*, pp. 83.

³³ J. M. GIMENO FELIU, “Administración pública y derecho administrativo en la Unión europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica”, libro homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado, CEPC, Tomo I, Madrid, 2016, pp. 270-301.

guiar la libre movilidad de los factores y de falsear, en definitiva, las condiciones competitivas en el interior del mismo³⁴.

No es de extrañar, por tanto, que la Unión Europea pueda y deba intervenir normativamente en la ordenación de determinados sectores o actividades económicas a fin de garantizar el funcionamiento correcto del sistema de mercado, ya que las desigualdades de trato de los «ciudadanos de mercado» obstaculiza la construcción de un auténtico mercado interior europeo, por cuanto el tratamiento diverso de idénticos supuestos de hecho impide la igualdad de condiciones equitativas en el interior del mercado³⁵. Y ello debe ser corregido por la intervención decidida de las Instituciones europeas a través de la construcción de un sistema normativo capaz de garantizar los objetivos de integración económica como meta para la consecución de un mercado interior único, lo que debe suponer, como bien advirtiera el profesor G. FERNANDEZ FARRERES, «*la transferencia progresiva de los Estados a los órganos comunitarios, desplazando así al ámbito de responsabilidad de éstos el diseño y ejecución de la política general y de las acciones comunes a desarrollar en el marco económico y social del mercado comunitario europeo*»³⁶.

Además, dicha necesidad de integración jurídica a través de la categorización de instituciones comunes para todos los Estados miembros –como sucede con la del servicio público– deriva del hecho de que los tradicionales “grandes servicios públicos”, como se ha sostenido doctrinalmente con claridad³⁷, están adquiriendo una dimensión internacional, correspondiendo a la Unión Europea la responsabilidad de garantizar su correcto funcionamiento y el deber de intervenir unificando dichos sectores a través de la aceptación de instituciones jurídicas con alcance comunitario, todo ello como respuesta a esta demanda creciente de «europeización» de la actividad económica³⁸.

Y es que, como la doctrina también ha destacado, parece haberse superado la época en la que los ordenamientos

34

Vid. J.M. GONDRA ROMERO, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea, *Tratado de Derecho Comunitario*, ob. cit., p. 273.

35

Vid. J.M. GONDRA ROMERO, “Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea, ob. cit., pp. 294-295.

36

FERNANDEZ FARRERES, *El régimen de las ayudas estatales*, Civitas, Madrid, 1993, p. 12.

37

Al respecto, por todos, el excelente trabajo del profesor S. MUÑOZ MACHADO, *Servicio público y mercado*, Tomo I, Civitas, 1998.

38

A título de ejemplo: Reglamento (CEE) núm. 893/91 del Consejo de 20 de junio de 1991 por el que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1191/69 relativo a la acción de los Estados miembros en materia de obligaciones inherentes a la noción de servicio público en el sector de los transportes por ferrocarril, por carretera y por vía navegable. Vid. el trabajo de FERNANDEZ GARCIA, “El servicio público en el Derecho de la Unión Europea”, *Revista Derecho de la Unión Europea* núm. 7, 2004, pp. 69-96.

jurídico-nacionales se recreaban en el aislamiento internacional³⁹. En efecto, en la actualidad, los diversos sistemas nacionales de Derecho Administrativo parecen moverse hacia puntos de convergencia comunes, siendo ello factor decisivo en este proceso de «comunitarización» de las actividades económicas, lo que supone pasar, de la mera sumisión del poder al Derecho, al campo de los instrumentos jurídicos comunes adecuados para dar respuesta concreta y satisfactoria a la problemática que se plantea en este nuevo contexto⁴⁰.

Y el ordenamiento jurídico comunitario, como motor de este proceso de configuración de un Derecho Administrativo Europeo es, en lo referente a la creación de normas, fuertemente intervencionista, pues regula, muchas veces con gran detalle, la mayoría de las actividades económicas⁴¹. Así, junto a las limitaciones que para la actividad normativa de los Estados –conformadora del marco jurídico general en el que deben actuar las empresas– pueda suponer la política de «armonización de las legislaciones»⁴², aparecen una serie de limitaciones que indirectamente se derivan de la progresiva consolidación de un propio Derecho administrativo comunitario⁴³. Es decir, frente a una situación caracterizada por la existencia de políticas intervencionistas nacionales, respecto de las que la Comunidad se limitaba a controlarlas, coordinarlas y, en su caso, complementarlas, la actual situación de crisis ha ido obligando a la Unión Europea a crear mecanismos jurídicos propios de intervención y control en distintos sectores (generalmente económicos), de modo que aparece ahora un sector de intervención de la Unión cada vez más institucionalizado⁴⁴. Se trata en rigor de la aplicación de un Derecho Administrativo general para la ejecución de un Derecho Administrativo especial (fundamentalmente de naturaleza económica en su origen) de la Unión Europea⁴⁵. Y el artículo 106 TFUE impone unos principios más cercanos a la externalización que a la gestión directa de los servicios públicos al referir en los casos de gestión pública la obligación de respetar los principios de competencia.

39

J. SCHWARZE, “Tendencias towards a Common Administrative Law in Europe”, *European Law Review*, II, 1991, p. 18.

40

Vid. J. BARNES, “Introducción: Hacia el Derecho Público europeo”, en libro col. dirigido por él mismo *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, p. 32.

41

Así ha sido destacado por G. GRECO, al considerar que el proceso comunitario representa un instrumento muy eficaz de integración del Derecho Administrativo de los Estados miembros y, por ende, a la creación de un Derecho Administrativo Europeo. “Il Diritto comunitario propulsore del Diritto amministrativo Europeo”, *RTDP* núm. 1, 1993, p. 85.

42

Al respecto, con carácter general, pueden consultarse BOUZA VIDAL, “Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea”, en *Tratado Derecho Comunitario*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1988, pp. 551 y ss; y A. MATTERA, *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 191 y ss.

43

Como sostiene R. ALONSO GARCIA, el Derecho comunitario constituye un ordenamiento jurídico que poco a poco tiende a desplazar y a sustituir a los derechos nacionales en los sectores, progresivamente más amplios, por el regulados. *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 27.

44

Vid. ALONSO UREBA, “El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas”, *Tratado de Derecho Comunitario*, ob. cit., pp. 272-273.

45

En este sentido, J. BARNES, “Introducción: Hacia el Derecho Público europeo”, ob. cit., p. 50.

La aceptación de un núcleo mínimo de Derecho Administrativo Europeo (sobre todo en el campo del denominado Derecho Administrativo Económico⁴⁶) se convierte en una auténtica necesidad como técnica de uniformidad y de garantía del correcto funcionamiento de unas actividades económicas que han superado definitivamente las barreras fronterizas que las limitaban⁴⁷. De esta manera se puede hablar, conforme se ha puesto de relieve en el marco doctrinal, de un Derecho público europeo llamado a desempeñar funciones que se asemejan más a las que en su tiempo desempeñó el “*ius commune*”, en el sentido de que no se trata tanto de un cuerpo jurídico que venga a suplantar a los derechos nacionales, como de un molde a que éstos se irían acomodando progresivamente, de manera que los derechos internos seguirían elaborando y aplicando su propio derecho público, pero ya no de forma aislada o autónoma, sino a la luz de ese nuevo Derecho comunitario europeo⁴⁸.

Y aquí juega, sin duda, un trascendental papel el Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁴⁹, a en cuanto se está convirtiendo en instrumento dinámico para la consolidación de unos principios jurídico-públicos de alcance comunitario de aplicación a todos los Estados miembros y que puede servir de base para la construcción de la estructura sobre la que edificar un nuevo y moderno Derecho Administrativo Europeo, que de solución a los principales problemas que plantea la actual sociedad y que no pueden ser resueltos mediante los rígidos –y, a veces anticuados– derechos nacionales⁵⁰. En definitiva, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, (sin olvidar, naturalmente, las acciones de la Comisión y el Consejo) ofrece la base para la unificación del Derecho Administrativo Europeo, especialmente atento, como no podía ser de otra manera, a los aspectos económicos⁵¹.

Un excelente ejemplo de lo que se acaba de exponer es la regulación de la contratación pública (y, por ende, de las fórmulas de colaboración público-privadas), donde la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea ha conformado un sólido y coherente derecho pretoriano que

46

Al respecto debe recordarse como el principio de autonomía ha conducido al Tribunal de Justicia a conceder preferencia a nociones comunitarias por ser las únicas que garantizan la uniformidad del Derecho de la Comunidad. Asimismo, debe tenerse en cuenta como el Derecho comunitario, principalmente a través del Tribunal de Justicia, ha venido incorporando principios jurídicos propios de determinados Estados miembros, que han acabado generalizándose. Por todos. S. MUÑOZ MACHADO, *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, ob. cit., pp. 47 y ss.

47

No puede olvidarse que, como bien recuerda J. B. AUBY, los distintos ordenamientos jurídicos nacionales se enfrentan a los mismos problemas y que lo hacen con un grado de similitud superior al que uno pueda inicialmente imaginar. Por ello, un “lenguaje único” es un objetivo irrenunciable. “Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere”, *Public Law*, spr, 2007, p. 57.

48

R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario, Derechos nacionales y derecho común europeo*, ob. cit., p. 279. Vid también J.A. FUENTETAJA PASTOR, *Derecho Administrativo Europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

49

U. UVERLING, participa también de la idea de que nos encontramos inmersos en un proceso de configuración de un Derecho Administrativo Europeo. “Comunidad Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Administrativo”, en libro col. dirigido por J. Barnes *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 661-663. En estos términos puede también consultarse el trabajo de A. MASSERA “L’amministrazione e i cittadini nel Diritto comunitario”, RTDP núm. 1, 1993, pp. 19 y ss.

50

Sobre esta cuestión me remito a los trabajos de S. MUÑOZ MACHADO “Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española”, REDA núm. 75, 1992, pp. 329 y ss. y J. BARNES, “Introducción: Hacia el Derecho Público europeo”, ob. cit., pp. 39-49.

51

J. SCHWARZE, “Tendencies towards a Common Administrative Law in Europe”, ob. cit., pp. 3 y ss.

vertebra el sistema⁵², que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea⁵³. De hecho, son, en la práctica, una especie de codificación, que dota de coherencia y seguridad jurídica al sistema (tanto a nivel comunitario como de aplicación práctica en los ordenamientos nacionales). Así, los conceptos y principios “comunitarios” deben ser interpretados de conformidad con la doctrina fijada por el TJUE⁵⁴. Doctrina que debe ser conocida y respetada por los distintos intérpretes o aplicadores de las reglas de la contratación pública, lo que limita interpretaciones o prácticas nacionales que pretendan una visión “local” de las normas de contratos públicos⁵⁵. Existe, en consecuencia, una “armonización” a escala de doctrina TJUE que impide que se laminen los principios de la contratación pública y que exige una interpretación funcional (y no formal)⁵⁶. Esto explica por qué los órganos de control nacionales, en tanto “jueces comunitarios”, aplican esta doctrina⁵⁷.

52

Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, REDA núm. 172, 2015, pp. 81-122. También I. GALLEGO CORCOLES, “Las relaciones “contractuales” entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública”, en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014), pp. 111-116. En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116. Más recientemente, el libro colectivo (A. Benachio, M. Cozzio y F. Titomanlio) *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici, Universidad de Trento, 2016.

53

En relación con el impacto de la jurisprudencia en el proceso de creación de las reglas sobre contratación pública, vid. M. COZZIO, “La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública”, en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013; pp. 89-116.

54

Vid. C. CHINCHILLA MARÍN, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 33-79; y M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 81-102.

55

Para conocer como se ha realizado la transposición de la normativa de contratación pública en los distintos Estados miembros es de especial interés la excelente monografía anteriormente citada, dirigida por M. SANCHEZ MORON: *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

56

Como explica muy bien C. CHINCHILLA MARIN (“La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos...”, ob. cit., pp. 38-39), la interpretación del derecho comunitario de los contratos públicos debe respetar tres reglas: a) se debe realizar desde la lógica del derecho comunitario y no desde los derechos nacionales, b) la interpretación debe tener un alcance funcional/finalista y c) debe practicarse una interpretación amplia del derecho comunitario cuando se pretende determinar, en clave positiva, el ámbito de aplicación de esta normativa y, por el contrario, estricta, si se trata de “excluir” su aplicación. También en este sentido, G. A. BENACCHIO, M. COZZIO y F. TITOMANLIO (“Introduzione” en *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell’Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016) manifiestan que “*Siendo propio de las revoluciones culturales preparar el camino y eliminar los obstáculos a la aparición de novedades, no puede dejar de reconocer la formación de la jurisprudencia, en primer lugar, la comunidad, la capacidad de creación e innovación de las normas y, asumiendo una perspectiva más amplia, el papel de detonador de la transformación del proceso de sistema de fuentes ley a la que estamos asistiendo en muchas jurisdicciones*”.

57

Esta jurisprudencia es parámetro interpretativo de los derechos nacionales, pero su influencia se extiende también al cuerpo normativo. Lo destaca bien M. SANCHEZ MORON, “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II)...”, ob.cit., p.82.

B.

El modelo constitucional español: la protección de las libertades económicas en el contexto de una economía social de mercado

Parece conveniente, aun de forma sucinta, delimitar o concretar cual es el modelo económico constitucionalmente consagrado, pues a sus parámetros, inevitablemente, deberá ajustar su actuación la Administración, ya que, como bien se ha indicado, corresponde a ésta hacer efectiva los estándares constitucionales de los derechos sociales⁵⁸.

Pues bien, debemos partir, desde un principio, de la premisa de que nuestra Constitución delimita un determinado sistema económico: el de co-iniciativa entre el sector privado y el sector público⁵⁹. Tal es la conclusión a la que se llega tras el análisis sistemático de los preceptos económicos contenidos en la Constitución. Tanto los sujetos públicos como los privados pueden iniciar toda clase de empresas o actividades económicas, respetando, eso sí, las reglas de la competencia y la de actuación en plano de igualdad. Por tanto, la Constitución de 1978 viene a sustituir el antiguo principio de subsidiariedad de la iniciativa pública por el principio de la complementariedad⁶⁰, lo que significa la implantación de un sistema paritario en la actuación pública y privada, que comporta que ambos están sometidos a los mismos límites, deberes y responsabilidades establecidos por nuestra Constitución⁶¹.

Pero dicha complementariedad de la iniciativa económica se enmarca, como se ha visto, en la estructura de un Estado Social. Por ello, se puede afirmar que el sistema definido por nuestra Constitución no es otro que el de economía social de mercado, a través del cual se integra un sistema de competencias económicas con el objetivo del progreso social⁶². Evidentemente, tal sistema no es un sistema rígido sino que, por voluntad del constituyente, es un sistema flexible que permite la actuación de diversas políticas económicas de distinto signo sin desvirtuarse dicho sistema.

58

P. SALA SANCHEZ, "La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica", *Revista española de control externo*, Vol. 16, núm. 46, 2014, pp. 11-122.

59

Vid. E. ALBERTÍ ROVIRA, "Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía", en libro colectivo *La Constitución económica*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012, pp. 77 y sigs.

60

Para una mayor profundidad sobre el debate doctrinal en torno al concreto significado y contenido de nuestro modelo económico constitucional, en estos momentos, vid. 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. 151-163; y P. SALA SÁNCHEZ, "La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica", *ob. cit.*, pp. 46-54.

61

Sobre este punto, por todos, vid. DE GISPERS PASTOR, «La noción de empresa en la Constitución española», en libro colectivo *La empresa en la Constitución*, Aranzadi, 1989, p. 42. Esto mismo sucede, por ejemplo, en Italia, donde su modelo constitucional tiene una marcada orientación social (reconocida en su artículo 3) que obliga la intervención positiva del Estado para lograr que la libertad y la igualdad tengan una plasmación efectiva. Sobre esta cuestión puede consultarse a B.CAVALLLO y G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milán, 1983, en especial pp. 66-67.

62

Este sistema, criticado por autores que lo conciben como sinónimo de un sistema neoliberal, ha sido el de mayor aceptación, sin duda por los grandes márgenes de flexibilidad, por la doctrina científica. En tal sentido se pueden citar, a título meramente enunciativo, como principales referentes: S. MARTIN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, *ob. cit.*, pp. 75 y ss; y MUÑOZ MACHADO y BAÑO LEON, «Libertad de empresa y unidad de mercado», en libro col. *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, 1989, p. 217.

Con tal configuración del sistema económico, se afirma una situación de confluencia de dos vectores distintos: por un lado, el derecho a la libertad de empresa; por otro lado, la ordenación de la actividad económica por parte de los poderes públicos. Y, como bien afirma el profesor S. MARTIN RETORTILLO, «lograr que una y otra se mantengan, con toda la variedad de matices que se quiera, pero sin que una elimine o reduzca a la otra es, en última instancia, el difícil equilibrio que requieren los postulados que ofrece nuestra Constitución económica. Una situación que se proyecta cargada de dificultades en el ámbito concreto del enjuiciamiento y valoración de las distintas medidas y situaciones particulares»⁶³. Flexibilidad, y consiguiente dificultad, que no deben confundirse ni con la imposibilidad absoluta de enjuiciamiento real en la práctica, ni tampoco con total ausencia de restricciones a cualquier política económica que quiera ser llevada a cabo, sino que, en última instancia y en cada caso, deberá afinarse la interpretación jurídica para confrontar la legalidad de actuaciones concretas, públicas y privadas, respectivamente, con las correspondientes habilitaciones constitucionales y legales de la actuación del poder público administrativo y con el alcance de los derechos individuales constitucionalmente reconocidos.

De la calificación del sistema económico constitucional como economía social de mercado derivan importantes consecuencias para los poderes públicos: supone que, obligatoriamente, deberán no sólo respetar determinadas situaciones jurídico-privadas, sino, además, adoptar las estrategias y decisiones pertinentes para llevar a efecto los objetivos que se desprenden de la Constitución⁶⁴. Así, las Administraciones públicas están constitucionalmente legitimadas para intervenir en el mundo económico comportándose como un agente empresarial más, pero debiendo, en todo caso, enmarcar su actuación bajo el principio u objetivo de satisfacción del interés general, límite no franqueable bajo ninguna circunstancia⁶⁵. Esta legitimación de participación en la economía ha sido una de las principales causas que han motivado, a fin de obtener flexibilidad y resultar competitivos frente a la empresa privada, el empleo

63

Una valoración global y sistemática del conjunto de cláusulas económicas contenidos en la Constitución, permite llegar a la siguiente conclusión: nuestra Carta Magna sanciona un sistema de libertad económica. Tal formulación es correcta ya que todo sistema considerado como democrático debe consagrar un sistema económico cuyo núcleo esencial sea la empresa -tanto privada como pública-. S. MARTIN RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico I*, ob. cit., p. 82.

64

Sobre el carácter imperativo respecto a la actuación conformadora del Estado, puede consultarse el libro de L. PAREJO ALFONSO, *Estado social y Administración pública*, Civitas, 1983, pp. 50 y ss.

65

Por todos, PIÑAR MAÑAS, «Reflexiones sobre la privatización de empresa pública en España», *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 84, 1994, pp. 557-559.

por parte de las Administraciones públicas de técnicas jurídicas propias del Derecho privado. En definitiva, 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 determinante⁶⁶.

Es necesario hacer aquí una precisión importante. La posible “reinternalización” del servicio solo es posible cuando existen modalidades de colaboración privada que lo gestionan de forma indirecta y cuando, debe recordarse, la actividad ha continuado siendo de titularidad pública. Así, las actividades “despublicadas” (como los servicios funerarios) y en régimen de competencia, necesitaran de norma legal que vuelva a reservar al sector público local dicho servicio. Opción poco plausible en el ámbito local español, pues la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 (LRSAL) ha optado por impulsar la libre competencia y ha elevado las exigencias para el ejercicio de una actividad económica por las Entidades Locales, obligándolas a tener en cuenta el impacto que dicha actividad puede tener sobre la libre competencia, eliminando servicios de la lista de posibles monopolios a su cargo, como es el caso del suministro de calefacción, las lonjas y los mataderos, y condicionando la prestación de un servicio en régimen de monopolio al informe previo de la autoridad de competencia⁶⁷.

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 concernida, en el bien entendido de que esta opción no podrá nunca utilizarse para “falsear” la competencia, como ocurriría si se evitara que una prestación típicamente contractual pudiera ser objeto de concurrencia o si se utilizara de forma indebida la técnica de encargos a medios propios⁶⁸.

66

R. MARTIN MATEO, *El marco público de la economía de mercado*, Aranzadi, 2003, pp. 98 y ss.

67

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, pp. 179-214. También F. GARCIA RUBIO, “Pros y contras jurídico-administrativos de la reinternalización (remunicipalización) de servicios locales”, en libro col. *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, ob. cit., pp. 185-183.

68

De hecho, la Autoridad Vasca de la Competencia en una muy interesante Resolución ha sancionado 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 comercialización 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 euros a la empresa pública (y cero euros a los Ayuntamientos).

C.

El condicionante de la buena administración como límite en el ámbito de las decisiones económicas

El sistema económico constitucional es calificado, según se acaba de indicar, como de economía social de mercado. El derecho, en general, el derecho administrativo y el derecho penal en particular, han de ser coherentes con esa idea, que para el derecho penal se ha de plasmar en dos direcciones o dimensiones, respectivamente referidas a los dos protagonistas de la realidad del cumplimiento de esa promesa, que son la Administración y los ciudadanos. El artículo 103.1 CE declara que la Administración Pública sirve con objetividad a los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho. A su vez, en el artículo 9.3, se dice que la Constitución garantiza.... *“la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”*. El significado conjunto de estos preceptos constitucionales se resumen en la promesa de una buena Administración pública, sometida a la ley y al servicio del bien general y de los ciudadanos, pero también a una actuación de los Jueces y Tribunales acorde con el principio, cuyo ámbito de incidencia ha de comprender necesariamente los tres Poderes.

Por su parte, el Capítulo III del Título II de la Constitución está lleno de promesas de servicios que los poderes públicos “garantizan”. Por supuesto, eso se traduce en que la Administración obrará como una “buena Administración”, y, no teniendo prohibido, en manera alguna, delegar o ceder sus funciones, si lo hace, seguirá estando acompañada de esos deberes y promesas.

El concepto de “buena Administración”, se ha transformado en principio caracterizador del derecho administrativo moderno, hasta el punto de que ha sido expresamente recogido el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2000, que dispone, bajo la denominación de derecho

a una buena administración, que toda persona tiene derecho a que las instituciones, organismos y agencias de la Unión traten de sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable, incluyendo especialmente el derecho de toda persona a ser escuchada antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente; a tener acceso al expediente que le afecte, dentro del respeto de otros intereses legítimos; y a que la Administración motive sus decisiones⁶⁹. A esos derechos se añaden otros (a la reparación de perjuicios causados por instituciones o agentes de la Unión, a usar su propia lengua).

Todas esas ideas se han ido plasmando en los derechos nacionales, dando paso a lo que se reconoce como un nuevo modelo de relaciones entre los ciudadanos y la Administración, alejado del autoritarismo, esperando y recibiendo, unos y otra, ayuda mutuamente y manteniendo un diálogo que facilitan los enormes avances de las técnicas de información. En lo que concierne al Derecho Administrativo, se ha abierto paso la convicción de que se está ante un nuevo Derecho, que tiene como objeto la buena Administración y deja atrás la imagen de una Administración pública limitada al estricto cumplimiento de las normas que regulan sus obligaciones y poderes, y más atenta al control de cumplimiento, por parte de los ciudadanos, de sus respectivos deberes. Y en lo que corresponde al Derecho penal, esta evolución se plasma en una paralela evolución de las tipicidades penales que contempla relaciones de expectativa entre la Administración y el ciudadano y que, a simple título de ejemplo, podemos pensar en los delitos de denegación de auxilio, de abuso de autoridad o de abandono de servicios públicos⁷⁰.

El escenario de actuación económica pública se viene caracterizando tanto por la multiplicación de servicios que se encomiendan a empresas públicas⁷¹, como por la creciente participación de empresas privadas en la prestación de servicios públicos bajo la condición de concesionarios. La entrada de sujetos, personas físicas o jurídicas, que formalmente no son la Administración, comporta, en todo caso, ciertas exigencias:

69

Por todos, J. PONCE SOLE, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001, p. 480. Este derecho fundamental a una buena administración se recoge también en la Ley Orgánica 1/2008, de 31 de julio, por la que se autorizó la ratificación por España del Tratado de Lisboa, de modificación del Tratado de la Unión Europea y del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado aquel en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007 (artículo 41). También J. TORNOS MAS, “El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública”, libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008, pp. 629 a 641.

70

Cuestión diferente es que el Derecho Administrativo haya evolucionado al mismo ritmo, y eso es aún más complicado cuando, como sucede en España, hay que referirlo a la Administración estatal y a las de cada Comunidad Autónoma y sus correspondientes municipios. Pero en todo caso, el objetivo de servicio al interés general desde el respeto a los derechos y a la dignidad de las personas, tendrá que ser la regla invariable. Otra cosa es que el incumplimiento de esos modos de actuar dé siempre paso a una responsabilidad jurídicamente exigible, puesto que no toda desviación que abandone la idea de buena Administración se ha de traducir en infracciones y sanciones, y, menos, de índole penal, ya que el control real es el de naturaleza política.

71

Sobre esta cuestión, por todos, E. MONTOYA MARTIN, “Exigencias derivadas del buen gobierno y la buena administración como prevención y lucha contra la corrupción en el sector público local”, en libro col. *La corrupción en España*, Atelier, 2016, pp. 217-227. C. AMOEDO SOUTO es partidario de avanzar en la autoprovisión mediante utilización de entes instrumentales (medios propios). Y contraponen esta opción a la de la externalización de servicios (“La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización contractual de servicios”, en libro col. *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017, pp. 117-130). Notése, sin embargo, que existen muchos entes instrumentales calificados como medios propios en España, sin que haya disminuido la tendencia a la externalización. Y que su utilización ha podido en ocasiones falsear la competencia (Resolución de la Autoridad Vasca de la Competencia 11 de noviembre de 2015) o alterar las reglas de la contratación pública al no considerarse poder adjudicador (en las Conclusiones del Abogado General M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA presentadas el 27 de abril de 2017, Asunto C567/15 *UAB LitSpecMet*, se analizan los requisitos para la consideración de una entidad como poder adjudicador y, en especial, la configuración que al respecto debe hacerse de una entidad que sea calificada como medio propio. Y su conclusión es que un medio propio es siempre poder adjudicador).

- a) que eso no suponga, antes, al contrario, un deterioro en la calidad del servicio o prestación que hubiera podido prestar la Administración o que, incluso, ésta ya hubiera prestado antes. Así, por ejemplo, si la cobertura sanitaria que ofrece la red de hospitales públicos se transfiere a particulares en virtud de concesión o “convenio de colaboración”, como a veces ha sucedido, es claro que no puede hacerse degradando la calidad del servicio. Si eso ocurriera, y se llegara a demostrar que ese efecto era previsible, la decisión de tomar esa vía podría ser calificada de injusta en el sentido del delito de prevaricación (artículo 404 CP), con independencia de la impugnación en vía administrativa⁷².
- b) asumir que la cesión de servicios no puede ser ilimitada. En puridad, cualquier Administración pública puede contratar y pactar sin más límites que el ordenamiento jurídico y el interés general. Ciertamente que una declaración tan solemne no es especialmente clarificadora acerca de lo que no puede ser objeto de concesión, pero ese es un problema que, más allá de las consideraciones jurídicas que se puedan hacer acerca de intereses públicos indelegables, solo puede resolverse por la vía del control político. Un límite infranqueable se establece en el artículo 301 del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, cuando declara que *“no podrán ser objeto de estos contratos los servicios que impliquen ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos”*⁷³.
- c) exigir un riguroso nivel de exigencia en el cálculo de costes y, en su caso, en el del valor de los bienes que eventualmente se ponen a disposición del concesionario. Este último aspecto es muy relevante, pues cuando se ponen a disposición del concesionario, conscientemente, bienes (edificios, aparatos, etc.) costeados por la Administración (que el concesionario pueda utilizar en la prestación del servicio y obtener un beneficio sin compensación para la Administración cedente), fácilmente se puede “entrar” en el terreno típico de la malversación, al margen de que se haya incumplido el deber de velar por los intereses generales.

72

Vid. J. FUERTES LÓPEZ “Sobre el delito de prevaricación: requisitos, formas y elementos para su determinación en la contratación pública”, en www.obcp.es. Sobre esta cuestión son de interés las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 21 de octubre de 2004 –Rec. Casación 1223/2004–, de 21 de julio de 2005 –Rec. Casación 103/2004– y de 1 de julio de 2009.

73

Disposición que dista de ser clara, pues si por ejercicio de autoridad se entiende el desarrollo de actividades que puedan suponer la compulsión directa sobre los ciudadanos, en seguida vienen a la memoria los límites a las actuaciones de policías privadas en materia de control y registro que pueden invadir el ámbito constitucional de la intimidad. Ciertamente que está preservada la intimidad corporal, pero ese aspecto no cubre la totalidad de los que componen la esfera de la intimidad.

Desde la óptica de nuestro modelo económico y del derecho a una buena administración, compartir con particulares la prestación de servicios inicialmente de competencia de la Administración es posible y legítimo, claro está. Pero la concesión administrativa es también una realidad jurídica que tiene un valor de mercado y, por eso mismo, ha de ser transparente y objetiva la actividad administrativa en todo lo referente a los concursos, selecciones, adjudicaciones, esto es, a la concreción de la persona física o jurídica que asumirá la concesión administrativa. Sería, por supuesto, equivocado e injusto, imputar solo a la Administración los “fallos” que pueda tener el sistema de adjudicación, y ello porque la comisión de delitos en esos procesos se produce gracias a la convergencia de actuaciones de funcionarios y de particulares (cohecho, fraudes a la Administración, negociaciones prohibidas), pero también algunos comportamientos ilícitos son contruidos por particulares contra o en perjuicio de la Administración, como sucede con las prácticas contrarias a la libre competencia (licitaciones colusorias), donde la manipulación de la competencia captura “el interés público”⁷⁴.

En suma, en la decisión de conceder la gestión de un servicio y la manera de hacerlo, debe estar presente la “buena Administración”, la cual no consiste en el puro cumplimiento formal de la legalidad, ya que es una finalidad que ha de guiar al legislador y a los gobernantes y una manera de orientar la actividad de la Administración también cuando cede la gestión de un servicio. La desviación del concesionario en la prestación de un servicio, desde luego, habrá de ser corregida por la Administración, aunque esta corrección no pueda confundirse con la posibilidad de identificar, en cualquier caso, los actos ilícitos del concesionario con actos de la Administración y su conducta como si se tratara de un delito imputable a un funcionario público. Esto explica, vgr., que si bien el art. 511 del C.P. contempla la actuación del particular encargado de la gestión de un servicio público como posible autor de un delito de discriminación –aunque con pena inferior a la que sería imponible si el mismo hecho hubiera sido perpetrado

74

Es, por eso, comprensible que recientemente (enero de 2017) la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), haya iniciado una nueva campaña, recabando el compromiso de todas las Administraciones públicas, advirtiendo que la manipulación en la contratación pública, que se plasma en la ausencia de auténtica competencia, impone sobrecostes de aproximadamente 40.000 millones de euros anuales.

por un funcionario–, no pueda afirmarse que exista una compartimentación de responsabilidades penales entre funcionarios y particulares en relación con el mismo tipo penal. Así, en el delito de abandono colectivo e ilegal de un servicio público, tal y como está configurado el tipo, es patente que solo pueden cometerlo quienes tengan la condición de funcionarios públicos. Si la misma conducta derivara de un particular concesionario, podrá tener consecuencias administrativas, incluso determinar la resolución del contrato de concesión, pero no consecuencias de carácter penal. Hay, por tanto, la imposibilidad de extender el tipo penal a los concesionarios, salvo que se estime que el concesionario y sus empleados “*participan en la función pública*” (art. 24.2) C.P.), cosa de difícil entendimiento si se tiene presente que el hecho de prestar o gestionar un servicio no puede significar, por sí solo, la integración de quien lo desempeñe en la condición de funcionario, del mismo modo que la actividad que comporta esa misma prestación o gestión tampoco puede tenerse, necesariamente, como una “*función pública*” *stricto sensu*, al menos a los efectos penales.

Todas estas reflexiones no permiten obviar las consecuencias que impone la obligada orientación de la actividad administrativa, porque la cesión de un servicio no puede comportar la liquidación de las expectativas de los ciudadanos, integradas en el conjunto de sus derechos sociales constitucionales, que, aun no siendo derechos subjetivos ejercitable directamente, son condición de funcionamiento social en los Estados europeos, razón por la que no ha de sorprender que la Carta Europea de Derechos lo proclame como un nuevo derecho fundamental.

Una consecuencia más importante, que tiene efectos jurídicos, es que puede producirse un *tertium genus* entre los derechos fundamentales y los puros derechos sociales, que estará integrado por los derechos agrupados en torno al derecho a la buena Administración. Partiendo de estas ideas, la promesa de interdicción de la arbitrariedad de los poderes público alcanzará a la Administración cuando delegue, por concesión, la gestión de un servicio, pero

también cuando cancele esa delegación sin causa justa. Tanto en uno como en otro caso podrá aparecer el delito de prevaricación, pero no debe caerse en la tentación de entender que toda actuación arbitraria es necesariamente un delito.

Si pasamos a la otra gran dimensión de la vida colectiva en lo social y en el mercado, habrá que partir de la premisa constitucional de que todos los ciudadanos tienen derecho a participar en el mercado, en condiciones de igualdad. En ese mercado estará presente, más lejos o más cerca, la Administración pública, la cual, como sabemos, vela por su buen funcionamiento y por hacer posible el justo desarrollo de los derechos e intereses de los ciudadanos o consumidores.

La concesión administrativa y la aspiración a ser concesionario de un servicio público, componen un objetivo que también está en el mercado, y, por eso mismo, algunos de los delitos relativos al mercado y los consumidores, que se regulan en la Sección tercera del capítulo XI del título XIII del Código penal, pueden vincularse a ese objetivo. Las conductas que se castigan en esa parte del Código penal afectan a intereses del mercado en su conjunto o de los concurrentes al mismo como consumidores.

Para algunos penalistas, estos son los delitos genuinamente económicos, afirmación que es discutible, pues el argumento básico en favor de ella es que la razón última de la incriminación de las conductas no es tanto la protección o de los intereses financieros legítimos que tengan una personas concretas (en nuestro caso, los “aspirantes” a una concesión), sino la seguridad en que las reglas de buen funcionamiento del mercado en que se realiza, al que acuden personas físicas o jurídicas confiando en el “juego limpio”, exigen castigar el espionaje industrial, las agresiones a la libertad de mercado, la competencia desleal, el abuso de información privilegiada, y, yendo a otro ámbito delictivo, las irregularidades punibles en la adjudicación de concesiones⁷⁵.

75

Sea cual fuere la conceptualización de estos delitos, lo importante es tener presente que conductas de deslealtad en la competencia o de uso de información privilegiada, usando solo dos ejemplos, son plenamente imaginables en la pugna por alcanzar una concesión administrativa, y, por lo mismo, sin perjuicio de que puedan concurrir otros delitos específicos (de funcionarios) o genéricos (como amenazas, coacciones).

76

Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que “la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas”.

77

G. JEZE consideraba que son servicios públicos aquellas necesidades que únicamente pueden ser imputadas a la colectividad en su conjunto, y que tienen por finalidad la mejora de las condiciones materiales, intelectuales y morales de la población, es decir, la paz social duradera. “Appréciation per les gouvernements et leur agents de l’opportunité d’agir: réalisation, organisation et fonctionnement des services publics”, *Revue Droit Public*, 1915, pp. 1 y ss.

D.

Breve referencia a la idea de servicio público y su significado práctico en la actualidad

Por otra parte, se debe advertir, en todo caso, que el debate sobre la prestación de los servicios públicos, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público⁷⁶, es decir, la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad⁷⁷. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión⁷⁸. Y debe diferenciarse también entre los servicios económicos de interés general y los Servicios de Interés General, que son actividades esenciales cuya prestación no puede faltar a los ciudadanos en adecuadas condiciones de calidad y precio; se trata de los denominados servicios sociales, entre los que se incluye la sanidad, amén de otros como la educación, el amplio abanico de la Seguridad Social, etc.⁷⁹ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce, al respecto, una amplia competencia de los Estados miembros en relación con los servicios que más frecuentemente se organizan a partir de criterios de solidaridad y de cohesión social⁸⁰.

Como bien se ha destacado, el concepto jurídico de servicio público es de difícil precisión, pues existen dos posiciones en torno al mismo: una objetiva, preocupada por determinar qué actividades prestacionales deben ser garantizadas a todos los ciudadanos con el fin de lograr la cohesión social, y otra de carácter subjetivo, basada en la idea de que el servicio público es la actividad excluida del régimen de mercado, incidiendo sobre todo en los problemas de la relación entre sector público y sector privado, más que en los derechos de los ciudadanos a obtener unas determinadas prestacio-

78

Conviene recordar que tras la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local de 2013 se introduce en el artículo 85 de la LBRL el principio de sostenibilidad y eficiencia como condicionantes de la decisión administrativa de optar por una u otra forma de gestión, de manera que para elegir entre gestión directa e indirecta la Entidad Local tiene que optar por el modo más sostenible y eficiente, y si opta por la gestión directa, solo puede elegir entre las formas personificadas de Empresa Pública Local o sociedad mercantil de titularidad local si se demuestra que es más sostenible y eficiente que la gestión directa indiferenciada o por medio de organismo autónomo. Este condicionante de la decisión municipal no es contrario ni a las competencias autonómicas ni a la autonomía municipal tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en la sentencia 41/2016 (FD 14): “Bajo la óptica de las Comunidades Autónomas, esta regulación impone limitaciones a la legislación autonómica del régimen local que deben reputarse básicas. El art. 149.1.18 CE da cobertura a una legislación básica sobre la gestión de servicios públicos locales [SSTC 103/2013, FJ 3 d); 143/2013, FJ 7], teniendo cuenta la estrecha conexión que toda regulación de servicios reservados (más o menos sustraídos al régimen de libre mercado) guarda con las opciones de ordenación general de la economía que la Constitución atribuye al Estado (art. 149.1.13 CE). La nueva ordenación básica responde a la finalidad de evitar la proliferación de personificaciones instrumentales o, más precisamente, de asegurar la sostenibilidad financiera y eficiencia de las que se creen; con independencia de la eficacia real del instrumento, expresa una opción, no solo legítima, sino estrechamente vinculada a determinados mandatos constitucionales (arts. 31.2, 103.1 y 135 CE). Desde la perspectiva de los entes locales, el art. 85.2 LBRL condiciona la autonomía local, pero no la vulnera en absoluto. Los entes locales conservan amplios espacios de opción organizativa. No puede ponerse reparos a la previsión de un informe del interventor local que valore la sostenibilidad financiera. Así resulta de la doctrina constitucional en relación con el control de eficacia que el art. 136 LBRL atribuye al interventor municipal. La STC 143/2013, FJ 10, declaró que ni ese control «ni la circunstancia de que ello implicaría una valoración de la gestión económico-financiera llevada a cabo por los órganos de gobierno del Ayuntamiento suscitan reparos de índole constitucional, sino todo lo contrario, pues todo ello se ajusta plenamente a los principios generales de buena gestión financiera parcialmente constitucionalizados en el art. 31.2 CE». Consecuentemente, procede desestimar la impugnación del art. 85.2 LBRL, en la redacción dada por el art. 1.21 de la Ley de racionalización y sostenibilidad de la Administración local.”

79

J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés económico general*, Civitas, Cizur Menor 2009; y L. LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, “La configuración poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el mercado interior: mucho más que un servicio de interés económico general”, REDA núm. 163, 2014, p. 184.

80

No en vano el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa declara: “Las disposiciones de los tratados no afectarán en modo alguno a la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general que no tengan carácter económico” (art. 2). En este sentido P. VALCÁRCCEL FÉRNANDEZ afirma que “se aprecia que en España muchos SIG, tanto económicos como no económicos, quedan integrados en la categoría del servicio público y encarnan auténticas competencias cuya atención es responsabilidad de las distintas Administraciones. En cuanto a los modos de gestión de los servicios públicos en España, es ya clásica la distinción de base que se hace entre su gestión directa o indirecta”. “Público y Privado en la gestión de Servicios de Interés General” en V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÁ, B. NOGUERA DE LA MUELA (coords.) *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Valencia-Torino: G. Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, 2016, pp. 75-128.

81

J. TORNOS MAS, “Servicios públicos y remunicipalización”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, 2016 (ejemplar dedicado a *Derecho Administrativo: Regulación de Servicios Públicos y Competencia*. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.002>), pp. 51-76. También, “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, págs. 32-49.

82

Vid. J. TORNOS MAS, “El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario”, *RAP*, núm. 200, 2016 (ejemplar dedicado a *El Derecho administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea*), pp. 193-211 y G. FERNANDEZ FARRERES, G.; “El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho administrativo de la nueva economía”, *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003, pp. 7-21.

83

Vid. M. CARLÓN RUIZ, “Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal”, en AA. VV., *Derecho de la Regulación, Tomo I*, Iustel, 2009, pp. 463 a 535.

84

Vid. J. M. WOEHLING, “Reflexions sur le renouveau du service public”, *La Revue Administrative*, núm. 269, 1992, pp. 396-400. También C. CHINCHILLA, *El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión*, en libro hom. al prof. García de Enterría, Civitas, 1991, p. 964 y J.M. GIMENO FELIU, “Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 5, 1994, pp. 127-166.

85

J. TORNOS MAS, “Servicios públicos y remunicipalización”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, 2016, ob. cit., p. 53. Así, este autor considera que el concepto de servicio público debe basarse en su concepción objetiva: “Creemos que la definición de Duguit debe seguir siendo válida. Servicio público es aquella actividad prestacional indispensable para la realización del desenvolvimiento de la interdependencia social que, como tal, debe ser garantizada por las Administraciones Públicas. Esta garantía no supone que en todos los casos el ejercicio de esta actividad deba ser excluido de la libre iniciativa económica. En algunos supuestos, la garantía de esta prestación, de acuerdo con los principios propios del servicio público, requerirá que los poderes públicos asuman el monopolio de la misma, excluyendo su libre prestación de la iniciativa privada, y permitiendo tan solo, de ser el caso, la prestación privada a través de un título habilitante público. Este puede ser el caso del alumbrado público o la recogida de basura. Sin embargo, otras actividades prestacionales pueden ser garantizadas por las Administraciones Públicas sin perjuicio de que exista al mismo tiempo una actividad privada que preste este mismo servicio” (p. 55). Sobre la incidencia de la idea del servicio público en el ámbito sanitario resulta de especial interés el trabajo de T. FONT I LLOVET, “Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo”, *Revista Administración Pública* núm.199, 2016, pp. 253-288.

86

Así lo advierten J. ORTEGA BERNARDO Y M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2015, pp. 64-94, en especial, pp. 72 a 74. Sobre esta cuestión de la iniciativa local, y la necesidad de atender a la eficiencia, economía y buena administración en la prestación de servicios locales resulta de interés el trabajo de E. MONTOYA MARTÍN, “Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales: incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del sector público instrumental”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, pp. 171-173.

nes⁸¹. Concepto de servicio público que necesariamente debe interpretarse a la luz del derecho europeo⁸², donde –sobre el concepto de la universalidad– recobra su razón de ser, al convertirse en un instrumento jurídico eficaz de cara a la consecución de un mercado único en la Unión Europea⁸³. Y es que la construcción europea nos introduce necesariamente en el mundo de la diversidad y la concurrencia, en el que los servicios públicos deben ser dinamizados y conocer un nuevo impulso, de tal manera que permitan una mutación del poder público en el sentido de promotor y garante de la corrección del juego social y económico⁸⁴. Es decir, el servicio público deviene como una institución o técnica destinada a preservar, en un marco de competencia económica, la calidad de ciertas actividades donde existe un mercado y evidente interés general, porque lo público y su protección no exigen una prestación directa por la Administración. Por ello, ha sido y es tradicional la prestación de servicios públicos por particulares sin régimen de monopolio y, por tanto, sin exclusión de la actividad privada en campos como la educación, la sanidad o los servicios sociales⁸⁵.

Obviamente, las actividades que no merecen la calificación de servicios públicos, en tanto no son asumidas directamente por el municipio, quedan –y deben quedar– fuera de esta posibilidad de “reinternalizar” servicios. Es decir, no pueden incluirse en este debate supuestos propios de iniciativa económica local, con fundamento constitucional bien distinto⁸⁶.



III.

El marco jurídico de la colaboración público-privada.
Contornos y precisiones conceptuales



Cambrà de Comerç de Barcelona

87

P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012, pp. 435-462. *ibidem*. “La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, 2007, pp. 645-662.

88

M. GARCES 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 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...*, *ob. cit.*, pp. 530-532.

89

Así, el Dictamen del Consejo de Estado 3375/2001 de 5 de diciembre de 2001, advierte de esta circunstancia y recuerda que la Comisión de las Comunidades Europeas, en su Informe “Réseaux Transeuropeé” (1993) declara que “los mecanismos de financiación extrapresupuestaria están llamados a cumplir, a buen seguro, una función adicional y complementaria respecto a los sistemas tradicionales de financiación pública, exclusiva y directa”.

90

Vid. DORREGO DE CARLOS, A., y F. MARTINEZ VAZQUEZ, *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del sector público*, La Ley, 2009, pp. 31-86. M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Thomson-Reuters, Cizur Menor, Madrid, 2011; y J. GONZÁLEZ GARCÍA, “Contrato de colaboración público-privada”, *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006, pp. 7-39.

91

Sin ánimo de ser exhaustivos, podemos citar una lista de proyectos que inició la Región de Murcia con la autopista RM-15 Alcantarilla-Caravaca de la Cruz, construida al amparo de la Ley 4/1997, de Construcción y Explotación de Infraestructuras. Más tarde, Navarra construyó la autovía del Camino Pamplona-Logroño, bajo un modelo de contrato concesional encastrado en la regulación foral del año 2001 específicamente aprobada para la construcción de esta infraestructura, y siguió Madrid con la ampliación de la red de metro (caso MINTRA). No sólo se han prodigado estos contratos en el ámbito de las infraestructuras del transporte; también han tenido amplia utilización en contratos de construcción y explotación de infraestructuras y equipamientos en los sectores de la sanidad pública (hospitales y centros de salud), la educación (edificios para guarderías, centros públicos docentes y universidades), la seguridad pública (comisarias y establecimientos penitenciarios), la defensa (acuartelamientos y equipamiento militar), justicia (sedes judiciales), los servicios sociales (residencias y centros de día), los servicios culturales (museos y bibliotecas) y el medio ambiente (saneamiento de aguas residuales y regadíos, como el caso del Canal de Navarra). También, posteriores, los Metros de Sevilla y Málaga, configurados bajo modalidad de concesión de obra pública, con retribución mediante tarifa usuario y ayuda pública. Igualmente el Tramo I de la Línea 9 del Metro de Barcelona (por 1.041 millones de euros). El Tranvía de Zaragoza, configurado bajo la modalidad de sociedad de economía mixta con una participación del veinte por ciento del Ayuntamiento. O el Hospital de Valdecilla de Santander, tramitado bajo la modalidad de CPP en sentido estricto regulada por el TRLCSP. A nivel europeo, en 2014 se llevaron a cabo 82

A.

Reflexiones y precisiones sobre la función de la colaboración público-privada

El marco de la colaboración público-privada, como estrategia en la provisión de servicios o de obras, es de actualidad, no solo por los motivos de estabilidad financiera-presupuestaria, sino, sobre todo, por la **oportunidad de habilitar soluciones técnico-jurídicas más avanzadas que posibiliten el impulso de ciertos proyectos de interés relevante, que difícilmente se pueden articular bajo la arquitectura tradicional de los contratos públicos ordinarios**⁸⁷.

Son **cuatro los objetivos de las fórmulas de la colaboración público-privada**: mayor eficiencia económica, implicación más directa del sector privado, aumento y mejora de la cantidad y calidad de los equipamientos y servicios públicos y la posibilidad de soslayar las restricciones financieras públicas⁸⁸. Esto explica la extensión de estas fórmulas de colaboración público-privada, pero conviene advertir que el eventual éxito que algunos le conceden a esta modalidad contractual viene por el lado de las ventajas asociadas a la idea de que la inversión de capital y la gestión privada pueden aliviar las restricciones fiscales sobre la inversión en infraestructuras incrementando la eficiencia⁸⁹. Aunque no debería ser ese el único criterio sino más bien la cláusula de valor por dinero (y en ese análisis hay que advertir de posibles deficiencias como la pérdida del control público de las decisiones, los riesgos políticos y de rendición de cuentas, la posible pérdida de competencia en un mercado “cerrado” o el que esos servicios sean pagados directamente por los ciudadanos).

Uno de los temas que más justifican la colaboración entre el sector público y el sector privado es la posibilidad de trasladar la inversión pública fuera del presupuesto y la deuda fuera del balance de las Administraciones públicas, aunque sea la Administración pública la que soporte, a pesar de todo, la mayor parte de los riesgos implicados y tenga que hacer frente, en potencia, a

importantes costes fiscales⁹⁰. Esto explica que en los últimos años se haya producido en España un aluvión de contratos CPP⁹¹. La crisis ha sido un elemento de factor determinante en el uso de la colaboración público-privada⁹².

El debate de la CPP es, por ello, de actualidad, máxime en tiempos de crisis económica como los actuales⁹³. Y uno de los retos de la gestión pública, que debe analizarse desde la óptica de su conveniencia –desde la perspectiva de la eficiencia– y no solo de su formalización⁹⁴. Y frente a cierto reparos ideológicos que ven en esta modalidad una privatización de servicios públicos (por lo que postulan la gestión directa de estos servicios) 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”*⁹⁵.

Existe, en todo caso, cierta confusión sobre la figura, sus contornos y sus posibilidades, lo que exige, cierta depuración conceptual previa. De hecho, cualquier modalidad de contratos públicos es, *per se*, una colaboración entre el sector público y el sector privado. Por ello, conviene esta depuración conceptual, así como la precisión de que la técnica de la colaboración con el sector privado bajo modalidades contractuales es ideológicamente neutra. En primer lugar, habrá de tratarse de la diferencia entre contratos de servicios y de concesión y, además, entre estos y lo que en España se configura, en sentido más estricto, como CPP⁹⁶.

En el ámbito comunitario, la colaboración público-privada, a través de sistemas concesionales, se refiere, en general, “a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y privadas y el mundo empresarial, cuyo

Colaboraciones Público Privadas por un valor de 18,7 millones de euros. Ejemplos de ello son la autopista A11Brugge–Zeebrugge en Bélgica por 1,1 millones de euros; autopista A7 Bordesholm-Hamburg por 646 millones de euros y el hospital de la Universidad Schleswig-Holstein por 630 millones de euros en Alemania; la autopista A9 Gaasperdammerweg en Holanda por 700 millones de euros y la segunda fase del Intercity Express Programme por 2,6 millones de euros, la circunvalación Aberdeen Western por 725 millones de euros y el puente Mersey Gateway por 707 millones de euros en el Reino Unido. F. SUTTI e I. GOBBATO. “Il mercato del PPP alla luce del nuovo Codice degli Appalti”. *Paper. L’attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche*. (Pg. 78) <http://www.italiadecide.it/public/files/PAPER.pdf>

⁹²

Por todos, T. BRUNETE DE LA LLAVE, “Colaboración público-privada: presente y futuro”, *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 321-322; B. COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, “Presente y futuro de la colaboración público-privada a nivel europeo: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316, 2011, pp. 25 a 29 o, «El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis», *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 110, 2011, pp. 40-45. Sobre los aspectos económico de las fórmulas de CPP nos remitimos al trabajo de T. TER-MINASSIAN y J.L. RUIZ, “Aspectos económicos en la colaboración público-privada”, *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, 2006, pp. 41-58.

⁹³

J. GONZÁLEZ GARCÍA recuerda que el origen de las fórmulas de colaboración público-privada se encuentra en el Derecho anglosajón, como respuesta jurídica al programa de reformas que inició el Gobierno conservador de John Major en 1992 y en un contexto de crisis similar al que atraviesa nuestro país. El Gobierno británico lo configuró como un instrumento dentro programa de reformas administrativas del cual el Public Private Partnership constituía una mera técnica dentro de un contexto más amplio, que se encuadró bajo el rótulo de PFI (Private Finance Initiative). Su recepción en el Derecho comunitario europeo a través de dos documentos de la Comisión europea, concretamente los que llevaron el nombre de dos comisarios: el Informe Kinnock —que recordemos que fue candidato del Partido laborista a la Presidencia del Gobierno británico— y el Informe van Miert. En las conclusiones del Consejo Europeo celebrado en Lisboa de marzo de 2000 se reafirma el papel que van a tener en el comienzo del siglo XXI los CPP y en el año 2004 se aprueba por parte de la Comisión europea del *Libro verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones*, que vio la luz el 30 de abril de 2004. Véase el trabajo de J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Colaboración público-privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid 2010.

⁹⁴

Vid. S. GONZALEZ-VARAS “Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial de las funciones públicas”, *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, 2006, pp. 31-41. En el Reino Unido, por motivos presupuestarios, ha permitido desarrollar la política del Gobierno, con el objetivo de la prestación de servicios de calidad y de mejora de la competitividad. T. ENDICOTT, *Administrative Law*. Oxford University Press, 2015, pp. 585 y ss. De interés el trabajo de E. NIETO GARRIDO “El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido”, *RAP*, núm. 162, 2004, pp. 391-417.

⁹⁵

G. MARCOU, “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, en A. RUIZ OJEDA y

objetivo es garantizar la financiación, construcción, renovación, gestión o el mantenimiento de una infraestructura o la prestación de un servicio”⁹⁷. Para Eurostat –Agencia Europea que valida el déficit y el efecto de los modelos de colaboración público-privada– se aplica expresamente a aquellos contratos que cumplan determinadas características, las cuales puede resumirse en los siguientes puntos⁹⁸:

- a) La realización del objeto del contrato precisa, al menos en una primera etapa, un gasto de capital importante, ya sea para un activo de nueva creación, ya para una significativa renovación, modernización o mejora de activos ya existentes, incluidos los activos que son propiedad de las Administraciones públicas y que son gestionados por ellas, pero a condición de que el gasto de la renovación, etc., suponga una parte predominante del nuevo valor que adquiera el activo después de la reforma.
- b) El contrato debe hacer mención expresa de los activos específicos que serán utilizados para proporcionar los servicios acordados, en las condiciones fijadas en el mismo según determinadas normas de calidad y de cantidad.
- c) El socio, o el grupo de socios, debe tener experiencia suficiente en el área de actividad a la que se refiere el objeto del contrato.
- d) La característica clave de estos acuerdos es que el principal comprador de los servicios es la Administración pública, que los adquirirá mediante pagos regulares, tanto si la demanda ha sido originada por la propia Administración, como si lo ha sido por otros usuarios en concepto de terceras partes.
- e) Pueden existir pagos directos de los usuarios, pero éstos deben representar una parte menor, casi insignificante, de los ingresos del socio, ya que de no ser así el contrato debería tratarse como otro tipo de acuerdo en el marco del SEC 2010 (concesión u otro)⁹⁹.

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.

96

Gabriel ECKERT aclara que “El término asociación público-privada se refiere tradicionalmente a las formas de cooperación a largo plazo entre autoridades públicas y empresas privadas en las cuales éstas últimas se encargan de llevar a cabo una actuación global incluyendo toda la prefinanciación de las obras e infraestructuras públicas. Estas operaciones no constituyen una categoría autónoma en el derecho de contratación pública, pero sí se califican como concesión en función de si el colaborador privado soporta o no el riesgo operativo”. “Le périmètre des marchés de partenariat”. *Contrats et Marchés publics* núm. 10, Octubre 2015, dossier 11.

97

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.

98

“Entre los elementos que más caracterizan a la contratación desarrollado en el marco de una CPP destacan la planificación y la flexibilidad contractual en la fase de ejecución. Esto implica y determina, respectivamente: La capacidad/necesidad de prever con antelación dónde y cómo introducir posibles modificaciones del contenido contractual (el esfuerzo de quien redacta el contrato es precisamente anticipar todo aquello que puede suceder durante la relación contractual que habitualmente duran más de una década) y la importancia del control en la fase de ejecución. Cuanto antedicho se manifiesta especialmente en la fase de “construcción” del contrato y de “asignación” de los riesgos”. M. COZZIO. “Modifiche in corso di esecuzione, tra regole europee convergenti e interpretazioni nazionali divergenti”, en libro col. M. AGOSTINA CABIDDU y M. CRISTINA COLOMBO. *Appalti pubblici, in house providing e grande infrastrutture. Dossier Appalti*. Pubblica amministrazione 24, febrero de 2015.

99

Sobre la incidencia del nuevo sistema de cómputo de déficit en SEC 2010 puede consultarse el trabajo de A. B. MACHO PÉREZ 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, pp. 437-474. Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo: “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho ‘pretoriano’. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 19-60.

- f) Las áreas de actividad de los contratos cubren aquellos servicios públicos en los que, normalmente, las Administraciones públicas tienen una participación muy activa, tales como contratos de construcción y explotación de carreteras, puentes, túneles, hospitales, centros de salud, colegios, universidades, equipamiento militar, centros culturales, prisiones, etc.

El modelo de colaboración con el sector privado (que no se da solo en la gestión indirecta de servicios públicos), permite determinar unas reflexiones previas en torno a la colaboración público-privada, que no siempre es sinónimo de explotación de grandes infraestructuras o servicios¹⁰⁰.

La colaboración entre sector público y sector privado tiene ventajas presupuestarias, que la hacen muy interesante en épocas de crisis y restricciones en el presupuesto, donde ciertas infraestructuras serían, si no, inviables (pero esta opción queda condicionada a que el socio privado tenga acceso de forma sencilla a la financiación en condiciones aceptables)¹⁰¹.

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). **Por último, la colaboración entre el sector público y el privado favorece, a priori, una mejor distribución de los fondos presupuestarios**, favoreciendo por tanto la solidaridad social, a la vez que promueve la idea de la solidaridad intergeneracional y la “cultura” de que las infraestructuras no son “gratis”.

Sin embargo, también tiene elevados costes de transacción y ciertos problemas de riesgo moral, por entender que el socio privado tiene un aval público ilimitado (máxime si el contrato no contiene previsiones adecuadas sobre las posibles incidencias en la ejecución)¹⁰². Además,

100

Resulta de interés la opinión de la Comisión en su Comunicación de 19 de noviembre de 2009: “Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)”. En este documento se valora a las CPP como soluciones innovadoras de financiación promovidas por la Unión Europea que pueden contribuir, en especial, a: a) facilitar la realización de proyectos de interés público, sobre todo de infraestructuras y servicios públicos a escala transfronteriza; b) compartir los riesgos financieros y reducir los costes de infraestructura que normalmente son soportados íntegramente por el sector público; c) favorecer el desarrollo sostenible, la innovación, la investigación y el desarrollo, mediante la competencia y los acuerdos con las empresas privadas; y d) ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en los mercados públicos de terceros países. Además, en el ámbito de la innovación tecnológica son esenciales para la competitividad de la UE, si bien la Comisión debe instaurar un marco específico para facilitar su establecimiento y asegurar el reparto de riesgos y responsabilidades entre los operadores públicos y privados, a la vez que garantizar el acceso a los fondos mediante subvenciones, contratación pública o inversiones.

101

Para G. BEL I QUERALT Y A. ESTRUCH MANJÓN, en el proceso de privatización de la gestión de servicios públicos de los últimos años se han tenido más en cuenta los ahorros de costes que la carga ideológica. Sin embargo, en este estudio se concluye que los resultados no concluyen un saldo significativo favorable a la privatización. “La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?”, *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011, págs. 193-205.

102

El éxito de la CPP depende de una serie de factores complementarios que serían: la presencia de un entorno normativo favorable; los sistemas jurídicos de estos países tienden a reconocer a las Administraciones amplios márgenes de autonomía (dentro de modelos generales flexibles) para construir “a medida” las operaciones de CPP; la capacitación de los operadores públicos; la complejidad ligada a la tipología de CPP exigen determinadas competencias y una elevada profesionalización. (...) y la existencia de un sistema de gobernanza capaz de garantizar la implementación de las normas y el control sobre los resultados (tanto en la fase de la adjudicación como de la ejecución). El buen funcionamiento de un sistema jurídico, entendido como la aplicación efectiva/eficiente de las normas, se basa en los órganos, procedimientos y mecanismos capaces de garantizar soluciones inmediatas y completas en caso de violación de las mismas. De lo contrario, si el sistema tolera su inaplicación o su violación, corre riesgos en términos de mal funcionamiento, la propagación de la corrupción y, en general, la desconfianza de los operadores. M. COZZIO. “Modifiche in corso di esecuzione, tra regole europee convergenti e interpretazioni nazionali divergenti”. M. AGOSTINA CABIDDU y M. CRISTINA COLOMBO. *Appalti pubblici, in house providing e grande infrastrutture. Dossier Appalti*. Ed. Pubblica amministrazione 24, Febrero de 2015.

puede plantear incertidumbres contables, al tratarse de sistemas de financiación poco transparentes y de difícil fiscalización¹⁰³.

Este riesgo –junto con visiones ideológicas distintas– es la base que justifica la reasunción de la gestión pública de contratos de naturaleza concesional. Además, la ejecución de algunas concesiones se ha caracterizado por cierta ausencia de control de la prestación, lo que ha propiciado una percepción de “contaminación” del interés público en detrimento del interés particular del socio privado. Y, en otras ocasiones, se ha cooptado ese interés público por la existencia de cárteles empresariales (como en la gestión de residuos)¹⁰⁴.

103

La colaboración público-privada exige un estudio pormenorizado de las circunstancias de cada proyecto para valorar que el mayor coste que reportará la asunción del mismo por los particulares, está compensado por la plusvalía real que se obtiene en términos de eficacia, respecto al resto de alternativas, en la atención del cometido público perseguido. No valen, por consiguiente, respuestas globales, amplias o genéricas, sino que para decidir lo que en cada caso proceda hay que tener un amplio y profundo conocimiento de las capacidades y eficiencia del sector público o de otros métodos contractuales distintos de este tipo de mecanismos de colaboración. Por otra parte, como ha advertido Res P. VALCÁRCEL (“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 esta 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 nulo. 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 y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012, p. 456.

104

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), en enero de 2015, impuso una multa de 98,2 millones de euros a 39 contratistas públicos y tres asociaciones dedicados a recogida de basuras, mantenimiento vial y reciclaje de residuos, por «repartirse los clientes de las licitaciones públicas» entre los años 1999 y 2013. Las empresas llevaron a cabo una práctica concertada global de reparto del mercado, que integraron en su política comercial. Esta práctica se manifestó en el compromiso de respetar los clientes respectivos, tanto públicos como privados; el reparto de nuevos clientes; el intercambio de información comercialmente sensible (clientes, ofertas presentadas a estos, etc.); el reparto de las licitaciones públicas a través de la presentación de ofertas conjuntas bajo UTE (Unión Temporal de Empresas) o de la no concurrencia en una parte de la licitación a cambio de la posterior participación en dichas actividades; la utilización de las asociaciones sectoriales para implementar el reparto de mercado o para coordinar las actuaciones de las empresas en determinados ámbitos; y las recomendaciones colectivas emitidas por estas asociaciones para persuadir a sus socios acerca del respeto de la práctica concertada de reparto de mercado en su ámbito de actuación.

B. Distintas posibilidades de colaboración público-privada contractual

Para albergar contratos que respondan al concepto de colaboración (o asociación) público-privada existen varias opciones en el ordenamiento jurídico español y distintas estructuras contractuales, que podemos resumir, preliminarmente, en las siguientes figuras:

1. El contrato de **concesión de obra pública o de concesión de servicios**.
2. La colaboración público-privada institucionalizada, instrumentada a través de una **empresa pública gestora** (denominadas **modelo de promotor público** y consideradas APP de naturaleza institucional).
3. Las soluciones de corte patrimonial articuladas en torno al concepto del **arrendamiento operativo y del derecho de superficie**.

En todas estas estructuras jurídicas, el contrato se suele articular mediante la creación de una **Sociedad de Propósito Específico** (SPE), también denominadas sociedades vehículo del proyecto, constituidas por el contratista y, en ocasiones, participadas por la Administración¹⁰⁵. Estas sociedades de objeto único ejecutan (por sí o por medio de contratos con terceros) los equipamientos, gestionan su operación y mantenimiento (con la posibilidad de subcontratar el mismo) y financian las actuaciones con recursos propios (el capital social y los fondos propios de la sociedad) y deuda bancaria, para lo que deberán conseguir financiación privada “a riesgo proyecto” (*Project Finance*) garantizada a largo plazo por los ingresos que obtengan de la explotación de los equipamientos, tanto los procedentes de los usuarios como los que procedan de los pagos por disponibilidad a cargo de la Administración¹⁰⁶.

El diseño de estos contratos exige determinar las reglas del equilibrio financiero, usualmente este equilibrio se

105

La posibilidad de constituir sociedades de propósito específico en el ámbito de concesiones es algo normal y ordinario, y en muchas ocasiones incluso una propia exigencia del pliego de condiciones. Y ello porque se permite una contabilidad propia de la explotación de la concesión (dato muy relevante para poder validar la concreta gestión y sus riesgos). Y facilita la captación de financiación externa. De hecho, la procedencia de la afectación voluntaria de una concesión administrativa con fines de garantía, a través de la constitución de un derecho real de hipoteca, está expresamente admitida por la legislación registral. En efecto, el artículo 107.6 de la vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 declara hipotecables “*las concesiones administrativas de minas, ferrocarriles, canales, puentes y otras obras destinadas al servicio público, y los edificios o terrenos que, no estando directa y exclusivamente destinados al referido servicio, pertenezcan al dominio particular, si bien se hallen agregados a aquellas obras*”, y añade que “*quedando pendiente la hipoteca, en el primer caso, de la resolución del derecho del concesionario*”.

106

En El Reino Unido existe experiencia en la utilización de los *Project Finance Initiative* (PFI), que se configuran como instrumentos para un efectivo aprovechamiento de las capacidades de gestión de sector privado y donde el criterio rector de estas PFI es el “*value for money*” en tanto parámetro de eficiencia. Vid. T. ENDICOTT, *Administrative Law*. Oxford University Press, 2015, pp. 600 y ss y S. ARROWSMITH, *Public Private partnerships*, Sweet and Maxwell, London, 2000, pp. 1004 y ss.. Al respecto resulta de interés en la bibliografía española es de interés el estudio de J. DE LA CRUZ FERRER “Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000, pp. 471-486 así como el trabajo de E. NIETO GARRIDO, “La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido”, *RAP* núm. 164, 2004, pp. 389-406 y el de M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 57 y ss. También se ha extendido a otros países: la *Ordonnance núm. 2004-559 du 17 juin 2004 sur les contrats de partenariat* de Francia, que ha sido, además, la fuente de inspiración del legislador español en materia de CPP o la *State Authorities PPA Arrangements Act, 2002*, de Irlanda. Un estudio detallado de las diferentes experiencias llevadas a cabo por multitud de países acudir es “La solución de la cooperación público-privada. Realidad y futuro de las infraestructuras de Europa”, octubre de 2005, disponible en www.pwc.com/es. Otro ejemplos de ello son la circunvalación Aberdeen Western y el puente Mersey Gateway llevados a cabo en Reino Unido. F. SUTTI e I. GOBBATO, “Il mercato del PPP alla luce del nuovo Codice degli Appalti”. *Paper. L’attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche*. (Pg. 78) <http://www.italiadecide.it/public/files/PAPER.pdf>

mide en términos de la **tasa de rentabilidad del proyecto** (TIR). Esto significa que, por ejemplo, establecer sólo una tasa de rentabilidad mínima promedio para la concesionaria, que tendría para el concedente la condición de costo (rendimiento) máximo. De lo contrario, si la TIR tan solo se establece para la concesionaria, sin establecer un costo (rendimiento) máximo para el concedente, claramente se atenta contra el principio del equilibrio financiero. Si la concesionaria gana más de lo previsto, son los usuarios, o los contribuyentes en general, los que pagarán –de forma indebida– ese mayor costo. El perjuicio puede ser directo, con el no pago de un precio menor de los usuarios en las tarifas impuestas por la concesionaria, o indirecto, con el no pago de menores impuestos al Estado o a la administración regional o local concedente por parte de todos los contribuyente (o con la no ejecución de otras obras públicas importantes con los excedentes pagados). Es por ello que el equilibrio económico financiero de un contrato tiene que aplicarse en los dos sentidos, y la rentabilidad por encima de la rentabilidad mínima promedio debe traducirse en una reducción de la tarifa o en su reinversión en la actividad o servicio concesionado.

Alternativamente a la tasa de rentabilidad del proyecto, se podría analizar la tasa de rentabilidad del capital de los socios del proyecto, pero en este caso se debe considerar cuidadosamente el costo de los créditos en los que se incurrirá. No se obtendrá la misma tasa de interés para los créditos bancarios que se soliciten si la tasa de referencia del banco central está en 6% que si esa misma tasa de referencia está en 1%.

La tasa de rentabilidad mínima en ningún caso debiera exceder a la tasa libre de riesgo, en tanto que la tasa de rentabilidad promedio lógicamente no debiera exceder a la suma de la tasa mínima más la prima de riesgo asociada al sector en el que se realiza la inversión.

En todo caso, **conviene “vigilar” su correcta ejecución para evitar desviaciones presupuestarias desproporcionadas** que pongan en riesgo la economía del modelo de

colaboración público privada y que puedan tener efectos sobre el endeudamiento. Y también el cumplimiento de las exigencias de calidad inherentes generalmente a este tipo de contratos, para lo que debería regularse con detalle las posibles incidencias y las respuestas jurídicas, pues no puede obviarse el dato de que siempre hay un interés público relevante en estas fórmulas de colaboración público-privada.

De la exposición sucinta sobre las características esenciales sobre el funcionamiento de las fórmulas de CPP, conviene insistir en la idea de que no son una panacea en todo caso y que su diseño exige rigor, precisión y anticipación a los problemas que puedan darse en contratos de larga duración. Y ello **porque un mal diseño no solo implica riesgos para el concesionario, sino que la operación puede comportar problemas de deuda pública y de compensaciones indemnizatorias muy elevadas.**

Es preciso, como se ha indicado, un equilibrio entre Administración y concesionario en lo que respecta al coste del servicio que se presta, pues como se ha dicho antes, si la concesionaria gana más de lo previsto, eso redundará en perjuicio de los usuarios o los contribuyentes, en tanto que forzados a soportar indebidamente un costo superior al que sería justo. Claro que también puede suceder lo contrario, esto es, que el costo del servicio que se presta sea superior al precio que el concesionario puede cobrar.

En la experiencia española, por desgracia, han sido frecuentes los casos de contratos de obras o de suministros en los que conscientemente, o por desidia, se han pagado costes superiores a los debidos, y esa ha sido una de las vías de corrupción en la contratación pública¹⁰⁷. Antes se ha dicho que en las concesiones de servicios se pueden dar desequilibrios susceptibles de alumbrar delitos, cuando, por ejemplo, el valor de los recursos puestos a disposición del concesionario resulta muy superior a lo que éste va a pagar por utilizarlos. El supuesto de que la concesionaria gane más de lo previsto es parecido, pero

107

Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 246-300 y T. MEDINA ARNAIZ, “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 104.2, 2016, pp. 77-113.

no idéntico. En el caso anterior se abría la posibilidad de comisión de delitos de malversación de caudales públicos (siempre, por supuesto, que se cumplieran en los concedentes las condiciones subjetivas de esa figura delictiva).

Un elemento especialmente delicado es la determinación de las tarifas son el modo de retribución (y de atraer a la inversión privada en proyectos públicos), de las fórmulas concesionales¹⁰⁸. Con la tarifa, en teoría, se retribuye a quien ha hecho la inversión construyendo la infraestructura o prestando un servicio. Su cuantía *la determina la Administración*, pero no es un precio público porque no se ingresa en la Hacienda pública. Por supuesto que un concesionario puede considerar que la tarifa autorizada es insuficiente, pero también puede suceder *que sea injustificable, e, incluso, que carezca de fundamento por haberse amortizado ya la inversión*. En una hipótesis de esta clase la *responsabilidad sería de la Administración* autorizante de una tarifa, por cuanto podía haber puesto fin a la concesión.

Pero si el “negocio desproporcionado” del concesionario no procede de un exceso cometido por la Administración en relación con los bienes que ha puesto a su disposición, sino de *que se le autoriza a cobrar un precio o tarifa excesivo al usuario por la prestación del servicio*, la eventual valoración penal será más difícil –descartando, por supuesto, que ese sobreprecio haya sido pactado delictivamente para beneficiar por vía indirecta a quien fuera–, pues no hay figura penal que pueda alojar esos excesos¹⁰⁹.

Obviamente, si la tarifa excesiva ha sido conscientemente aprobada por la Administración para beneficiar al concesionario en perjuicio de los usuarios, debería derivarse responsabilidad penal para la Autoridad autorizante, que en principio habría que conducir al ámbito del delito de prevaricación administrativa, ante la imposibilidad típica de incluir el hecho en el delito de exacciones ilegales, ya que su alcance se limita a la exigencia de cobros superiores a los autorizados por ley en

108

Por todos. J. TORNOS MAS, “La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011, pp. 22-29. Retribución que deberá ser tarifa y no tasa (como se dice en PLCSP), pues de lo contrario se diluye la obligación de transferencia de riesgos. Así lo explica J. TORNOS MAS, en su excelente artículo “Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RI\$1151068)”, *Revista Derecho Municipal*, Iustel, 10 de marzo de 2016. El análisis de la evolución jurisprudencial y las consecuencias prácticas de la distinta calificación refuerzan las conclusiones que propone. La opción de configurar tasa supondría, de hecho, la imposibilidad de impulsar concesiones de servicios. Sirva de referencia el trabajo de J. GARCIA HERNANDEZ, “El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?”, *Revista Derecho Local* núm. 38, febrero de 2016.

109

Los artículos 24 y ss. de la Ley de Tasas y Precios públicos describen lo que son éstos y el control que sobre ellos ejerce la Administración, contemplándose tanto la percepción del precio por la Administración como la posibilidad de lo haga el sector privado prestador del servicio. En relación con las tarifas, la legislación incluye tanto a la Ley de Tasa y Precios públicos, como a otras, como, por ejemplo la Ley del Sector Eléctrico de 26 de noviembre de 2013, complementada con Orden IET/2735/2015, de 17 de diciembre, por la que se establecen los peajes de acceso de energía eléctrica para 2016 y se aprueban determinadas instalaciones tipo y parámetros retributivos de instalaciones de producción de energía eléctrica a partir de fuentes de energía renovables, cogeneración y residuos.

las tarifas arancelarias (cfr. art. 437 CP). Por supuesto, la calificación penal sería otra si se llegara a aprobar la connivencia y beneficio compartido entre la Autoridad autorizante y el concesionario, puesto que en tal caso entraría en juego el delito de negociaciones prohibidas a funcionarios (art.439 CP) sin perjuicio de la subsistencia del delito de prevaricación.



IV.

Exigencias jurídicas europeas en las fórmulas de colaboración público-privadas y en su fundamento



Cambra de Comerç de Barcelona

A.

Los antecedentes de *soft law* y su significado

La Unión Europea, aunque ha declarado la neutralidad sobre las formas de gestión de las competencias públicas, ha advertido la importancia de que existan equilibrios y fórmulas de colaboración público-privada para preservar el interés público¹¹⁰. Y ello pese a que tradicionalmente las concesiones de servicios públicos se consideraban ajenas a la regulación de la contratación pública europea, por vincularse, como se ha destacado, a la idea de organización de los servicios públicos y a la necesidad de dotar a las autoridades contratantes de un margen de flexibilidad acorde con su complejidad¹¹¹. Esta situación conduce a las instituciones comunitarias a mantener una doble posición: de una parte, se diferencian los conceptos de *contrato público* y de *concesión* (noción, esta última, que puede referirse tanto a un contrato como un acto unilateral consentido); y, de otra, se introduce un *concepto restrictivo de concesión* (que pone el acento en la asunción del riesgo de explotación por el concesionario) con el objetivo de evitar tentativas de eludir la normativa sobre contratación pública mediante una ilegítima utilización de la figura concesional. Ahora bien, lo anterior no significaba, como también se ha destacado, que la adjudicación de las concesiones de servicios quede extramuros del Derecho de la Unión Europea. En la medida que puedan revestir un interés transfronterizo cierto y, por consiguiente, tener efectos sobre el mercado interior europeo, los Estados miembros deben respetar las normas fundamentales del Tratado; y, en particular, los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, reconocimiento mutuo y proporcionalidad, como sostiene una reiterada jurisprudencia¹¹².

Con todo, las incertidumbres en torno a la aplicación y alcance de estos principios impulsó a la Comisión Europea a dictar *soft law* en varias *Comunicaciones interpretativas*. La primera, es específica sobre la **aplicación del Derecho comunitario a las concesiones, de 29 de abril de 2000 (2000/C 121/02)**, que contempla todas las concesiones

110

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 LCSP, *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.

111

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, en concreto, pp. 171-172.

112

Y así se ha reconocido de forma uniforme por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: las de 7 de diciembre de 2000, *Telaustria* (C-324/98); de 21 de julio de 2005, *Coname* (C-231/03), de 13 de octubre de 2005, *Parking Brixen* (C-458/03), de 13 de noviembre de 2008, *Coditel Brabant* (C-324/07), de 13 de abril de 2010, *Wall* (C-91/08), de 10 de mayo de 2011, *Privater Rettungsdienst* (C-274/09) o la más reciente de 6 de noviembre de 2014, *Cartiera dell’Adda* (C-42/13). En la doctrina española, por todos, J.A. MORENO MOLINA, J.A., “El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de la contratación”, en *Administración y Justicia. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, T.II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 3429-3454. En la doctrina europea, por todos, R. CARANTA, “Transparence et concurrence”, en Nogueuou, R., y Stelkens, U. (eds.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010, págs. 158-166; y S. ARROWSMITH, *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2014, págs. 427-442.

de obras y de servicios (tengan o no naturaleza contractual)¹¹³. La finalidad de esta Comunicación era que tanto operadores económicos como poderes públicos, estuviesen informados de las disposiciones que resultaban de aplicación, de conformidad con el Derecho vigente, en el ámbito de las concesiones, así como proporcionar una mayor concreción del concepto de concesión, y delimitar o depurar las nociones de contrato público de obras y de concesión de obras¹¹⁴. En esta Comunicación se señala ya 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 misma¹¹⁵, derecho que puede ir acompañado de un precio (es, por ejemplo, la práctica de precios sociales, en que la Administración concedente subvenciona en parte el coste para el ciudadano). Lo importante es que estas aportaciones no eliminen “de facto” el riesgo inherente a la explotación. Que se configurase como un contrato o como un acto unilateral resultaba indiferente a efectos de considerarla como concesión¹¹⁶.

La Comunicación de 2000 define, al fin, las concesiones de servicios como “*actos imputables al Estado por los que una autoridad pública confía a un tercero la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación.*” El término Estado es amplio e incluye los actos adoptados por todos los poderes públicos que forman parte de la organización del Estado y por cualquier entidad que, aun teniendo personalidad jurídica propia, esté estrechamente vinculada a éste. Pero no contempla las actividades de carácter no económico (por ejemplo la seguridad social), ni las habilitaciones o autorizaciones otorgadas por los poderes públicos. Además, los Estados pueden sustraer del mercado competitivo algunos servicios de interés general no económicos por motivos de interés público. La remuneración, si no toda al menos una parte significativa, depende del usuario final y no de la Administración concedente. Aparece, así, claramente la primera característica que definirá las concesiones: el derecho de explotación como remune-

113

Dicha Comunicación se refiere a “aquellos actos imputables al Estado por los que una autoridad confía a un tercero -ya sea mediante un acto contractual o mediante un acto unilateral con el consentimiento del tercero- la gestión total o parcial de servicios que normalmente son de su competencia y para los que dicho tercero asume el riesgo de explotación”. Sólo afecta a estos servicios si se pueden interpretar como prestación de actividades económicas, según los arts. 43 a 55 del Tratado (apartado 2.4, pág. 5).

114

Esta Comunicación interpretativa de la Comisión fue publicada en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C-121/2, de 29 de abril de 2000, e indicaba a este respecto lo siguiente: “Las concesiones no están definidas en el Tratado. La única definición que aporta el Derecho derivado comunitario aparece en la “Directiva de obras”, que establece un régimen particular para la concesión de obras. Las otras formas de concesión, en cambio, no se contemplan explícitamente en las directivas de contratos públicos. Esto no significa, sin embargo, que las concesiones queden fuera de las normas y principios del Tratado. En efecto, en la medida en que estas concesiones resulten de actos del Estado que tengan por objeto la prestación de actividades económicas o el suministro de bienes, están sometidas a las disposiciones pertinentes del Tratado, así como a los principios establecidos por la jurisprudencia del Tribunal”.

115

Sobre el contenido de la misma resultan ilustrativas las reflexiones de J. ARNOLD, “Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commission européenne sur les concessions en droit communautaire”, *Revue Française Droit Administratif* núm. 5 de 2000, pp. 1015-1021.

116

Para un análisis detallado de la distinción entre las dos modalidades de colaboración público-privada contractual y de las insuficiencias de esta caracterización, vid. L MIGUEZ MACHO, “Las formas de colaboración público-privada en el Derecho español”, *Revista de Administración Pública*, núm. 175, 2008, pp. 162 y sigs., y María HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 183 y sigs.

ración al concesionario. Este derecho de explotación, en el que es crucial la duración de la concesión, implica la transferencia de riesgos. La distinción principal entre las concesiones y los contratos públicos no es sino la manera de remunerarlos y la transferencia del riesgo al concesionario. Porque tanto el elemento objetivo, como el subjetivo, no varían, sólo que en las concesiones se delega y en la contratación se compra.

Posteriormente, en la *Comunicación sobre Colaboración público-privada y Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 15 de noviembre de 2005* [COM(2005) 569 final], quedó reflejada la oposición de las partes interesadas a una nueva legislación que regulase todas las CPP de tipo contractual¹¹⁷, mientras que la Comisión sí puso de manifiesto el interés, de la gran mayoría de las partes interesadas que participaron en la consulta lanzada con el Libro Verde, de que las disposiciones comunitarias que rigen la adjudicación de concesiones ofrecieran una mayor seguridad jurídica (aunque existían divergencias sobre el modo de alcanzar dicha seguridad jurídica: o por medio de la legislación o mediante comunicaciones interpretativas)¹¹⁸. En dicho texto se expone cómo la comunicación interpretativa no logró explicar, de manera suficientemente clara, las implicaciones de los principios del Tratado CE para la adjudicación de concesiones, y que el grado de seguridad que podía aportar era limitado, mientras que la opción legislativa era la opción preferible. Respecto al contenido de una posible iniciativa legislativa sobre concesiones, se establecía la necesidad de ofrecer una explicación clara de los principios generales derivados del Tratado CE, la inclusión tanto de las concesiones de obras como las de servicios, la delimitación entre contratos públicos y concesiones, la publicidad adecuada y la fijación de normas que rijan la selección de los concesionarios a partir de criterios objetivos y no discriminatorios, la aplicación del principio de igualdad a todos los participantes en la adjudicación de concesiones así como los problemas de la larga duración de las mismas¹¹⁹.

117

La Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, sobre la colaboración público-privada, y el Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones, de fecha 15 de noviembre de 2005; COM (2005) 569 final afirmaba que: *“Todas las fórmulas de CPP- siempre y cuando entren en el ámbito del Tratado CE- se consideran contratos públicos o concesiones. Sin embargo, dado que la adjudicación de contratos públicos y de concesiones se rige por normas diferentes, no existe un procedimiento de adjudicación que uniforme en Derecho comunitario pensado específicamente para la CPP. En este contexto, la Comisión preguntó a las partes interesadas si estarían de acuerdo en que se adoptara nueva legislación que regulase todas las CPP de tipo contractual, independientemente de que se consideraran contratos públicos o concesiones, sometiéndolas a regímenes de adjudicación idénticos (pregunta 7 del Libro Verde). La consulta puso de manifiesto una posición significativa de las partes interesadas al establecimiento de un régimen que regule todas las CPP, independientemente de que se trate de contratos o de concesiones. Por consiguiente, la Comisión no pretende establecer disposiciones de adjudicación idénticas para ambas”.*

118

En el *Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones* publicado el 30 de abril de 2004, la Comisión consultó sobre la conveniencia de una iniciativa legislativa a nivel europeo destinada a regular el procedimiento de adjudicación de concesiones. En dicho documento, la Comisión consciente de la falta de régimen específico que englobase el fenómeno de Colaboración Público-Privada (CPP) y de la existencia de divergencias de enfoques respecto a la selección del socio privado, propuso establecer la distinción entre: a) operaciones de CPP de tipo puramente contractual, en las que la colaboración entre los sectores público y privado se basa en vínculos exclusivamente convencionales, y b) operaciones de CPP de tipo institucionalizado, que implican la cooperación entre los sectores público y privado en el seno de una entidad diferente.

119

Vid. J.A. MORENO MOLINA, “Las concesiones de obra pública en el derecho comunitario europeo”, *Revista Contratación Administrativa Práctica*, La Ley núm. 39, 2005, pp. 22-25.

De especial interés es la **Comunicación interpretativa de la Comisión relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación pública y concesiones a la colaboración público-privada institucionalizada (CPPI) [2008/C 91/02]**, que entiende como tal aquella que se lleva a cabo a través de una entidad de capital mixto¹²⁰. Como afirma esta Comunicación, existe CPPI en casos en los que se crea una entidad económica común del socio privado y del público, con la misión de preparar o prestar un servicio de interés general, para lo que puede utilizarse la figura de la creación de una empresa pública mixta o abriendo la participación al capital privado de una empresa pública ya existente¹²¹. La Comunicación advierte que «el hecho de que una entidad privada y una entidad adjudicadora cooperen en el marco de una entidad de capital mixto, no puede justificar que la autoridad contratante no cumpla las disposiciones sobre contratos públicos y concesiones en la adjudicación de contratos públicos o concesiones a esa entidad privada o a la entidad de capital mixto»¹²². En todo caso, la Comisión ya entendía que, en estos casos, una doble licitación (la primera para la selección del socio privado y, la segunda, para la adjudicación del contrato público o la concesión a la entidad de capital mixto) no resultaba muy práctica; y ello porque, de apostarse por un sistema de doble licitación, puede resultar que la entidad mixta resultante del primer procedimiento no sea la adjudicataria del segundo. Criterio este asumido expresamente por 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.

En 2009, la Comisión aprueba la Comunicación “*Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada*” (COM/2009/0615 final). La Comisión, consciente de que la colaboración público-privada seguía estando poco extendida y de que representaba una pequeña parte de la inversión total –alrededor de un 4% de todas las inversiones del sector público–, previo estudio de las razones por las cuales no

120

Precisamente por tener un tratamiento específico, las concesiones se dejan fuera de la Comunicación interpretativa de la Comisión de 2006 sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02).

121

Vid. M. A BERNAL BLAY, “La colaboración público-privada institucional”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 37, 2010, pp. 93-138.

122

En este supuesto, con el fin de no quebrantar el derecho comunitario, debe aplicarse la normativa de contratación pública para licitar la venta de las acciones con adecuada transparencia y concurrencia para la creación de una sociedad de economía mixta pues lo contrario podría suponer una discriminación indirecta, tal y como ya pusiera de relieve la STJUE de 5 de diciembre de 1989 (en esta Sentencia se condena a la República de Italia al reservar únicamente a las sociedades en que el Estado o el sector público tengan, de forma directa o indirecta, una participación mayoritaria o total la posibilidad de celebrar convenios en materia de realización de sistemas informáticos por cuenta de la Administración pública). Vid. ARNOULD, J., “Les contrats des concessions, de privatisation et de services in house au ...”, *ob. Cit.*, pp. 16-17

estaba desarrollándose en todo su potencial, concluía en esta Comunicación la necesidad de crear un grupo de trabajo sobre la colaboración público privada que, en colaboración con ella y con la finalidad de aumentar la financiación disponible para la colaboración público privada, revisase las normas y prácticas para garantizar la no discriminación en la asignación de fondos públicos cuando exista financiación comunitaria; que crease un marco más efectivo para la innovación y, por último, que considerase una propuesta sobre un instrumento legislativo para las concesiones de servicios basada en la evaluación de impacto en curso.

A raíz de esta Comunicación, **el Comité Económico y Social emitió un dictamen el 7 de febrero de 2010¹²³, que sistematiza el debate y tensiones de las fórmulas de colaboración público-privadas** en los siguientes puntos:

- a) reducir los gastos en infraestructuras, aprovechando la eficiencia económica y el potencial innovador de un sector privado competitivo;*
- b) repartir el coste de financiación de la infraestructura a lo largo de toda su vida útil;*
- c) mejorar la distribución de riesgos entre los participantes públicos y privados;*
- d) impulsar los esfuerzos en materia de viabilidad, innovación e investigación y desarrollo;*
- e) ofrecer al sector privado un papel fundamental en el desarrollo y la aplicación de estrategias a largo plazo para grandes programas industriales, comerciales y de infraestructuras*
- f) por último, ampliar las cuotas de mercado de las empresas europeas en el ámbito de la contratación pública en los mercados de terceros países."*

123

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — «Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)» COM(2009) 615 final (2011/C 51/12)

Por último, la **Comunicación Acta del Mercado Único-Doce Prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza**, de 13 de abril de 2011, en la que la Comisión adopta, entre otras medidas clave y para relanzar el crecimiento y reforzar la confianza, la relativa a la revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos. En concreto, el punto 2.12 de la Comunicación indica: *“Revisión y modernización del marco de los contratos públicos para llegar a una política equilibrada que preste su apoyo a una demanda de bienes, servicios y obras que sean respetuosos del medio ambiente, socialmente responsables e innovadores. La revisión, además, deberá ofrecer a las autoridades adjudicatarias unos procedimientos más sencillos y flexibles y habrá de garantizar un acceso más fácil a las empresas, particularmente a las PYME”*. Y añade que la existencia de un marco legislativo adecuado en las concesiones de servicios brindará una mayor seguridad jurídica a esas asociaciones.

Por su parte, conviene recordar que EUROSTAT emitió su trascendental Decisión 18/2004, de 11 de febrero¹²⁴, sobre tratamiento en las cuentas nacionales de la Asociaciones Público-Privadas, en la que se contiene la interpretación auténtica de la Comisión Europea, a través de su oficina estadística, para determinar, en este tipo de relaciones, dónde deben computarse los activos sobre los que se prestan los servicios y la financiación precisa para construirlos y mantenerlos, si en las cuentas de la Administración cuyas necesidades se cubren con el contrato o en las del contratista o socio privado. En esta decisión, se concreta la doctrina de la transferencia de riesgos al socio privado, como criterio determinante para no consolidar el coste, ni la financiación, de la adquisición o construcción de los bienes en las cuentas públicas, sobre la que más tarde volveremos. En este ámbito comunitario, 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”¹²⁵.

124

News Release 18/2004. *New decision of Eurostat on deficit and debt. Treatment of public-private partnerships*. La Oficina Estadística de la Comisión (Eurostat) es el organismo comunitario al que el Reglamento (CE) 2223/96 del Consejo, de 25 de junio, relativo al sistema de cuentas nacionales y regionales, atribuye la supervisión de las cuentas nacionales de los estados miembros, y de los contratos y operaciones que se incluyen en las mismas, a fin de garantizar y verificar la aplicación de criterios contables uniformes en toda la Comunidad (el sistema contable conocido como SEC-95). Además, este mismo organismo estadístico es el encargado del seguimiento y verificación del cumplimiento del Pacto de Estabilidad y Crecimiento por parte de los estados miembros. Según EUROSTAT para que al inversión en los activos vinculados a una fórmula de CPP no compiten como déficit público se han de dar las condiciones siguientes: a) que el socio privado (concesionario) soporte el riesgo de la construcción, y b) que este socio privado soporte igualmente al menos uno de los siguientes riesgos: disponibilidad o de demanda. Si se cumplen estas condiciones –acumulativas– los activos de la concesión y sus correspondientes pasivos figurarán en el balance de la sociedad concesionaria y por tanto, fuera del perímetro” de déficit de la Administración Pública.

125

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.

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. Esta filosofía “penetra” en todos los ordenamientos nacionales y es un condicionante de las decisiones de gestión pública directa, en tanto las mismas exigen justificar la mejor eficiencia y calidad.

126

Sobre la propuesta de Directiva resulta de interés las reflexiones de Propuesta de Directiva de concesiones cabe citar el comentario de A. SANCHEZ GRAELLS, “What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of their Economic Balance?”, en *European Public Private Partnerships Law Review*, núm 2, 2012, págs. 94-104 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101712).

B.

El régimen de colaboración público-privada derivado de la nueva Directiva de Concesiones de 2014. Delimitación de fórmulas concesionales de la de contratos públicos de servicios

El nuevo paquete legislativo comunitario contiene una propuesta específica de Directiva de “concesiones” (la 23/2014) que es, sin duda, una de las grandes novedades¹²⁶. 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)¹²⁷. Esta normativa es, sin duda, estratégica para **poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado, 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 predecible¹²⁸. En consecuencia, 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 marco¹²⁹. Se incluyen de forma expresa las concesiones de servicios (lo que serían la gestión de los servicios públicos)¹³⁰ a la vez que permite incrementar la seguridad jurídica, ya que, por un lado, los poderes y entidades adjudicadores cuentan con unas disposiciones precisas que incorporan los principios del Tratado a la adjudicación de concesiones y, por otro, los operadores económicos disponen de algunas garantías básicas respecto al procedimiento de adjudicación¹³¹.

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

127

No puede desconocerse el dato de que los negocios concesionales y su mayor duración temporal les hacen más proclives a que se generen necesidades de adaptación o modificación a lo largo de su vigencia, lo que exige una respuesta jurídica propia. Vid. E. BOCKMAN MOREIRA, “Contratos públicos de largo plazo, mutações e segurança jurídica”, *La contratación pública a debate: presente y futuro*, (Dir: Fernández Acevedo, Rafael y Valcárcel Fernández, Patricia), Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor 2014, págs. 511-524.

128

Vid. J.M. GIMENO FELIU, *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, pp. 139-169. De hecho, en las instituciones europeas existió preocupación por la distorsión en la competencia del modelo concesional. La falta de definición de su régimen jurídico provoca cierto temor en las instituciones europeas a una restricción del mercado concesional y al aumento de los costes derivados de su aplicación, como advierte S. SAUS-SIER, *An Economic Analysis of the Closure of Markets and other Dysfunctions in the Awarding of Concession Contracts*, estudio encargado por el Parlamento europeo, junio de 2012, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120626ATT47715/20120626ATT47715EN.pdf>

129

Resultan de interés las reflexiones de X. LAZO “El futuro del mercado concesional en Europa”, *Revista CEFLEGAL*, EEF, núm. 154, noviembre de 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. 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.

130

La Directiva 2004/18 excluía expresamente a las concesiones de servicios. El artículo 17 afirmaba que “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”. La razón por la que las concesiones de servicios quedaban fuera de la normativa de contratación pública europea obedecía al diferente tratamiento jurídico que estas reciben en los Derechos nacionales y en la necesidad de dotar a las autoridades contratantes de un margen de flexibilidad acorde con su complejidad. P. VALCARCEL, “Público y Privado en la gestión de Servicios de Interés General”, ob. cit., p. 80.

131

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 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.

A estos efectos, recordamos, es sumamente ilustrativa la citada Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en derecho comunitario, en la 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 11. 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 AA. VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 172-182.

Vid., por todos, 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.; M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)”, en *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, tomo II, Thomson, Pamplona, 2012, págs. 3549 y ss.; e, ibidem, “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; M. A. BERNAL BLAY, *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas “paraconcesionales”*, Civitas, Cizur Menor, 2011; y P. VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, “Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2012, pp. 450 y ss. En este mismo sentido, en la doctrina italiana, M. RICCHI recuerda que “El contrato de concesión llevado a cabo sin una adecuada distribución de riesgos, violando los principios de la UE (lo que se hace extensible a la CPP) es nulo en virtud del artículo 1344 del Código Civil (italiano) referido a “contrato en fraude de ley” o conseguir un resultado no admitido por el ordenamiento. “I contratti di concessione” en G. CARTEI y M. RICCHI *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editorial Scientifica, Nápoles 2015. En este estudio se da cuenta de la la sentencia del TAR Cerdeña, n. 213 de 10 de marzo de 2011, que declara la nulidad de una concesión que no transfiere los riesgos al concesionario: “el contrato de concesión examinado se debe declarar nulo por ilegalidad de la causa del 1344 (contrato en fraude de ley). La operación económica concluida al término del procedimiento de adjudicación examinado se caracteriza por ser un instrumento mediante el cual se elude la aplicación de las normas y principios que rigen las concesiones de obras públicas y project financing, permitiendo a las partes alcanzar un resultado no querido por el ordenamiento”.

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”.

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)”¹³².

La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico, en tanto que de la incorrecta tipificación de un contrato público pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública¹³³. 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 las 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*)¹³⁴. Enausenciadetransferencia de riesgos nos encontramos ante un contrato de servicios, tal y como sucede con el concierto, que viene a ser un contrato de servicios¹³⁵.

Aquí radica la principal novedad de esta Directiva, que decide regular de forma autónoma la cuestión de las concesiones al entender que se exige un régimen “ad hoc” por la complejidad del modelo¹³⁶. 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 cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, vaya a recuperar las inversiones realizadas o 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 y que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no podrá calificarse de meramente nominal o desdeñable. Idéntica definición, pero para las obras, se incorpora para definir el contrato de concesión de obras.

134

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, apartado 40). En definitiva, la diferencia entre un contrato de servicios y una concesión de servicios reside en la contrapartida de la prestación del servicio y si existe o no riesgo en la explotación del mismo (véase en particular la sentencia de 10 de septiembre de 2009, WAZV Gotha, C-206/08, Rec. p. I-0000, apartado 51).

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 y 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 1 de febrero, 50/2013, de 25 de marzo y 136/2013, de 19 de septiembre de 2013) y el Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

135

Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, INSALUD, asunto C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que encaje con el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las directivas: “En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión”. Esta interpretación ha sido confirmada por la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, asunto C-552-13, en relación con servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que: “En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos núms. 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de esta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico”.

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 contrato¹³⁷. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se consideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo (considerando 11 y art. 5)¹³⁸. Como recuerda el considerando 20 de la Directiva:

“Un riesgo operacional debe derivarse de factores que escapen 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).

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

136

Así se recoge en el *Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor de 1 de febrero de 2013*, (PE492.669v03-00, págs. 204-206), cuyo ponente PHILIPPE JUVIN fue igualmente ponente del Parlamento europeo en la Directiva de concesiones.

137

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 ORTIZ, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como el reciente trabajo de J. PUNZÓN MORALEDA Y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico de los contratos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, 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 AA. VV., *Observatorio de 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 Uribe Menéndez*, núm. especial homenaje al profesor D. Juan Luis 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.

138

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 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 disociables (p. ej., construcción de un edificio para uso público con explotación de aparcamientos subterráneos) como en el de concesiones que engloben actividades diferentes (p. 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.

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)¹³⁹.

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 este 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 como concesión requiere no obstante que la entidad adjudicadora transfiera al concesionario la totalidad o, al menos, una parte significativa del riesgo que corre¹⁴⁰. Obviamente, no resulta razonable exigir a la autoridad pública concedente transferir riesgos económicos superiores a los que existen en el sector de acuerdo con la normativa aplicable (sobre los que la entidad adjudicadora carece de margen de decisión)¹⁴¹.

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, en el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, en el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, en el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o, incluso, en 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 concesión de servicios¹⁴². Pero tampoco puede olvidarse, como bien se ha indicado en la doctrina, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones de obras o de servicios generaría importantes problemas de funcionamiento¹⁴³. E imposibilitaría, en

139

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). 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)”.

140

Como bien ha recordado M. FUERTES, el TJUE ha admitido las peculiaridades que algunas prestaciones tienen, que la regulación puede limitar los riesgos, que la Administración contratante pueda estar atenta a las vicisitudes..., para reconocer que no se trata de un contrato de servicios. 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. “Los riesgos del riesgo de explotación”, en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013, p. 235.

141

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. LAZO VITORIA, “El futuro del mercado concesional en Europa”, ob. cit., p. 154; y 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 este 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).

142

Sin riesgo no hay concesión. Lo exponía muy bien F. J. VILLAR ROJAS en su trabajo: “La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales”, *RAP* núm. 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).

muchas ocasiones, garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos¹⁴⁴.

En todo caso, sin riesgo operacional no hay concesión (como acaba de recordar la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de Canarias en su Informe 1/2014 sobre calificación de contratos típicos y la libertad de pactos). De ser así, estaríamos, en palabras de G. MARCOU, ante supuesto de deuda pública disfrazada¹⁴⁵.

Interesa mucho esta matización a la hora de interpretar el “nuevo” concepto de riesgo operacional y su anclaje en la concepción tradicional del riesgo y ventura de las concesiones¹⁴⁶. 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, al revés– 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. En definitiva, la naturaleza de una concesión depende de la estructuración de las cláusulas contractuales y de la transferencia real al operador económico del riesgo operacional, tanto del riesgo de la demanda como del riesgo de oferta; prescindiendo de la relación bilateral o trilateral de la relación concesionaria y, en consecuencia, de si es el Poder Adjudicador o los usuarios finales los que remuneran los servicios prestados.

En la práctica esto comporta no solo una reducción del ámbito tradicional de nuestro concepto de servicio público, sino también que, en su caso, la única forma de gestión indirecta “tradicional”, junto con la fórmula de CPPI mediante la constitución de una sociedad de eco-

143

Como ha advertido la Comisión Europea en la Comunicación “Movilizar las inversiones públicas y privadas con vistas a la recuperación y el cambio estructural a largo plazo: desarrollo de la colaboración público-privada (CPP)” (Bruselas, 19.11.2009, COM (2009) 615 final), “para que la colaboración público-privada tenga éxito debe concebirse de forma que permita a los socios privados el potencial de generar unos beneficios proporcionales a los riesgos que asumen”. En estos términos se expresa (p. 13). En la doctrina científica se insiste en esta idea. Por todos, A. RUIZ OJEDA, *La concesión de obra pública*, Civitas, Madrid, 2006, pp. 469-549; P. VALCÁRCCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006, pp. 381-420; F. VILLALBA PÉREZ, “La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión”, en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica* (REALA), n° 2, 2014, pp. 14-15, y F. HERNANDEZ GONZALEZ, “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, ob. cit., pp. 189-190.

144

“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., pág. 272).

145

G. MARCOU, “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, en AA. VV., *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.

146

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”.

nomía mixta, sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto¹⁴⁷. Lo que no supone negar ni la acción concertada ni la decisión organizativa de crear empresas mixtas, sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las Directivas europeas de contratación pública. Por supuesto, contratos públicos de servicios, sin riesgo, puede ser “armados” contractualmente para proteger el interés público en servicios de interés general, lo que preserva la esencia de la prestación en cuestión (interesa el régimen jurídico y no tanto el tipo contractual formalmente elegido).

Esta delimitación de conceptos es importante, pues no pueden confundirse la figura del contrato de concesión (en especial, gestión de servicios públicos y sus modalidades) con los contratos de servicios. Y ello porque, además de consecuencias de régimen jurídico, se producen evidentes efectos desde la perspectiva de cómo se computan estas operaciones en la contabilidad europea¹⁴⁸.

147

Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, INSALUD, asunto C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que encaje con el concepto concesional, y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las Directivas: “En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión.” Esta interpretación ha sido confirmada por la reciente STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, asunto C-552-13, en relación con servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que: “En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos n.ºs 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de esta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico”.

148

Hay que evitar, en palabras de J. GONZÁLEZ GARCÍA (*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 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 AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, 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 PÉREZ 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, pp. 437-474.

C.

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

Las concesiones y fórmulas paraconcesionales que permiten la “gestión indirecta de servicios públicos” y de construcción y explotación de infraestructuras, 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, prestaciones que se deben diseñar pensando en la correcta ejecución del contrato (para lo que debe exigirse un adecuado plan económico-financiero) que dé seguridad a los potenciales licitadores sobre la viabilidad del negocio jurídico y dé, al propio tiempo, las garantías o certezas suficientes sobre el cumplimiento, en sus propios términos, de lo pactado¹⁴⁹.

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*

149

F. FRACCHIA señala que la característica más particular de la concesión es el hecho de que el concesionario sustituye a la Administración en la “gestión del riesgo” de un servicio o de una estructura (habitualmente junto a la “gestión” de una operación financiera global). Es precisamente una manifestación de que un empresario concreto está llevando a cabo una actividad que, en ausencia de la concesión, debería realizar la Administración. “Concessione amministrativa”, A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI Y R. COSTI *Annali I. Enciclopedia del diritto*. Editorial Giuffrè Editore, 2008, pp. 250-277.

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 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 nacional, como elemento claramente vinculado al concepto de riesgo operacional, ha venido admitiendo como garantía la idea de “equivalencia” de lo pactado. Así, junto a la técnica de re-

J. L. VILLAR EZCURRA, “El principio de riesgo y ventura”, en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 525 y ss.

Avala esta interpretación la nueva regulación del SEC (2010), aprobada por el Reglamento (UE) n.º 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 con el cómputo del déficit de las operaciones de APP se indica lo siguiente:

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 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 PÉREZ 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, pp. 437-474. Resulta de interés el trabajo de I. CALATAYUD PRATS, “Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios”, Revista General de Derecho Administrativo (Iustel, enero 2017), num. 44 (este trabajo analiza el actual régimen jurídico de la liquidación y resarcimiento de daños de los contratos de concesión de obra y de servicio público cuando se produce la resolución por causas imputables al concesionario tras la modificación del régimen de la RPA del Texto Refundido de la Ley de contratos del Sector Público introducida por la Disposición Adicional Novena de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público). Para el autor la actual normativa tiene, por un lado, como objetivo trasladar el riesgo al concesionario evitando con ello garantizar un reembolso mayoritario del proveedor de la financiación en caso de resolución y, por otro lado, regular un procedimiento, mediante un contrato de reemplazo, que permite fijar en un solo acto la liquidación y la indemnización de daños).

equilibrio económico, la normativa española (ahora también la europea) prevé la denominada responsabilidad patrimonial administrativa (RPA), cuando “fracasa” anticipadamente la concesión, previsión que se comporta como un elemento de seguridad importante y que funciona como “efecto llamada en los inversionistas” al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión¹⁵⁰. 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 ilegal). Opción ya incluida en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, después de la modificación introducida por la Disposición Adicional Novena de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público (y que, lógicamente, incluye PLCSP en tramitación)¹⁵¹.

Si fuera resolución imputable a la Administración –como es el caso de una decisión de “reinternalización” de un servicio o infraestructura–, la RPA desplegará, 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 este, hayan de pasar a propiedad de aquella, 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 de la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de revertir a aquella, 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 intelligitur* (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 económico¹⁵². Así, si se rescata una concesión, deberá indemnizarse conforme al sistema de RPA que se contiene en el actual TRLCSP.

152

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 de marzo de 1910).



V.

Cumplimiento de los contratos y seguridad jurídica.
Consecuencias prácticas en el ordenamiento español
de las exigencias europeas



Cambra de Comerç de Barcelona

A.

Las obligaciones europeas en el cumplimiento de las concesiones. La inexistencia de privilegios públicos

La nueva Directiva de concesiones regula también cuestiones que se refieren a la correcta ejecución del contrato. Muy especialmente regula el sistema de modificaciones contractuales (artículo 43), así como las formas de resolución de las concesiones. Y aquí existe un límite –nuevo– que será un elemento de control y que condiciona la resolución unilateral por parte de la Administración (en concreto, la figura del rescate como prerrogativa exorbitante). Por ello, 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 dicte, 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, en tanto establece un listado cerrado, se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, mediante la técnica de rescate por motivos de interés público, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador¹⁵³. Obviamente, por la lógica de la propia funcionalidad de los vínculos contractuales, se podrá resolver por incumplimiento del concesionario (opción que no es un rescate, pues de la misma no deriva la “reinternalización” del servicio)¹⁵⁴.

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

153

Vid. J. M. GIMENO FELIU, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016, pp. 50-71; ibídem, La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo, ob. cit, pp. 46-72 . Opinión que comparte el profesor J. TORNOS MAS, en “La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016, p. 49.

154

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.

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 concurren las circunstancias que lo habilitan y 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 esenciales¹⁵⁵. Y las mismas deberían figurar expresamente en el pliego o en el contrato, sin que sea posible, *a posteriori*, recalificar como tales ciertas obligaciones. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León 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, es decir *“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 que 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 su resolución¹⁵⁶. Lo indica muy bien (a modo de

¹⁵⁵ Vid. J.E. CANDELA TALAVERO, “La resolución del contrato público por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales”, Cuadernos de Derecho Local, núm. 43, 2017, pp. 230-258.

¹⁵⁶ Vid. J. TORNOS MAS, “La remunicipalización de los servicios públicos locales”, en libro col. *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, ob. cit., p. 63.

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, culposa 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 incumpli-

miento (siempre que se incumplan condiciones esenciales, debemos insistir)¹⁵⁷. Y ante esta doble opción el Ayuntamiento debería optar por la actuación más proporcionada¹⁵⁸, esto es, teniendo en cuenta los siguientes parámetros interpretativos: en primer lugar, el de las características de los contratos de esta naturaleza y de su dificultad de liquidación y, en segundo término, cuál es la opción menos gravosa para el Ayuntamiento y los intereses públicos, puesto que la opción de debido cumplimiento no implica el pago de las cantidades a las que se vería obligado en caso de resolver el contrato, aun cuando aquel invocara un supuesto incumplimiento, ni tampoco supondría el seguimiento de litigios y la asunción de costes que le supondría.

157

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 que 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”*.

158

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”*.

B.

La “reconducción” del rescate a las exigencias de la potestad expropiatoria. La desaparición de un privilegio unilateral

Pero el rescate, como forma de resolución, ya no puede ser entendida como un privilegio del contrato administrativo. 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.

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*¹⁵⁹.

Sirve de ejemplo la Sentencia del Tribunal General de Justicia de la Unión Europea (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11), que enjuicia un recurso del Reino de España y 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 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

159

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.

de directa aplicación a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues con ella se desnaturalizaría la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tienen cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, las prerrogativas públicas exorbitantes.

Esto significa que el rescate de una concesión –o figuras análogas– no pueden ser consideradas ya como una prerrogativa del contrato administrativo, pues éste cede a favor de un modelo de igualdad de trato, eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos¹⁶⁰.

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.

Esta regulación europea (y sus principios) obliga a reajustar y reinterpretar la normativa española pues, como es sabido, la figura del rescate (que encuentra su precedente en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955), se recoge en el TRLCSP como forma específica de resolución de contratos tanto para la concesión de obras públicas (artículo 269) como para el contrato de gestión de servicios públicos (artículo 286). Opción que se justifica en la prerrogativa de defensa del interés público, lo que significa que no puede solicitarse un rescate por incumplimiento del concesionario¹⁶¹ (esta potestad de rescatar una concesión es, aparentemente, una potestad discrecional, en tanto que solo exige constatar –y justificar– el concurso de un interés público, cuya satisfacción exige extinguir la concesión¹⁶². Lo que no sucede, como bien se ha hecho presente en la doctrina, cuando los motivos que se invocan son exclusivamente económicos y, en particular, los de subrogarse en una explotación lucrativa¹⁶³).

160

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.

161

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.

162

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

163

J. MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, 1992, p. 269.

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 potestad¹⁶⁴. Es decir, deberá existir *causa expropriandi* y aplicarse el procedimiento ordinario expropiatorio. Y un rescate, como “expropiación” del título habilitante, exigirá siempre compensación económica (justiprecio) que deberá abonarse con carácter general previamente¹⁶⁵.

Por supuesto, la posibilidad legal de iniciar un procedimiento de rescate (como toda expropiación de derechos) debería, además, valorar, junto con el fin público 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 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 advirtiera hace tiempo, una detallada 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.

Utilizar unilateralmente el rescate como prerrogativa contractual ya no es posible con la regulación europea, de tal forma que, de no aplicarse las reglas expropiatorias, estaríamos ante un supuesto típico de vía de hecho¹⁶⁶. Y podrán utilizarse los remedios jurídicos que ofrece nuestro ordenamiento jurídico ante esa posibilidad.

164

Tesis ya defendida (como recuerda F. ALBI en *Tratado...*, ob. cit., 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...*, ob. cit., 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.

165

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*.

166

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.

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 la resolución)¹⁶⁷. 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.

En consecuencia, la solución más lógica y conveniente, si lo que se pretende con un proceso de rescate es evitar la “precarización de condiciones laborales”, sería 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). Rescatar (expropiar) para mejorar las condiciones laborales de trabajadores no es *causa expropriandi* válida. Y, muy posiblemente, tampoco más la acertada para cumplir con ese fin laboral¹⁶⁸.

167

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, 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 la 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 solo se refiere a las normas sustantivas (“falta en la Ley una transitoria rectora del régimen temporal del nuevo procedimiento jurisdiccional”).

168

Y no se garantiza tampoco ese fin de estabilización, pues la subrogación no es fácil y, en muchos casos, supondrá un cambio del personal afectado. Sobre la situación del personal en un proceso de “remunicipalización” me remito al trabajo de F. CASTILLO BLANCO, “Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016, pp. 72-95 y J. MAURI MAJOS, “Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal”, *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017, pp. 79-123. A la dificultad ya existente sobre esta cuestión se añade la previsión de la Disposición Adicional 35 del Proyecto de Ley de Presupuestos del Estado para 2017, relativa a la *Exigencia de responsabilidades en las Administraciones Públicas y entidades dependientes de las mismas por la utilización de la contratación laboral*, advirtiendo a los órganos competentes en materia de personal en cada una de las Administraciones Públicas y en las entidades que conforman su Sector Público Instrumental, que serán responsables del cumplimiento de la citada normativa, y en especial velarán para evitar cualquier tipo de irregularidad en la contratación laboral temporal que pueda dar lugar a la conversión de un contrato temporal en indefinido no fijo. Así mismo, los órganos de personal citados no podrán atribuir la condición de indefinido no fijo a personal con un contrato de trabajo temporal, ni a personal de empresas que a su vez tengan un contrato administrativo con la Administración respectiva, salvo cuando ello se derive de una resolución judicial. E indica de forma expresa que “*las actuaciones irregulares en la presente materia darán lugar a la exigencia de responsabilidades a los titulares de los órganos referidos en el apartado segundo, de conformidad con la normativa vigente en cada una de las Administraciones Públicas*”.

C.

La seguridad jurídica en las concesiones como elemento esencial de la relación jurídica.

La necesaria motivación de las decisiones

Cualquier decisión administrativa que pretenda incidir en el régimen establecido en una concesión debe re-interpretarse conforme 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)¹⁶⁹.

Desde la perspectiva de la seguridad jurídica, toda decisión sobre “reinternalizar”, como su inversa, exige una adecuada motivación y explicación desde el **paradigma de la buena administración**. Como bien se ha explicado, no es suficiente un motivo político, sino que se exige que la decisión se fundamente desde el derecho a una buena administración¹⁷⁰.

Así lo ha recordado la valiosa sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 2015 (rec. 396/2014) cuando afirma: *“En este sentido, cabe significar que los principios de transparencia y buena administración exigen de las autoridades administrativas que motiven sus decisiones y que acrediten que se adoptan con objetividad y de forma congruente con los fines de interés público que justifican la actuación administrativa, tomando en consideración todas aquellas circunstancias que conforman la realidad fáctica y jurídica subyacente”*.

Tampoco se puede considerar un acto político o de gobierno (ni siquiera cuando es adoptada por un ayuntamiento, por ejemplo), pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa discrecional, pero vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público¹⁷¹.

La decisión de “volver” a una gestión directa de una actividad gestionada indirectamente por particulares (generalmente una concesión) deberá justificarse en la mayor calidad y eficiencia de la prestación que se “reinternaliza”¹⁷²,

¹⁶⁹

Sobre los efectos y requerimientos del principio de confianza legítima conviene recordar la jurisprudencia del 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.

¹⁷⁰

De especial interés son las muy acertadas reflexiones de J. PONCE en su trabajo “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, REDA 175, 2016, pp. 57-84.

¹⁷¹

Vid. J. PONCE, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, ob. cit., p. 80. Por ello, no es aceptable, por ejemplo, que un simple cambio de mayorías políticas en un gobierno local conduzca a fundamentar el rescate por razones, digamos, ideológicas.

¹⁷²

El Tribunal de Cuentas, en su Informe núm. 1010, de fiscalización del sector público local, ejercicio 2011, ha puesto de relieve que, en el caso de municipios correspondientes al tramo de entre 5001 y 20 000 habitantes, los datos han permitido concluir que resultó más cara la prestación mediante contratación pública que a través de los propios medios municipales. Pero, en otros contratos, ha resultado más eficiente la prestación mediante un “socio privado”.

condición ésta que, desde luego, podrá ser determinada por una deficiente gestión o prestación del servicio por el adjudicatario. Esta máxima de eficiencia en la decisión, preservando obviamente la lógica de calidad, regularidad y continuidad del servicio, debe ser un parámetro clave –incluso decisivo– para justificar la decisión que se adopte¹⁷³. Decisión que, aun con marcado carácter discrecional, como también se ha señalado, podrá ser objeto de control jurídico, desde la perspectiva de que “las obligaciones jurídicas de buena administración existentes en nuestro ordenamiento jurídico hacen que el derecho ya no pueda ser indiferente a la discrecionalidad (en este caso en la gestión de los servicios públicos), paradigma clásico de nuestra doctrina y jurisprudencia que debe ser superado, y que esta discrecionalidad no consista en una libertad omnímoda de elección entre alternativas ajenas a lo jurídico”¹⁷⁴.

Ningún tipo de decisión discrecional, como se ha dicho, debe quedar sustraída al control judicial, por más que éste deba ser menos riguroso (STS de 3 de abril de 1992. Ar. 3332). Así lo opina el profesor S. MARTIN-RETORTILLO, al afirmar que la obligada flexibilidad del actuar de la «Administración Económica», su antiformalismo, no debe entorpecer su sometimiento al ordenamiento jurídico¹⁷⁵. Máxime si se tiene en cuenta que, como afirma MEGRET, pocos ámbitos hay donde el intervencionismo del Estado introduce un riesgo, una potencialidad de arbitrariedad tan grande como en el sector económico¹⁷⁶. Por tanto, dichas actuaciones de la «Administración Económica» deberán ser objeto de fiscalización por los Tribunales¹⁷⁷. Y en dicho control jugarán especial importancia, además de los principios generales de Derecho comunes a toda actuación administrativa (igualdad, proporcionalidad, racionalidad, etc.), los más específicos de justicia y eficiencia y economía en el gasto público; y también el principio o la regla de libertad de empresa y libre competencia, sin olvidar que el cumplimiento de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para dicho interés¹⁷⁸.

173

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

174

Vid., en este sentido, J. PONCE, “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, *ob.cit.*, pp. 74-75.

175

S. MARTIN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo Económico*, *ob. cit.*, p. 61.

176

La cita puede verse en el libro de G. FERNANDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983, p. 578.

177

Así se expresa claramente G. FERNANDEZ FARRERES, quien es autor de una de las principales construcciones doctrinales sobre dicha necesidad, y cuyas ideas son hoy, como se ha visto, de especial interés. *La subvención...*, *ob. cit.*, pp. 615 y ss.

178

Vid. J.J. PARDO GARCÍA-VALDECASAS, “El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual”, en *La contratación Pública: problemas actuales*, Cano Campos/Bilbao Alexiades (coord.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013, p. 154.

El juez, en definitiva, deberá vigilar si la “decisión económica” de la Administración era la mejor de las decisiones posibles y podrá modificar ésta, si su análisis le lleva a la conclusión de que aquella no era la más correcta. Y para ello atenderá, lógicamente, a la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente “derecho pretoriano”, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea¹⁷⁹.

Y no será correcto el argumento de que se garantiza una estabilidad de empleo o se dignifican las condiciones laborales, pues tal motivación resulta ajena a los motivos que justifican una posible “reinternalización” y puede comportar un vicio de desviación de poder (muy evidente si la decisión pretende una “funcionarización encubierta del personal”)¹⁸⁰. Desviación de poder que invalidará jurídicamente la decisión y que, obviamente, podrá ser combatida en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional¹⁸¹. No puede olvidarse la jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión (vinculada a la seguridad jurídica). Una reiterada jurisprudencia comunitaria, de la que es representativa la STJUE de 14 de julio de 2006 (Endesa, S.A. contra Comisión), ha sintetizado el anterior concepto de desviación de poder, señalando al efecto que la misma concurre “*cuando existen indicios objetivos, pertinentes y concordantes de que dicho acto ha sido adoptado con el fin exclusivo o, al menos, determinante de alcanzar fines distintos de los alegados o de eludir un procedimiento específicamente establecido por el Tratado para hacer frente a las circunstancias del caso*”¹⁸². Igualmente, la Sentencia TJUE de 5 de noviembre de 2014, *Computer Resources Intemational (Luxembourg) SA. y Comisión Europea* (Assumpte T-422/11), va a delimitar los supuestos en que concurre desviación de poder:

“110 Ha de recordarse que, según una jurisprudencia reiterada, el concepto de desviación de poder se refiere al hecho de que una autoridad administrativa haga uso de sus facultades con una finalidad distinta de aquella para la que le fueron conferidas. Una decisión solamente está

179

Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE”, ob. cit., pp. 81-122.

180

También J. PONCE apunta la existencia de desviación de poder, y consecuente invalidez, cuando la finalidad del rescate es una “remunicipalización” o se aleja de los fines propios. “Remunicipalización y privatización de los servicios públicos y derecho a una buena administración. Análisis teórico y jurisprudencial del rescate de concesiones”, ob. cit., p. 89.

181

El acto administrativo aplica a un supuesto de hecho concreto las previsiones de la norma jurídica. Y esa aplicación ha de servir expresa o implícitamente a los fines previstos en aquella. Su inobservancia conduce al vicio de desviación de poder (artículo 48 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; artículo 83.3 Ley 29/1998 y, también, artículo 106.1 Constitución). Por ello, el artículo 34.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, afirma que el contenido de los actos será “adecuado” a los fines previstos. A esa adecuación o congruencia se denomina “causa”, elemento objetivo que permitirá, en su caso, el control de esa adecuación y, por ello, del propio acto. De ahí que la Ley obligue a motivar determinados actos (artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre); motivación que se incorpora a la causa permitiendo así el control de la legalidad. Sobre el concreto significado resulta de interés la Sentencia de la Sala de lo contencioso del Tribunal Supremo de 27 de Febrero de 2017 (rec.1148/2016). En la doctrina resulta de especial interés la monografía de C. CHINCHILLA MARÍN (2004), *La desviación de poder*, 2.ª reimpr. de la 2.ª ed., Civitas, Madrid.

182

Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1984, Lux/Tribunal de Cuentas, C-69/83, apartado 30; de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, apartado 24; de 13 de julio de 1995, Parlamento/Comisión, C-156/93, apartado 31; de 14 de mayo de 1998, Windpark Groothusen/Comisión, C-48/96 P, apartado 52, y de 22 de noviembre de 2001, Países Bajos/Consejo, C-110/97, apartado 137. Puede consultarse el trabajo de R. BUSTILLO, “La desviación de poder en el derecho comunitario y en el Convenio europeo de derechos humanos”, RAP núm. 188, 2012, pp. 65-97.

viciada de desviación de poder cuando resulte, en función de indicios objetivos, pertinentes y concordantes, que fue adoptada con dicha finalidad (sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1990, Fedesa y otros, C-331/88, apartado 24, y de 10 de mayo de 2005, Italia/Comisión, C-400199, apartado 38). En el caso de pluralidad de finalidades, aunque junto con los motivos válidos se invoque uno injustificado, no por ello la decisión estará viciada de desviación de poder, siempre y cuando no sacrifique la finalidad esencial”.

Si lo que se pretende es una puesta en valor de unas mejores condiciones laborales de los trabajadores (opción legítima amparada por el Derecho de la Unión Europea), lo que procede es “rearmar” el contrato concesional atendiendo a estas condiciones sociales, tal y como, por ejemplo, se ha indicado en el Acuerdo 72/2016, del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón, al afirmar que las condiciones sociales y laborales forman parte del propio objeto de una licitación pública, como se explica por la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública, y que esta posibilidad, además, no supone una restricción indebida de la competencia y permite introducir criterios sociales en las licitaciones públicas, que posibilitan un mejor cumplimiento del contrato (Sentencia de la Audiencia Nacional de 25 de marzo de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª, que admite incluso la subrogación “contractual”, aunque ha sido casada por la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1350/2016 de 8 junio. Sin embargo, el Tribunal Supremo no niega la posibilidad de la subrogación contractual en abstracto). Por ello, en relación con las retribuciones de los trabajadores, el citado Tribunal Administrativo declara que: *“la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, este Tribunal administrativo considera legal tal opción, que no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato y que pretende dotar de calidad la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere*

el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Es más, la posibilidad de condiciones de ejecución de este tipo, fijando retribución mínima de los costes laborales, ha sido admitida por la Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato”.

En definitiva, ha sido, en muchos casos, el déficit de la función de policía en el desarrollo de la prestación de servicios públicos por concesionarios la verdadera causa del mal funcionamiento de los mismos¹⁸³. Función de policía en la prestación de los servicios públicos que, como bien ha advertido el profesor T.R FERNANDEZ, es la verdadera esencia de la doctrina de G.JEZE en relación a los servicios públicos¹⁸⁴. Justificar una prerrogativa pública para “reinternalizar” en los supuestos de disfunciones del modelo de colaboración público-privada, cuando éstas son causa de una incorrecta diligencia administrativa en el diseño y control de estas modalidades de prestación del interés público resulta, cuando menos, una paradoja.

En todo caso, *deberá demostrarse que es posible y más beneficioso para el conjunto de la ciudadanía que la gestión y prestación del servicio “regrese” a la Administración*¹⁸⁵.

183

Por supuesto que esa decisión puede ser comprensible y razonable o ser injustificada y arbitraria, o explicarse solamente con argumentos banales o demagógicos - con diferentes niveles entre una y otra calificación. Pero, así como en las relaciones entre particulares no siempre es jurídicamente preciso conocer cuáles son los motivos que han llevado a una parte a incumplir un contrato, cuando se trata de la Administración, que en teoría *sirve y pertenece a todos, esas razones han de ser conocidas y públicamente expuestas*, como consecuencia de la exigencia general de motivación en todos los actos de la Administración. Eso significa que también las razones profundas que empujen a la Administración a llegar a esa decisión merecerán su propia valoración y control jurídico.

184

T.R FERNANDEZ, “León Duguit en España y en español”, Revista de Administración Pública, núm. 183, 2010, p.44.

185

Por supuesto, esta decisión requeriría, en el caso de una Administración local, 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.

D.

El control de la legalidad en la actuación del concesionario: sistema de *compliance* como elemento de garantía del cumplimiento

Partiendo de la necesidad y obligación de dar cumplimiento a lo que se establece en el Derecho Europeo, sobre las condiciones que se pueden exigir a un concesionario tanto para merecer la concesión como para llevarla a cabo, las ya citadas Directivas 2014/23/UE, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y 2014/24/UE, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, *abren la puerta a la exigencia de programas "compliance"*, pero lo hacen indirectamente, pues no se afirma en forma positiva que las empresas aspirantes a alcanzar una concesión deban presentar un programa de cumplimiento normativo, pero, en cambio, sí dicen que los operadores económicos aspirantes a una contratación *que se hallen incurso en alguna prohibición para licitar o contratar con la Administración, pueden ser exonerados de tal prohibición si demuestran haber implantado "medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas" en su organización empresarial*¹⁸⁶. Es razonable que la Administración quiera contratar solamente con empresas o empresarios intachables, y eso debe plasmarse, en todo caso, en una investigación que debería hacer la propia Administración, pero parece que el sistema que propicia la Directiva discurre por otras ideas.

Realmente es extraño que la "compliance" se exija para "obviar" la incapacidad para concurrir¹⁸⁷ y, ya que se da tanta transcendencia a los programas de cumplimiento normativo –aunque en realidad no es eso lo que se exige, sino, concretamente, un programa de prevención de delitos– no se dé el paso de exigir su presentación como requisito para concursar¹⁸⁸. Más aún: tendría sentido lo segundo (solicitarlo *ex ante* a todo aspirante) en mucha mayor medida que la fuerza exoneradora que se le confiere a su presentación por parte de quien está afectado por una prohibición para contratar, además del excesivo

¹⁸⁶

La Directiva de concesiones, en su artículo 38, se refiere a las causas de exclusión de aspirantes a concesionarios. La vigente Ley de contratos del sector público ofrece una relación de prohibiciones de contratar (art.60 de la Ley), entre las que destacan, ante todo, la condena por la comisión de delitos, la situación de concurso o insolvencia o la falsedad en las declaraciones presentadas a la Administración. El artículo 71 de PLCSP enumera a su vez las prohibiciones de contratar.

¹⁸⁷

Lo que se expresa diciendo que la prohibición para participar en un procedimiento de adjudicación de concesión o para contratar con la Administración que, con carácter general, impediría a cualquier empresa que haya sido condenada mediante sentencia firme por los delitos de participación en organización delictiva, corrupción, fraude, delito de terrorismo o ligado a actividades terroristas, blanqueo de capitales o financiación del terrorismo o trabajo infantil, no se aplicaría, sin embargo, para aquellos operadores económicos que pese haber sido declarados criminalmente responsables de alguna de las citadas infracciones penales, prueben, además de haber procedido a indemnizar el daño causado y colaborar activamente con las autoridades investigadoras, haber adoptado y estar cumpliendo con un programa eficaz de *compliance penal* en su empresa.

¹⁸⁸

Lo que permite detectar y evitar casos de financiación ilegal, contrataciones fraudulentas, supuestos de sobornos, etc. Por todos, J.J. QUERALT, "Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas", Revista Internacional de Transparencia e Integridad, núm. 2, 2016.

poder que tendría la Administración, a quien se faculta, nada menos, que para rehabilitar a una empresa que ha sido condenada por un Tribunal penal con sentencia que la Administración podría dejar sin efecto valorando libremente la suficiencia de un programa de prevención, suficiencia que, en el proceso penal, ha de someterse a un análisis riguroso¹⁸⁹.

Tal vez los autores de la Directiva dieron por supuesto que los aspirantes a una concesión incluirán esa promesa de ordenación interna si quieren concurrir. Pero, sea como fuere, es preciso tener en cuenta algunas trabas jurídicas a la eficacia de tal declaración sobre la posibilidad de obviar prohibiciones de contratar, puesto que, a las personas jurídicas responsables penalmente de algún delito, se les puede imponer (artículo 33 f) CP) la pena de prohibición de contratar con la Administración por tiempo de hasta 15 años. Como es lógico, si pende el cumplimiento de esa pena, ninguna *compliance* podrá evitar la exclusión, y la falta de *automatismo* de la disposición de la Directiva podría evitar el choque entre el derecho interno y la norma europea.

En contra de ello, algunas voces sostienen que lo que dispone el artículo 57.6 de la Directiva 2014/24 (y lo mismo se dice en las Directivas 2014/23 y 2014/25) facultará a la Administración contratante para obviar las prohibiciones de contratar con empresas sobre las que pese esa exclusión. El pasado delictivo se “olvidará” y se premiará la promesa de buen comportamiento futuro, articulada sobre un programa de prevención de delitos o de infracciones administrativas.

Semejante interpretación olvida, ante todo, que las prohibiciones de contratar pueden provenir de *sentencias penales* que apliquen el artículo 33.7 CP (penas imponibles a personas jurídicas), o de las específicas previsiones de imposición de esa clase de penas previstas en los artículos 424.3 CP o 436.1 CP (delitos de cohecho y de fraude a la Administración). En esos supuestos, y según lo dispuesto en el artículo 61 TRLCSP, *en los casos en que por sentencia penal firme así se prevea, la duración*

¹⁸⁹

Según indica la “Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2016, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica 1/2015”, p.51 y ss.

de la prohibición de contratar será la prevista en la misma. En los casos en los que ésta no haya establecido plazo, esa duración no podrá exceder de cinco años desde la fecha de la condena por sentencia firme.

A su vez, el vigente derecho de la contratación pública (art.60 TRLCSP, según redactado dado por el apartado uno de la disposición final novena de Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) incluye una relación de delitos que comportan la prohibición de contratar con las Administraciones públicas, incluso en el supuesto de que esa prohibición no haya sido indicada como pena accesoria por el Tribunal penal, lo cual no debe interpretarse como una “imposición de pena por la Administración”, cosa que no sería posible, sino como un *criterio de selección*¹⁹⁰.

A esa relación de supuestos de prohibición se añaden otras, que tienen por base la comisión de infracciones administrativas, el estado de concurso o el haber sido declarado insolvente en cualquier clase de procedimiento, el estar sujetos a intervención judicial o haber sido inhabilitados, el no estar al corriente de obligaciones tributarias, de la Seguridad social o de otras irregularidades de la contratación laboral, y aun otras como las contenidas en el artículo 60 TRLCSP. Ha de destacarse, también, que el mismo precepto se refiere a las prohibiciones de contratar *ya impuestas como sanción administrativa*¹⁹¹ y que se incluyen también las incompatibilidades legalmente establecidas¹⁹², y otras que no vamos a enumerar¹⁹³.

Para cerrar este punto hay que decir que el Proyecto de nueva ley de contratos del sector público se pronuncia en términos similares –no entraremos en las diferencias– y no contempla la posibilidad de dispensar de las prohibiciones en virtud de la presentación de un programa futuro de buen gobierno corporativo. Cuestión diferente es que la aplicabilidad directa de la Directiva de concesiones lo pueda permitir, pero la aceptación sin reservas de lo dispuesto en la Directiva no es posible. Tal vez se puedan exceptuar del rechazo los casos en

190

Condenas firmes por delitos de terrorismo, constitución o integración de una organización o grupo criminal, asociación ilícita, financiación ilegal de los partidos políticos, trata de seres humanos, corrupción en los negocios, tráfico de influencias, cohecho, prevaricación, fraudes, negociaciones y actividades prohibidas a los funcionarios, delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, delitos contra los derechos de los trabajadores, malversación, blanqueo de capitales, delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo, la protección del patrimonio histórico y el medio ambiente, o a la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio.

191

f) Estar afectado por una prohibición de contratar impuesta en virtud de sanción administrativa firme, con arreglo a lo previsto en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, o en la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

192

Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado o las respectivas normas de las Comunidades Autónomas, de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas o tratarse de cualquiera de los cargos electivos regulados en la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

193

Sobre esta cuestión de las prohibiciones de contratar resulta de interés el estudio de T. MEDINA ARNAIZ, “la regulación europea de las prohibiciones de contratar y su aplicación según la jurisprudencia de la Unión Europea”, en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 173-194.

que se trata de una prohibición derivada de causas administrativas y en que se plantea la reducción del plazo. Pero la posibilidad de dejar sin efecto prohibiciones *derivadas de sentencias penales* equivaldría a dotar a la Administración de la potestad material de *indultar penas*, lo cual sería inconstitucional.

E.

Las posibles consecuencias jurídico-penales por “expropiación” o actuación indebidas en las concesiones

Ya se ha advertido que la Administración pública debe explicar y, en su caso, responder, sobre el modo en que cede actividad a las empresas públicas y celebra contratos públicos y concesiones— momento en el que pueden producirse delitos—, a quién se la cede, cómo lo hace, y supervisar cómo se cumple con la concesión. Esta es una responsabilidad que no desaparece con la concesión, la cual, ciertamente, supone la presencia de un particular que entra en un ámbito de actividad que pertenece originariamente a la Administración, pero cuya entrada no cancela la naturaleza originaria de responsabilidad administrativa. Responde, pues, la Administración por cómo cede la gestión de un servicio, a quién la cede y cómo ese servicio es prestado a partir de ese momento, pues, en principio, y por obligación constitucional, sigue teniendo un deber de control, y, en su caso, y por razones justificadas, puede tener que proceder a cancelar la concesión. Puede suceder que ese deber de vigilancia no se cumpla y que se permita conscientemente o negligentemente la desviación, en cualquier dirección cuantitativa o cualitativa, del concesionario. Esa posibilidad, claro es, debiera dar lugar *a responsabilidad de la Administración*, sin entrar en hipótesis de connivencia con el concesionario.

Pero en el extremo opuesto se encuentra la hipótesis contraria: que la Administración decida recuperar la gestión del servicio cedido. Recuperación que no puede ser ni arbitraria ni gratuitas ni contraria a los términos del contrato de concesión, *y por eso mismo, la Administración deberá también responder tanto en vía contencioso-administrativa como en vía penal por cómo recupera el servicio objeto de concesión.*

Según se ha explicado, la vieja idea de que la competencia originaria tiene tal fuerza que permite a la Administración recuperar la gestión del servicio “cuando le

venga en gana” en tanto ejerce una potestad pública, ya no es admisible a la luz de la evolución de la legislación, especialmente, de la europea, visible en la Directiva de concesiones de 2014 y en los principios europeos que han de respetarse en la contratación pública, entre los que destaca la mutua confianza en el valor y fuerza del contrato de concesión. En esta situación, la recuperación de un servicio habrá de recorrer un procedimiento administrativo, el de expropiación, y todo lo que no sea eso será una actuación unilateral que quedará fuera de la vía jurídica correcta.

Es importante recordar lo que se ha dicho antes sobre esta cuestión:

- a) el artículo 44 de la Directiva de Concesiones fija los supuestos en los que la concesión puede concluir anticipadamente.
- b) La consecuencia es la excepcionalidad de la resolución anticipada
- c) La invocación del interés público no puede ser justificación suficiente para romper la relación contractual

A la vista de esas condiciones, resultará no solamente que la vía de recuperación tenga que ser la de la expropiación, sino que, además y previamente, la decisión misma de rescatar o recuperar la concesión pueda ser debidamente fiscalizada jurisdiccionalmente. Por consiguiente, el rescate es posible, pero tanto su motivación cuanto su ejecución exigirán el cumplimiento de condiciones derivadas, en primer lugar, de la naturaleza del servicio, de las condiciones de su concesión a un particular, del modo en que ha sido cumplido, etc; y, en segundo término, de las compensaciones que habrá de recibir el concesionario y, correlativamente, de las modificaciones en la valoración y calificación jurídico-penal de las desviaciones en esa materia¹⁹⁴.

Sabemos que las concesiones, en cuanto realidad jurídica, son fruto o expresión de un contrato entre la Administración y un particular, sea persona física o jurídica. Se trata, pues, en su esencia, de una relación contractual.

¹⁹⁴

El rescate, como hemos advertido, no es una medida sancionadora, ni podría serlo, pero es una forma “anormal” de finalización de la relación entre Administración y concesionario, teniéndose por “normal” que el contrato de concesión de un servicio o de gestión de infraestructuras se extinga por las causas de resolución contractualmente establecidas, comenzando por la finalización de la duración del mismo. Claro es que la resolución *anticipada* se tendrá que explicar en nombre de razones de interés público que obligan a la Administración a gestionar el servicio directamente. Pero, como se ha advertido antes, *el rescate de la concesión no es un derecho que la Administración tiene a su disposición para ejercerlo cuando lo estime oportuno*, y por encima de esa supuesta potestad de la Administración está la fuerza de las cláusulas del contrato de concesión.

Como todo contrato puede ser cumplido o no por cualquiera de las dos partes, pero, también, como todo contrato, es ley entre esas partes y su infracción ha de producir consecuencias jurídicas necesariamente¹⁹⁵. El rescate, insistimos, es posible, claro está, pero su puesta en práctica está condicionada en cuanto al procedimiento, que, salvo el supuesto de que se produzca un acuerdo entre la Administración y el concesionario, tendrá que ser el propio de la expropiación de la concesión. En tanto el rescate es una expropiación, debe existir, como presupuesto habilitante, la *causa expropriandi* (artículos 33.3 CE y 1.1. y 9 Ley Expropiación Forzosa), cuya acreditación implicará la prueba de que la decisión no se orienta al interés de un círculo reducido de personas, sino que tiene finalidades “supraindividuales”. La ilicitud penal, con independencia de la explicación de la decisión misma, puede surgir por el modo en que se lleve a cabo dicha decisión, del mismo modo que delinque el dueño de una cosa que la recupera de quien legítimamente la tiene en virtud de contrato de arriendo utilizando violencia o intimidación. Y es que la Administración no puede recuperar unilateralmente una concesión amparándose exclusivamente en su voluntad.

La justificación, por lo tanto, de la finalidad que se persigue con la expropiación de una *concesión administrativa, que genera un derecho en el concesionario*, debe de ser “públicamente” expuesta por el ente administrativo que la haya promovido (SSTC de 26 de marzo de 1987 y 7 de febrero de 1990). Y, como se ha explicado por las exigencias europeas, en ningún caso puede depender del mero deseo de recuperar la gestión directa. La única posibilidad que avalaría la recuperación es el interés de la buena Administración o, lo que es lo mismo, el deseo de ofrecer a los ciudadanos un servicio de mejor calidad en todos los sentidos, sin que tengan cabida argumentaciones de otra clase (como, por ejemplo y como ya se ha dicho, asegurar las condiciones laborales de los trabajadores de la concesionaria, que supondría una desviación de poder susceptible de invalidar la decisión).

195

Artículo 1091 del Código Civil: “Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos”.

Por esas razones, la *seguridad del concesionario*, que se presenta inicialmente como una condición necesaria para el adecuado cumplimiento de la concesión, es algo más que eso: *un bien jurídico plena y penalmente tutelado*, puesto que forma parte del interés general que los concesionarios puedan estar respaldados por la seguridad.

1) Expropiación ilegal de una concesión

En un proceso de rescate de una concesión administrativa, su incorrecta tramitación pueden dar lugar a la aparición de delitos, de entre los cuales sobresale, por mencionar expresamente a la expropiación, el del artículo 541 CP. Una expropiación realizada sin cumplir con las condiciones legales establecidas es “ilegal”, y con ese nombre (expropiación ilegal) se designa doctrinalmente un concreto delito, descrito en el artículo 541 del CP, en la sección 3ª del Capítulo V del Título XXI CP, dedicada a Delitos cometidos por los funcionarios públicos contra derechos individuales, con el siguiente tenor:

“La autoridad o funcionario público que expropie a una persona de sus bienes fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales, incurrirá en las penas de inhabilitación especial para empleo o cargo público de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses”.

Es este un delito de larga presencia en el Derecho penal español, aunque se ha aplicado pocas veces. Según los analistas, es una consecuencia necesaria de la declaración solemne que hace artículo 33.3 de la Constitución, a la que antes nos hemos referido. Es fácil comprender que un delito enclavado en el Título XXI del Libro II del CP no puede tener como finalidad la de proteger la propiedad privada o los derechos con contenido económico, sino que, al igual que otros preceptos del mismo Título, se orienta a la protección de garantías constitucionales y legales en la relación entre la Administración y los ciudadanos, que pueden entrar en conflicto en determinados campos, como son el ejercicio del derecho de reunión o de manifestación, o el pacífico disfrute de

la propiedad. Una consecuencia fácilmente deducible es, además, la frontera jurídica obligada con el delito de usurpación (Capítulo V del Título XIII CP), en las situaciones de absoluta inexistencia de procedimiento legal alguno para privar a alguien de su derecho sobre un inmueble.

Algún analista¹⁹⁶ ha criticado la presencia de este delito en este lugar del Código, en el entendimiento de que se coloca indebidamente la propiedad al mismo nivel que otros derechos que sí son fundamentales¹⁹⁷, sino entre los derechos económicos y sociales, regulados por ley ordinaria y garantizados únicamente por los procedimientos comunes ante los Tribunales ordinarios. Pero el particular perfil del disfrute de la propiedad, al que se une la prohibición constitucional de la confiscación¹⁹⁸ así como una percepción social que ve en ello una muestra gravísima de crisis del Estado de Derecho, puede explicar, junto con una tradición no cuestionada, que se emplace en ese lugar la infracción.

De acuerdo con el criterio de la (escasa) jurisprudencia y doctrina que se ha ocupado de esta infracción, los elementos que componen este delito son, ante todo:

- a) *que la expropiación se lleve a cabo fuera de los casos permitidos.*
- b) *que no se cumpla en su tramitación con los requisitos legales.*
- c) *que se llegue a producir un resultado, consistente en la pérdida de la propiedad o bien de que se trate.*

Esta descripción típica es realmente poco esclarecedora de cuáles son los contornos de la infracción penal, lo cual es censurable, y se puede achacar ello a la vetustez de la fórmula, que ha permanecido indiferente a la evolución de la legislación no penal.

Por lo que se refiere a **los elementos del delito de expropiación ilegal, debe advertirse**, en primer lugar y no es cuestión menor, que la resolución administrativa por la que se declara la necesidad de recuperar el servicio

196

J.M. TAMARIT, en *Comentario al artículo 541*, en VVAA, Dir. Quintero Olivares, *Comentarios al Código penal español*, Aranzadi Thomson Reuters, 7ª ed. 2016.

197

Aunque esta es una cuestión debatida, sobre la que puede verse: L. Díez-Picazo, "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española*, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría, p. 1257 y ss., t. II, De los derechos y deberes fundamentales, Civitas, Madrid 1991. También, RODRÍGUEZ-ZAPATA, "La propiedad privada: de cienienta a derecho fundamental", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, nº 3 (jul.-sept. 2001), p.601 y ss.

198

Art.31-1 CE: *Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio.*

y en cuya virtud, se decide el rescate, es recurrible en vía contencioso-administrativa. Hasta la Directiva de Concesiones de 2014 se sostenía que los motivos de impugnación eran, ante todo, la falta de declaración de utilidad pública y, en un plano diferente, la incompetencia del órgano que dictaba la resolución o la falta del procedimiento adecuado para producirla.

A la luz de la Directiva de Concesiones, como se ha expuesto ampliamente en estas páginas –derivándolo del sentido, a contrario sensu, del art.44 de la Directiva– *no es suficiente, como razón básica, la declaración de interés utilidad pública, sino que se requiere la constatación de que se ha producido una de las causas de resolución incluidas en el contrato de adjudicación de la concesión*. Si la decisión de proceder al rescate despreciara la necesidad de satisfacer esas condiciones, podría ser anulada jurisdiccionalmente, poniendo fin al proceso expropiatorio y, con ello, a la posibilidad de realización del tipo de delito.

Pero si, por la razón que fuere, no se produce la anulación de la decisión de rescate, y éste prosigue, tampoco se podría impedir que la jurisdicción penal revisara la procedencia del rescate, y, de ser injustificable, apreciara la existencia de delito, pues otra interpretación otorgaría a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el poder de decidir sobre la existencia de delito, amén de que podría darse la posibilidad de que el perjudicado, por cualquier razón, no impugnara en vía contenciosa la declaración de necesidad del rescate y el acuerdo de inicio del proceso expropiatorio, dando lugar entonces a la absurda conclusión de que *habría perdido la posibilidad de recibir tutela de la jurisdicción penal*.

En resumen: para la apreciación de la existencia de delito no es precisa una especie de *condición objetiva de procedibilidad*, consistente en que la jurisdicción contenciosa haya declarado la ilegalidad del rescate. Eso puede ser lo lógico, pero no ha de suceder así *necesariamente*.

Por otra parte, en relación a la concreción del alcance del tipo, la primera posibilidad típica que se puede con-

templar es la de que se inicie directamente el procedimiento de rescate, notificando al concesionario la terminación de su relación con la Administración, pero sin que medie resolución alguna, ni correcta ni defectuosa. Si no hay resolución, la decisión carece de *causa expropriandi* y, en tal caso, huelga entrar en el incumplimiento de requisitos procedimentales, pues se trata de un supuesto de nulidad radical de toda la actuación administrativa, desde el cual no es concebible el inicio de un procedimiento administrativo con sus pasos normales, ya que si la Administración decide “expropiar” sin interés público, por mera arbitrariedad, *entraremos fácilmente en la calificación penal de delito de expropiación ilegal*, a la que *posiblemente* habrá que añadir la de prevaricación cometida por el titular del órgano que ordenó llevar a cabo el rescate de esa manera.

A la vista de lo dicho, se puede plantear un problema más complicado, a saber: *decidir a partir de cuándo se puede apreciar la existencia de delito*. Conviene recordar que el tipo se refiere a expropiar *fuera de los casos permitidos y sin cumplir los requisitos legales*. Algún comentarista ha argumentado que hubiera sido preferible configurar ambos extremos como modalidades alternativas, de modo que se describieran dos clases de delito: la expropiación injustificable y la expropiación sin respeto al procedimiento expropiatorio. Pero esa idea, irremediablemente, supone equiparar actuaciones de diferente gravedad, por más que la “forma” en el derecho sea imprescindible, olvidando el principio de *ultima ratio*.

Cuestión diferente es la tautología que supone decir que es delictiva la expropiación realizada “fuera de los casos permitidos por la ley” –que tendríamos que fijar de acuerdo con la legislación española, la europea y los términos del contrato–, pues eso supondría ya automáticamente un incumplimiento de los requisitos legales, *con la consecuencia de que la referencia típica a tales requisitos sería superflua*.

El incumplimiento de los requisitos ha sido interpretado por la jurisprudencia como la *ausencia total de pro-*

cedimiento expropiatorio o como que, aun habiéndolo aparentemente, las irregularidades cometidas en su tramitación no sean susceptibles de ser corregidas por vía administrativa.

Ante esa amplia visión de lo que es una expropiación “sin cumplir los requisitos legales” hay que hacer otra clase de evaluación, pues la escasez de jurisprudencia actual sobre la cuestión dispensa de darle, a la poca que hay, un alcance irreversible. *La ausencia total de procedimiento es otra cosa diferente en valoración jurídica y en consecuencias.*

De la lectura del tipo, sin duda demasiado escueto, parece derivarse que cualquier incumplimiento de los requisitos jurídico-administrativos necesarios para llevar a cabo una expropiación, establecidos en la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre expropiación forzosa y en el Reglamento de 26 de abril de 1957¹⁹⁹ y, en lo que corresponda, en el TRLCSP y en su Reglamento General de 12 de octubre de 2001, bastaría para integrar el delito, pero evidentemente, *esa no puede ser la interpretación adecuada*, pues equivaldría a suprimir la diferencia entre irregularidad administrativa y delito de expropiación ilegal.

Por esa razón, la poca doctrina penal que se ha pronunciado sobre el tema ha llegado a una conclusión relativamente aceptable: que la irregularidad cometida sea de tal entidad que sus consecuencias *no puedan ser remediadas por las vías del Derecho Administrativo*. Así las cosas, resultará que si un rescate (expropiación) ha sido decidido *dentro de los casos permitidos, no puede devenir delictiva por la manera en que se lleva a cabo*, pues el modo puede ser fiscalizado por la jurisdicción contenciosa. Por lo tanto, no habría delito si tanto el rescate, como expropiación, son procedentes, aunque se hayan incumplido algunas formas no esenciales. Esas situaciones deben ser resueltas por la jurisdicción contenciosa.

Pero, si esa es la interpretación correcta, y lo es en tanto se adecua al carácter de *extrema ratio* del Derecho penal,

199

A lo que habrá que añadir todas las leyes y reglamentos reguladores de expropiaciones especiales (de bienes de valor artístico, histórico y arqueológico, por razón de urbanismo en materia de vivienda, en materia de agricultura, en materia de obras públicas, transportes y comunicaciones, en materia de industria, por razones de defensa nacional, en materia de minas e hidrocarburos, en materia de aguas, expropiaciones por entidades locales, expropiaciones a entidades religiosas o expropiaciones a favor de instituciones privadas de carácter benéfico.

habrá que concluir *que en el ámbito del delito quedan, únicamente, las expropiaciones que carezcan de justificación*, pero en este punto es imprescindible recordar lo que ya se ha dicho varias veces: que la justificación, a la luz de la Directiva de Concesiones y del Proyecto de LCSP no consiste en declarar el “interés público”, sino que se han de dar las muchas más condiciones que han quedado expuestas con anterioridad.

2) Confiscación de concesiones

Por otra parte, en aquellos supuestos en que un funcionario o autoridad, incluso animado por propósitos “loables” o por su particular idea del “interés general”, materialmente lleve a cabo una expropiación (recuperando unilateralmente la concesión), se produciría una confiscación claramente ilegal. Expolio que no puede cambiar de condición por nobles que sean los objetivos teóricos del que lo decide. La posibilidad de aplicar la etiqueta de confiscación a la extinción anticipada de las concesiones administrativas, por la simple vía de hecho, es fácilmente explicable. Si existen dos fórmulas de rescate de una concesión, que son la expropiación y la opción de mutuo acuerdo, y si las causas de rescate más frecuentes son el incumplimiento de los términos de la concesión por el concesionario o la decisión unilateral de la Administración, sin que se dé ninguna causa extintiva y sin que se haya alcanzado el plazo concesional, ¿cómo debe denominarse el rescate “de hecho”, sin mutuo acuerdo y sin procedimiento expropiatorio? ¿puede ser confiscada una concesión? Ciertamente, en el lenguaje tradicional, la palabra “confiscación” se utiliza para bienes muebles o inmuebles, pero no para derechos, y, a la postre, una concesión es un “derecho”, nacido de un pacto con la Administración, que entraña, a su vez, unos deberes de prestación de un servicio y que puede suponer, para el concesionario, la obligación de realizar inversiones, mantener una plantilla de trabajadores, etc. Si se produce el rescate o cancelación de la concesión al margen de las vías establecidas para ello, la calificación de “confiscación” puede resultar inadecuada, pero, sin duda, es la que más se aproxima

al nudo del problema, esto es, a una actuación desviada y arbitraria de la Administración. Tampoco puede descartarse que la actuación de la Administración incluya la ocupación de infraestructuras físicas costeadas por el concesionario. Pero este segundo aspecto sí tendría más fácil cabida en la confiscación o, penalmente, en la usurpación.

La calificación penal de una confiscación de esa clase, en el supuesto de que se llevara a cabo, no puede transcurrir por el ámbito típico del delito de expropiación ilegal, *pues no es una expropiación*. Esta obviedad no debe olvidarse, lo cual obligará a buscar la calificación de esas *actuaciones de hecho* en otros preceptos, que normalmente serán:

- a) El delito de prevaricación, referido a la orden de proceder a confiscar, aunque sería difícil conferir a esa clase de orden la condición de “resolución en asunto administrativo”, lo cual llevaría posiblemente el hecho hacia otros terrenos.
- b) El delito de coacciones, para los supuestos en los que la ejecución de la decisión de recurrir a las vías de hecho vaya acompañada de violencia o intimidación.
- c) El delito de usurpación, con la agravación de abuso de la función pública, solo tendría cabida en relación con la confiscación de tierras, pues los únicos derechos usurpables son los derechos reales inmobiliarios. Ahora bien, si la confiscación conllevara la ocupación material de instalaciones pertenecientes al concesionario, podría darse el delito de usurpación según la manera en que ésta se llevara a cabo.

3) La consumación de los ilícitos penales y sus contradicciones y la ejecución imperfecta

Doctrina y jurisprudencia coinciden en entender que tanto expropiación ilegal como confiscación son ejemplos de *delito de resultado* y, por ello mismo, *no puede considerarse consumado más que cuando se materializa el resultado de privación de la propiedad o del derecho*, porque otra cosa equivaldría a tener este delito como

de simple actividad, lo cual no es posible (en esa línea desde STS de 10 diciembre de 1991).

Pero esa, aparente, simpleza de la cuestión de la consumación del delito no es vista doctrinalmente con tanta sencillez. En doctrina se parte de que el procedimiento expropiatorio no es un "acto", sino una concatenación de actos y, por lo mismo, la ejecución del delito se desarrollará por pasos que conducen al resultado. Siendo así, siempre en el plano teórico, *sería posible la tentativa más o menos acabada*. Si el delito solo se consume con la desposesión del bien o del derecho, las situaciones imaginables pueden ser diferentes:

- a) Para ocupar una cosa expropiada, la Administración puede, incluso, recurrir a la fuerza, lo cual, fuera de los supuestos de ejercicio legítimo del derecho, será, por sí mismo, constitutivo de delito de coacciones, *incluso si no llega producirse la efectiva privación del bien*.
- b) Cuando se trata de un derecho (caso de la concesión administrativa) la ocupación se produce mediante el *ejercicio de la actividad propia de la concesión, desplazando al concesionario*, y, eventualmente, ocupando sus instalaciones sin haberle compensado económicamente. En tal supuesto se podría producir la consumación del delito (y, en su caso, también la usurpación), con independencia de que la situación se llegara a revertir.

Sucede, no obstante, que, aunque pueda darse una actuación por la vía de hecho sin que haya ido precedida de anuncio u orden conocidas, antes o después tendrá que conocerse la identidad de la autoridad que ha ordenado la acción, y, ante esa segura realidad, hay que tener en cuenta que *la orden de proceder a ejecutar una expropiación ilegal* es, como ya se ha dicho y por una parte, impugnabile en vía administrativa o contencioso-administrativa, pero, por otra, si es arbitraria y clamorosamente injusta, es claramente constitutiva de un delito de *prevaricación administrativa*. Con ello surge la *contradicción* de que el delito consumado de expropiación

ilegal está castigado con pena de inhabilitación de 1 a 4 años y multa de 6 a 12 meses (art.541 CP), mientras que el delito de prevaricación tiene prevista una pena de 9 a 15 años de inhabilitación especial (art.404 CP). Resulta, entonces, que la decisión administrativa por la que se resuelve poner en marcha un procedimiento expropiatorio *injusto y arbitrario*, constituye *por sí sola* un delito más grave que la expropiación ilegal que culmina con la desposesión del bien o del derecho.

Ante esa contradicción hay que sostener:

- a) que la resolución administrativa injusta y arbitraria no pierde esa condición porque se dicte en materia de expropiación, ni tampoco porque sea recurrible en vía contencioso-administrativa.
- b) que tampoco es posible entender que la prevaricación se “diluya” porque no se produzca el resultado de desposesión.
- c) que, tal como se dijo antes, *en el ámbito del delito caben únicamente las expropiaciones que carezcan de justificación*, teniendo por tal la acomodación a derecho que sea precisa de acuerdo con el Derecho nacional y el supranacional, especialmente, el derivado de la Directiva de Concesiones.
- d) que, entre lo carente de justificación y lo arbitrario e injusto hay una progresión cualitativa, en cuya virtud, *podrá darse un delito de prevaricación administrativa seguido de un delito de expropiación ilegal*²⁰⁰, frente a otros casos en los que solamente podría darse el delito de expropiación ilegal.

200

Del mismo modo que el Juez que prevarica dictando a conciencia una resolución injusta, acumulará otro delito de detención ilegal, si esa resolución va acompañada de la orden de ingreso en prisión, pues la privación de libertad que injustamente sufre una persona no puede quedar “consumida” en la antijuricidad de la prevaricación.



VI.

El cumplimiento del derecho europeo por los estados.
Consecuencias del vencimiento del plazo
de transposición



Cambrà de Comerç de Barcelona

Esta forma de transposición comporta problemas tanto en el cumplimiento de plazos, como de contenido (Vid. J. M. GIMENO FELIU, “La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional”, Noticias UE núm. 267, 2007, pp. 61-67). Interesa recordar la Recomendación de la Comisión Europea, de 12 de julio de 2004, relativa a la transposición al derecho nacional de las Directivas que afectan al mercado interior (texto pertinente a efectos del Espacio Económico Europeo) en la que se advierte que, debido a la falta de rigor en la transposición de las Directivas relativas al mercado interior por parte de los Estados miembros, la Comisión les recomienda que adopten mejores prácticas para una transposición correcta y dentro de los plazos establecidos. En la línea de la Recomendación de la Comisión, conviene apuntar soluciones de técnica legislativa. Si la transposición requiere un acto de los Estados miembros, este acto debería ser un trámite con regulación específica que permitiera una rápida reacción y que lo distinguiera de los trámites legislativos ordinarios.

Una opción, siguiendo el modelo de derecho comparado, podría consistir en que la incorporación al derecho nacional se hiciera mediante acto o resolución de un órgano especializado. En esta línea, el profesor L. MARTIN-RETORTILLO (*La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004, pp. 186-187) ha propuesto crear una especie de Gabinete de Vigilancia que avise al gobierno y Parlamento de la existencia de sentencias condenatorias -y entiendo que del efecto directo de las normas y de contravenciones de normas estatales de derecho comunitario en sus distintas variantes- que bien podría descansar en el Ministerio de Justicia o en el Consejo de Estado. Esta última propuesta es ciertamente sugerente y bastaría con una reforma de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, encajando con las funciones inherentes a este órgano constitucional. También podría pensarse en atribuirse esta función a la Comisión Mixta para la Unión Europea, creada por Ley 8/1994, de 19 de mayo, dado que el objetivo específico de esta Comisión es participar en las propuestas legislativas de la Comisión Europea y en el seguimiento del derecho comunitario por autoridades nacionales. También podría optarse por adoptar medidas en el plano de política legislativa (como tienen en otros Estados: Por ejemplo, en Italia mediante Ley anual de transposición de normas comunitarias o en Reino Unido mediante decisión del Gobierno dando cuenta al Parlamento), que obligarían, eso sí, a una reforma constitucional. Otra opción (propuesta de G. ISAAC, *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, pp. 236-237), sería prever un procedimiento específico de transposición de las Directivas que fueran similar a la técnica de la delegación legislativa recepticia contenida en los artículos 82 a 86 de nuestra Carta Magna, de tal manera que una Directiva se considerase como una ley de bases con un plazo para aprobar el correspondiente Real Decreto legislativo idéntico al plazo de transposición de la Directiva, estableciendo la plena eficacia de esa “Ley de Bases Comunitaria” -coincidente con la Directiva- caso de vencerse el plazo de mandato. Desde esta perspectiva se cumpliría siempre en plazo con el derecho comunitario, sin necesidad de aplicar la doctrina del efecto directo.

202

El Consejo de Estado, en el citado Dictamen núm. 1116/2015, de 10 de marzo de 2016, en relación al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público recuerda, sobre esta cuestión, que “El incumplimiento del citado plazo puede comportar la incoación por parte de la Unión Europea del correspondiente procedimiento sancionador. Ahora bien, en virtud de una práctica de uso, la Comisión no lo hace cuando se ha culminado el procedimiento interno de elaboración de la norma de incorporación, lo que, en el caso español, se considera producido al emitir su dictamen este Cuerpo Consultivo”.

203

No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de

A.

El significado de la doctrina del efecto directo de las Directivas europeas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 51 de la Directiva de concesiones, 90 de la Directiva de contratos y 106 de la Directiva de Sectores excluidos, el plazo de transposición de las mismas concluía el 18 de abril de 2016. El Estado Español ha optado por realizar la transposición mediante la aprobación de una nueva ley de contratos del sector público²⁰¹, cuyo Anteproyecto fue sometido a informe del Consejo de Estado, que lo ha emitido con fecha 10 de marzo de 2016 (Dictamen 1116/2015)²⁰².

Por supuesto, y desde la coherencia del modelo, el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas de 2014, debe servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sea posible regulaciones que comporten efectos contrarios a las reglas y fines de la contratación pública²⁰³. Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitando que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función de su umbral²⁰⁴.

B.

El significado de la doctrina del efecto directo de las Directivas europeas de contratación pública

Como es suficientemente conocido, la Directiva es uno de los instrumentos jurídicos de que disponen las Instituciones europeas para aplicar las políticas europeas²⁰⁵. Se trata de una herramienta que se emplea principalmente en el marco de las operaciones de armonización de las legislaciones nacionales. El artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la UE enuncia que la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. Al igual que el Reglamento y la Decisión europeos, es vinculante para los Estados miembros destinatarios y lo es en todos sus elementos; en consecuencia, no puede aplicarse de forma incompleta, selectiva o parcial. Se trata, pues, de un acto jurídico que necesita de recepción formal en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales. Esto significa que, tras la entrada en vigor de la Directiva, su contenido forma ya parte del ordenamiento jurídico (principio de aplicabilidad directa), pero que no desplegará efectos directos hasta su transposición formal o vencimiento del plazo de incorporación si sus previsiones son claras, precisas e incondicionadas.

En relación a este último aspecto, y para preservar la nota de primacía del ordenamiento jurídico de la Unión Europea²⁰⁶, conviene recordar que la Directiva “desplegará” un efecto directo vertical al expirar el plazo de transposición, de tal forma que los particulares pueden alegar el texto contra los Estados ante los tribunales siempre que sus disposiciones sean claras, incondicionales y suficientemente precisas²⁰⁷ o, lo que es lo mismo, cuando no se otorga a los Estados miembros ningún margen de apreciación (Sentencia TJUE, de 12 de diciembre de 1990, *Kaefer y Procacci*, asuntos acumulados C-100/89 y C-101/89).

contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

204

Vid. el trabajo de J. A. MORENO MOLINA “Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada”, RAP núm. 178, 2009, pp. 175-213. Con la positivización de esta categoría se pretende, en suma, modelar la aplicación de las normas de la Directiva en los diferentes contratos del sector público, restringiéndola solo a los casos exigidos por dicha norma y diseñando para los demás, como declara la Exposición de Motivos un régimen por el que el legislador nacional tiene plena libertad. Y es que, como bien afirma J.M. BAÑO LEON, no cabe que un concepto de la legislación de contratos públicos se interprete de una forma cuando el contrato está condicionado por las Directivas comunitarias que cuando no lo está. “La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas”, RAP 151, 2000. p. 13. Opinión que comparte E. CARBONELL PORRAS en su trabajo “El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?”, en libro col. Estudios de Derecho Público Económico, Civitas, Madrid, 2003, p. 392.

205

Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La transposición de de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas”, Revista Gallega de Administración Pública, núm. 52, 2016, pp. 265-317.

206

El carácter de primacía del derecho comunitario se ha abordado en los siguientes Asuntos: Asunto 26/62: Van Gend & Loos, (naturaleza jurídica del Derecho comunitario, y derechos y obligaciones del individuo); Asunto 6/64: Costa/ENEL, (naturaleza jurídica del Derecho comunitario, aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto 14/68: Walt Wilhelm u.a., (naturaleza jurídica del Derecho comunitario y primacía del Derecho comunitario); Asunto 106/77: Simmenthal, (Derecho comunitario, aplicabilidad directa y primacía), Asunto 826/79: Mireco, (primacía del Derecho comunitario); Asunto C-213/89: Factortame, (aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto C-6: Francovich, y 9/90: Bonifaci, (eficacia del Derecho comunitario y responsabilidad de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario, en este caso, no transposición de una directiva); Asuntos C-13 y 113/91: Debus, (conflicto entre Derecho comunitario y Derecho nacional, aplicabilidad directa y primacía del Derecho comunitario); Asunto C-393/92: Gemeente Almelo, (primacía y validez uniforme del Derecho comunitario); Asuntos C-46/93: Brasserie du pêcheur, y C-48/93: *Factortame*, (eficacia del Derecho comunitario y responsabilidad general de los Estados miembros por violaciones del Derecho comunitario); Asunto C-10/97-C-22/97: *IN.CO.GE '90 Srl.*, (primacía del Derecho comunitario); Asunto C-212/97: Centros Ltd, (medidas nacionales para evitar el aprovechamiento abusivo del Derecho comunitario).

207

El efecto directo del Derecho europeo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Van Gend en Loos* del 5 de febrero de 1963. En esta sentencia, el Tribunal declara que el Derecho europeo no solo genera obligaciones para los países de la UE, sino también derechos para los particulares. En consecuencia, los particulares pueden alegar estos derechos

Criterio por lo demás ya consolidado por la jurisprudencia del TJUE, cuyas sentencias *Beentjes*, de 20 de septiembre de 1988, y *Fratelli*, de 22 de junio de 1989 (relativas en este caso a contratos públicos), reconocen el efecto directo por no transposición en plazo de Directivas comunitarias “en cuanto a las disposiciones incondicionales y suficientemente precisas de las Directivas, siendo responsabilidad de los Estados miembros el incumplimiento de este deber de adaptación” (STJUE 19 noviembre de 1991)²⁰⁸.

La doctrina del TJUE es clara sobre esta cuestión. Así, ya desde la Sentencia de 5 de abril de 1979, *Ratti*, y la Sentencia de 19 de enero de 1982, *Ursula Becker* contra *Finanzamt Munster-Innenstadt*, se resolvió la aplicabilidad del efecto directo de las Directivas comunitarias. De hecho, la Sentencia *Ursula Becker* plantea una cuestión de gran trascendencia, cual es, que las Directivas comunitarias constituyen normas básicas del Derecho comunitario europeo. A este respecto, la citada resolución del TJUE viene a confirmar, a su vez, una jurisprudencia anterior, en el sentido de que “cuando las disposiciones de una Directiva son, desde el punto de vista de su contenido, incondicionales y precisas, tales disposiciones pueden ser invocadas por los particulares afectados a falta de medios de ejecución de la mencionada Directiva que debían haber sido adoptadas por el Estado destinatario de la Directiva en un plazo determinado”. En consecuencia, 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 inejecución de las Directivas comunitarias por un Estado miembro²⁰⁹.

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

e invocar directamente normas europeas ante las jurisdicciones nacionales y europeas. Por lo tanto, no es necesario que el país de la UE recoja la norma europea en cuestión en su ordenamiento jurídico interno. Efecto directo que se reconoce así, entre otras, en la STJUE, de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, asunto 41/71. El TJUE reconoce de nuevo el efecto directo en su sentencia de 7 de octubre de 1968, *Corveleyn c. Estado belga*, Rec. 1968, p.536. A partir de la sentencia *Van Duyn*, el TJUE insistirá en ocasiones posteriores sobre la posibilidad de invocar ante los tribunales nacionales. Así, sentencias de 26 de febrero de 1975, *Bonsignore*, asunto 67/74; de 28 de octubre de 1975, *Rutili*, asunto 36/75; de 8 de abril de 1976, *Royer*, asunto 48/75; y de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, asunto 30/77 (todas ellas con relación a la misma directiva 64/221/CE); sentencias de 7 de julio de 1976, *Watson y Belmann*, asunto 118/75; de 14 de julio de 1977, *Sagulo*, asunto 8/77; y de 3 de julio de 1980, *Pieck*, asunto 157/79 (éstas con relación a la directiva relativa a la supresión de restricciones al desplazamiento y estancia de trabajadores en los Estados Miembros y de sus familias en el interior de la Comunidad). En este mismo sentido se manifiesta el TJCE en sentencias de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, asunto 103/88; y de 1 de junio de 1999, *Kortas*, asunto C-319/97. Doctrina aceptada por nuestro Tribunal Supremo ya desde las STS 15 de marzo de 1999 o STS de 17 de julio de 2003.

208

Por todos, en relación a esta jurisprudencia del TJUE, pueden consultarse, r. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994, págs. 267-275; S. MUÑOZ MACHADO, *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986, págs. 133-137; LEZERTUA RODRIGUEZ, *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, Revista Vasca de Administración Pública núm. 11, 1985, págs. 275 y ss; A. JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, “El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea”, RAP núm. 109, 1986, págs. 119 y ss.; y TRAYTER JIMENEZ, “El efecto directo de las directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, RAP núm. 125, 1991, págs. 227 y ss. En concreto para la contratación pública se puede consultar A. COLABIANCHI, *Directive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, “Giurisprudenza Civile”, 1990, vol. 1, pág. 8.

209

David A. O. EDWARD, “Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas”, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 42, mayo-agosto 1995, pp. 35-42. Por supuesto, la obra de R. ALONSO GARCIA, *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, 1989.

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”²¹⁰.

Interesa recordar, de forma más específica, la doctrina de la STJUE de 24 de septiembre de 1998, *Walter Tögel contra Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, sobre la aplicación directa de la Directiva 92/50/CEE:

“44. A este respecto, procede señalar desde un primer momento que las disposiciones del Título I, relativas al ámbito de aplicación material y personal de la Directiva, y del Título II, relativo a los procedimientos aplicables a los contratos que tengan por objeto servicios enumerados en los Anexos I A y IB, son incondicionales y suficientemente precisas para ser invocadas ante un órgano jurisdiccional nacional.

45. En virtud de los artículos 8 a 10, que forman parte del Título II, las entidades adjudicadoras están obligadas, de manera incondicional y precisa, a adjudicar los contratos públicos de servicios con arreglo a procedimientos nacionales de conformidad con lo dispuesto en los Títulos III a VI en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I A y con arreglo a los artículos 14 a 16 en relación con los servicios que estén comprendidos total o principalmente en el Anexo I B. El artículo 14 constituye el Título IV, mientras que el artículo 16 figura en el Título V”.

La jurisprudencia del TJUE entiende que el carácter obligatorio de la Directiva es el fundamento del efecto directo y dicho carácter solo existe respecto del Estado destinatario de la misma, por lo que es una norma que no puede crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular ni puede alegarse contra él; se trata de *“evitar que el Estado pueda sacar partido de su incumplimiento del Derecho de la Unión”*.

210

Y es que, como bien destaca el profesor Lorenzo MARTIN-RETORTILLO, “cualquier juez tiene que aplicar inmediatamente y sin rodeos el Derecho comunitario. Eso es todo, nada más, pero nada menos”. *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, P. 100. Como dice, el derecho comunitario europeo penetra en los ordenamientos nacionales y desgarrar y descalifica cualquier opción interna que sea incompatible a través de la técnica de la inaplicabilidad. En torno a la obligación de interpretación TRLCSP conforme al Derecho comunitario, resulta de especial interés el estudio de J. A. MORENO MOLINA, “La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público”, *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49 – 87, recordando la importancia del principio de interpretación conforme a las exigencias del derecho comunitario –con fundamento en las sentencias del TJUE de 5 de octubre de 1994, Van Munster, C-165/91 apartado 34 y de 26 de septiembre de 2000, Engelbrecht, C-262/97, apartado 39-, al tiempo que enfatiza el papel que éstas desempeñan al tiempo de aplicar los múltiples conceptos jurídicos indeterminados existentes en la LCSP.

Y a estos efectos, como bien ha advertido la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás* (asunto C-425/12, en especial apartados 22 y siguientes), los poderes adjudicadores deben considerarse como “Estado”. Y también los organismos, cualquiera que sea su forma jurídica, a los que un acto de la autoridad pública ha encomendado la prestación de un servicio de interés público bajo el control de esta última y que disponen, a tal efecto, de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares²¹¹, siempre que, como bien ha explicado la STJUE de 12 de diciembre 2013, *Portgás*, “dicho servicio de interés público se preste bajo el control de una autoridad pública y que la citada empresa disponga de facultades exorbitantes en comparación con las normas aplicables en las relaciones entre particulares (véase, en este sentido, la sentencia *Rieser Internationale Transporte*, antes citada, apartados 25 a 27)”²¹².

En consecuencia, los preceptos de las Directivas de contratación pública de 2014 que sean claros, precisos e incondicionados desplegarán efectos jurídicos de obligada aplicación por los operadores jurídicos y, por ello, serán parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa²¹³. Es necesaria, como se ha destacado con acierto, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo²¹⁴. En todo caso, este efecto directo, según reiterada jurisprudencia, no permite que una Directiva pueda crear, por sí sola, obligaciones a cargo de un particular y no puede, por consiguiente, ser invocada como tal contra dicha persona ante un tribunal nacional²¹⁵.

Obviamente, el efecto directo se aplica en los supuestos regulados por la Directiva, lo que limita su alcance a los importes armonizados. Cosa que no impide, desde la coherencia del modelo, que el contenido “armonizado” que se propone en las Directivas de 2014 pueda servir de referencia también en los contratos no cubiertos, sin que sean posibles regulaciones que comporten efectos

211

Sentencias TJUE Foster y otros, apartado 20; de 14 de septiembre de 2000, *Collino y Chiappero*, C-343/98, apartado 23; de 5 de febrero de 2004, *Rieser Internationale Transporte*, C-157/02, apartado 24; de 19 de abril de 2007, *Farrell*, C-356/05, apartado 40, y sentencia de 24 de enero de 2012, *Dominguez*, C-282/10)

212

En todo caso, como señaló el Abogado General en sus conclusiones del caso *Portgas*, el mero hecho de que una empresa privada concesionaria exclusiva de un servicio público forme parte de las entidades a las que se refiere expresamente el ámbito de aplicación subjetivo de la Directiva 93/38/CE no lleva aparejado que puedan invocarse contra esa empresa las disposiciones de dicha Directiva (efecto directo vertical). Habrá que acreditar que el Estado dispone sobre la mercantil de un control y unas facultades exorbitantes (de acuerdo con una definición funcional de empresa).

213

La STJUE de 16 de junio de 1987 reitera el principio de que los Estados miembros no pueden invocar disposiciones de su propio ordenamiento para limitar el alcance de las disposiciones y nociones comunitarias. Vid., por todos, J.M. TRAYTER, “El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación”, RAP núm. 125, 1991, pp. 188 y ss. Así deriva, como recuerda el profesor S. MUÑOZ MACHADO, de los imperativos propios del Derecho comunitario: principios de primacía, y de aplicabilidad directa y uniforme del mismo (“La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos”, Revista andaluza de administración pública, núm. 7, 1991, pp. 9-38).

214

Ricardo ALONSO GARCÍA, “La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, Revista española de derecho europeo, núm. 28, 2008, pp. 385-410.

215

Sentencias TJUE de 8 de octubre de 1987, *Kolpinghuis Nijmegen*, 80/86, apartado 9; de 14 de julio de 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, apartado 20, y sentencia de 24 de enero de 2012, *Dominguez*, C-282/10, apartado 37 y jurisprudencia allí citada).

contrarios a las reglas y fines de la contratación pública²¹⁶. Esto significa que los principios comunitarios inherentes a la contratación pública son de directa aplicación a cualquier contrato, sea o no “armonizado”, evitándose, por tanto, que existan en la práctica ámbitos de la contratación pública exentos en función de su umbral²¹⁷. Así lo ha recordado la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015, en el asunto C-278/14, que analiza la aplicabilidad a un contrato público de suministro de valor inferior a los umbrales establecidos por las directivas de contratos públicos de los principios generales establecidos por la jurisprudencia del TJUE, recordando también que es necesario el respeto de los principios generales de la contratación pública si el contrato presenta un interés transfronterizo²¹⁸.

216

No en vano, la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (2006/C 179/02, de 1 de agosto de 2006) insistía en esta interpretación. Comunicación cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

217

Argumento utilizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia 84/2015, de 30 de abril, al afirmar que los principios europeos de la contratación pública despliegan efectos también en contratos no cubiertos (en este caso, servicios públicos, que, hasta 2014, eran contratos excluidos). En esta línea conviene recordar la doctrina de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Quinta) de 16 de abril de 2015, *SC Enterprise Focused Solutions*, en el asunto C-278/14.

218

La Comunicación interpretativa de la Comisión de 1 de agosto de 2006, C 179/02, -cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo- ya indicaba: “*En el caso los contratos cuya cuantía sea inferior a los umbrales de aplicación de las Directivas sobre contratación pública, se deberá tener en cuenta que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las personas tienen derecho a una protección judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico comunitario. (...) De conformidad con la jurisprudencia relativa a la protección judicial, los recursos disponibles no podrán ser menos eficaces que los aplicables a reclamaciones similares fundadas en el Derecho nacional (principio de equivalencia), y, en la práctica, no deberán imposibilitar o dificultar excesivamente la obtención de la protección judicial (principio de eficacia)*”. Y no puede desconocerse el hecho de que el Tribunal Constitucional, en sentencia de 30 de abril de 2015, en el recurso de inconstitucionalidad núm. 1884-2013, al analizar contratos no cubiertos por la Directiva de contratación pública, afirma de forma clara que ello no elimina la sujeción a los principios de la contratación pública y utiliza en su razonamiento la citada Comunicación interpretativa de 2006, concluyendo que: “*aun cuando el contrato de gestión de servicios públicos no es un contrato armonizado (art. 13 TRLCSP), esto es, no está sujeto ni a la Directiva 2004/18/CE ni a la Directiva 2014/24/UE, que deroga la anterior y está aún pendiente de transposición, la encomienda por una autoridad pública a un tercero de la prestación de actividades de servicios, debe respetar el principio de igualdad de trato y sus expresiones específicas, que son la prohibición de discriminar en razón de la nacionalidad, y los arts. 43 y 49 del Tratado CE sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, respectivamente*. Esto significa que en contratos de importe no armonizado deberán tener un régimen equivalente en el nivel de eficacia, como ha advertido la citada STJUE de 6 de octubre, de 2015, *Orizzonte Salute*, C- 61/14.

C.

El efecto directo de las Directivas de contratación pública de 2014 y su incidencia en la legislación nacional

En una primera aproximación, puede afirmarse que los contenidos de las Directivas de contratación pública, dado que o están pre-transpuestos o son claros, precisos e incondicionados, tendrán efecto directo casi en su totalidad, sin perjuicio de que en aras de la seguridad jurídica, que es deseable en una materia tan sensible como la contratación pública, la transposición pudiera efectuarse, si bien no a tiempo, lo antes posible²¹⁹. La existencia del Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, con cita de los preceptos de las Directivas en la regulación que se propone (que incluye concordancias con lo que se dice en el actual TRLCSP) puede servir de ayuda al gestor.

En todo caso y en un primer avance, se puede indicar que tendrán efecto directo las siguientes cuestiones relacionadas con el objeto de este estudio, como son las fórmulas de colaboración público-privadas^{220,221}:

- 1) Las **definiciones** surtirán plenos efectos jurídicos, pues son, obviamente, incondicionadas. En todo caso nosupone una gran novedad práctica, pues las mismas, con carácter general, se encuentran en las Directivas de 2004. Sí que tiene gran significado el hecho de que el concepto de concesión de servicios es ya plenamente operativo, de tal manera que se “desplaza” la categoría del contrato de gestión de servicios públicos de nuestro TRLCSP (artículo 8). Y, también, la posibilidad de CPPI que, aunque no figura como opción en dicha Directiva, se entiende que forma parte del modelo de CPPI fijado en 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).

219

Este carácter detallado ya es advertido por la citada Circular 3/2015 de la Abogacía del Estado al afirmar que la Directiva de contratación pública de 2014 “establece una regulación muy detallada y pormenorizada que, por eso, hace realmente innecesaria la promulgación de una norma de Derecho nacional que desarrolle o complete las previsiones de aquella con el fin de posibilitar su aplicación efectiva”.

220

Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La transposición de de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas”, ob. cit., pp. 297-309. Resultan de interés el Documento de trabajo de los Tribunales Administrativos de Contratación Pública, de 1 de marzo de 2016, sobre *Los efectos jurídicos de las directivas de contratación pública ante el vencimiento del plazo de transposición sin nueva ley de contratos del sector público* y la Resolución de 16 de marzo de 2016, de la Dirección General del Patrimonio del Estado, por la que se publica la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, sobre el efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias en materia de contratación pública (BOE núm. 66, de 17 de marzo de 2016). Asimismo, se ha analizado esta cuestión del efecto directo en el Informe 17/2015, de 3 de diciembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, relativo a los “Efectos de las Directivas de contratación pública en la regulación de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, tras la conclusión del plazo de transposición. Posibilidades de desarrollo”, y en el Informe 1/2016, de 6 de abril, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Generalitat de Catalunya, relativa a “Contenidos de la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, que tienen que ser de aplicación directa a partir del día 18 de abril de 2016, fecha en que finaliza el plazo para su transposición. Breve referencia a la aplicación directa de la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión”.

221

Vid. J.M. GIMENO FELIU, “La transposición de de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas”, Revista Gallega de Administración Pública, núm. 52, 2016, pp. 265-317.

- 2) El **ámbito de aplicación y su concreción** –poder adjudicador y entidades adjudicadoras– tendrá efecto jurídico. Sin embargo, se trata de conceptos muy “asimilados” en la práctica y con importante doctrina del TJUE, que se viene aplicando de forma uniforme y constante²²². Y donde, por supuesto, un medio propio, como tal, tiene consideración de poder adjudicador²²³. También tendrán efecto las previsiones sobre centrales de compras y técnicas de contratación conjunta.

- 3) Serán de directa aplicación, igualmente, las previsiones en relación con el **cálculo del valor estimado de la concesión**.

- 4) La **posibilidad de cooperación vertical** (*in house providing*) deberá cumplir con las exigencias de las Directivas (artículos 12 y 17 de la Directiva contratación y Directiva concesiones, respectivamente), a saber: a) que el poder adjudicador ejerza sobre la persona jurídica de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios; b) que, al menos, el 80 % de las actividades de esa persona jurídica se lleve a cabo para el poder adjudicador que la controla o para otras personas jurídicas controladas por el mismo poder adjudicador; c) que no exista participación privada en la persona jurídica controlada. Control análogo que existirá no en función del porcentaje de participación en el capital social, sino por el hecho de que el ente instrumental carezca efectivamente de autonomía desde el punto de vista decisorio respecto del ente que realiza el encargo, no existiendo en estos casos verdadera autonomía contractual. Sobre el concreto significado práctico de estas condiciones resultan de gran interés las reflexiones contenidas en la Informe 3/2015, 27 de enero de 2015, de la Abogacía del Estado.

- 5) La determinación del **plazo de las concesiones** deberá hacerse respetando las previsiones del artículo 18 de la Directiva (que desplaza toda la regulación española que contiene previsiones sobre plazos en

222

Sirva de ejemplo el Informe 7/2015, de 12 de mayo, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre la naturaleza jurídica de la Feria de Zaragoza a efectos de la aplicación de la normativa sobre contratación pública. O el Acuerdo 104/2015, del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón, en relación a MercaZaragoza.

223

El Acuerdo 104/2015, del Tribunal de Contratos Públicos de Aragón insiste en esta idea: “Esta condición de medio propio conduce de manera inexorable a su condición de poder adjudicador. Y ello no solo desde una interpretación teleológica —que por sí misma rechaza la posibilidad de que una prestación que se debería someter a las reglas de una licitación pública, como consecuencia de un encargo a un medio propio, pueda quedar sustraída a las reglas de la contratación pública—, sino porque la previsión tiene reflejo legal expreso en el artículo 4.1.n) TRLCSP: «...los contratos que deban celebrarse por las entidades que tengan la consideración de medio propio y servicio técnico para la realización de las prestaciones objeto del encargo quedarán sometidos a esta Ley, en los términos que sean procedentes de acuerdo con la naturaleza de la entidad que los celebre y el tipo y cuantía de los mismos, y, en todo caso, cuando se trate de contratos de obras, servicios o suministros cuyas cuantías superen los umbrales establecidos en la Sección 2.a del Capítulo II de este Título Preliminar, las entidades de derecho privado deberán observar para su preparación y adjudicación las reglas establecidas en los artículos 137.1 y 190».

Esta disposición disciplina el régimen de contratación con terceros que deben aplicar los medios propios, y que, en definitiva, no es otro que el régimen previsto en el TRLCSP para las Administraciones públicas, o bien para los poderes adjudicadores cuando se trate de entidades de naturaleza privada, como es el caso de las Sociedades mercantiles (de ahí la referencia «a la naturaleza de la entidad»). No es admisible, desde la previsión legal, la posibilidad de considerar que un medio propio se califique, a efectos de los contratos que celebre con terceros, como una entidad del sector público que no tenga la consideración de poder adjudicador.” Esta argumentación ha sido también la utilizada por el órgano de recursos contractuales del País Vasco en su Resolución 23/2015, de 24 de febrero, en relación a la tramitación de un contrato de MERCABILBAO, donde se concluye que esta entidad tiene la condición de poder adjudicador, al realizar funciones de interés general (aunque puedan ser también de interés industrial o mercantil) y que, sobretudo, la propia condición de medio propio avoca a MERCABILBAO a la condición de poder adjudicador.

los contratos de concesión de obras y de gestión de servicios públicos). Así, *“para las concesiones que duran más de cinco años, 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. Las inversiones que se tengan en cuenta a efectos del cálculo incluirán tanto las inversiones iniciales como las realizadas durante la vida de la concesión”*. 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 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”.

- 6) Para la determinación de las reglas aplicables al régimen de **un contrato mixto de concesiones** deberá estarse a las previsiones de los artículos 21 y 22 de la Directiva de concesiones. Así, en las concesiones cuyo objeto sean tanto obras como servicios, se adjudicarán con arreglo a las disposiciones aplicables al tipo de *concesión* predominante en el *objeto* principal del contrato. Para los supuestos de concesiones mixtas que consistan en parte en servicios sociales y otros servicios específicos enumerados en el anexo IV y en parte en otros servicios, el objeto principal se determinará en función de cuál de los valores estimados de los respectivos servicios es el más alto.
- 7) La obligación de incorporar **las nomenclaturas en los contratos** de concesión será inmediatamente eficaz en Abril del 2016, lo que afecta a los denominados contratos de gestión de servicios públicos en España, considerados no armonizados al no estar cubiertos por la Directiva 2004/18. Esta exigencia de CPV para toda concesión, de obra o de servicios debe ser respetada. Y, en tanto elemento de publicidad y transparencia, su incumplimiento implicará la nulidad del procedimiento.
- 8) Interesa destacar la directa aplicabilidad de las previsiones relativas a los **anuncios de las licitaciones y de adjudicación**, que deberán ajustarse a los modelos que contiene la Directiva. Obligación de anunciar que se extiende ahora a las concesiones de servicios (contratos de gestión de servicios públicos).
- 9) También tendrá efecto directo la previsión del artículo 36 de la Directiva de concesiones referida a **requisitos técnicos o funcionales**, que exige que los mismos

definan “*las características requeridas de los trabajos o servicios que son objeto de la concesión*” que habrán de figurar en los documentos de concesión. Se trata de fijar el máximo de transparencia, para favorecer la competencia. Y, para ello, la Directiva advierte que no será posible rechazar una oferta basándose en que las obras y los servicios ofrecidos no se ajustan a los *requisitos técnicos o funcionales* a los que ha hecho referencia, siempre que en su oferta el licitador pruebe, por *cualquier* medio adecuado, que las soluciones que *propone* cumplen de forma equivalente los *requisitos técnicos y funcionales*.

- 10) Las **previsiones sobre subcontratación** son también de directa aplicación. Así ocurre con las previsiones relativas a la posibilidad de que el poder adjudicador exija al licitador *o al solicitante* que mencione en la oferta la parte del contrato o de la *concesión* que se proponga subcontratar a terceros, así como los subcontratistas propuestos (lo que no prejuzgará la cuestión de la responsabilidad del *concesionario* principal). Igualmente, en el caso de los contratos de obras y respecto de los servicios que deban prestarse “*in situ*” bajo la supervisión directa del poder o entidad adjudicador, tras la adjudicación de la concesión y, a más tardar, cuando se inicie la ejecución de ésta, se da la exigencia al contratista o concesionario de comunicar el nombre, los datos de contacto y los representantes legales de los subcontratistas que intervengan en las obras o servicios en cuestión, siempre que se conozcan en ese momento, así como la de notificar cualquier modificación que sufra esta información durante el transcurso de la concesión, y toda la información necesaria sobre los nuevos subcontratistas a los que asocie posteriormente a la obra o servicio en cuestión.
- 11) También **tendrán efecto directo las previsiones sobre rescisión (Directiva de contratación pública) y resolución (Directiva de concesiones)**. Muy especialmente tiene interés la previsión del artículo 44 de la Directiva de concesiones, que establece unos límites

a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues con ella se puede desnaturalizar la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tienen cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, las prerrogativas públicas exorbitantes. Esto implica, como ya se ha explicado, que la resolución de concesiones es un claro ejemplo de que el efecto directo de las Directivas puede limitar la posibilidad de extinguir un contrato por rescate al establecer un número cerrado de causas de resolución.

- 12) Por último, son de efecto directo las previsiones que **reforman el ámbito de aplicación de la Directiva “recursos”**, que se extiende ahora al contrato de concesión de servicios. Con ello se desplaza la “arcaica” previsión del artículo 40 TRLCSP cuando determina la competencia en función de los gastos de primer establecimiento y el plazo, pues será el valor estimado del contrato el criterio para determinar la competencia del recurso especial. Otra importante novedad práctica es la inclusión de las concesiones de servicios en el ámbito del recurso especial, con efecto directo. Por supuesto, la diferencia entre contrato de servicios y concesión de servicios, vinculada al sistema de retribución con transferencia de riesgo operacional, permite diferenciar y determinar el contrato y su concreta naturaleza al margen de la denominación, tal y como sucede con el concierto, que viene a ser un contrato de servicios²²⁴. Esta tipificación debe aplicarse para todo contrato, con indiferencia de su importe, sin perjuicio de las especialidades de régimen jurídico que pudieran existir.

Asimismo, en relación al recurso especial, interesa destacar la ampliación del objeto del recurso especial. La previsión del artículo 46 de la Directiva 2014/23, de concesiones, que modifica la Directiva 89/665/CEE, tiene especial incidencia en la redacción del artículo 1 relativa al objeto del recurso:

224

Debe recordarse que la STJUE de 27 de octubre de 2005, INSALUD, asunto C-158/03, en su apartado 32 declara que el concierto no es una modalidad de gestión de servicio público que encaje con el concepto concesional y que, en puridad, es un contrato de servicios cubierto por las Directivas: “*En segundo lugar, procede señalar que, a diferencia de lo que sostiene el Gobierno español, el presente asunto tiene por objeto contratos públicos de servicios y no contratos de gestión de servicios calificados de concesiones. En efecto, como se ha puesto de manifiesto en la vista, la Administración española sigue siendo responsable de cualquier perjuicio causado por una eventual irregularidad en la prestación del servicio. Esta circunstancia, que implica la inexistencia de transmisión de los riesgos relacionados con la prestación del servicio de que se trata, y el hecho de que sea la Administración sanitaria española quien retribuye el servicio respaldan la citada conclusión.*” Esta interpretación ha sido confirmada por la STJUE de 22 de octubre de 2015, de condena al Reino de España, asunto C-552-13, en relación a servicios sanitarios en Bilbao, donde el Tribunal advierte que “*En primer lugar, procede señalar que, como se desprende de la documentación remitida al Tribunal de Justicia, los dos contratos nos 21/2011 y 50/2011 constituyen contratos públicos de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 2, letras a) y d), de la Directiva 2004/18, cuyos importes superan el umbral previsto en el artículo 7 de ésta, y no concesiones de servicios, en el sentido del artículo 1, apartado 4, de esa misma Directiva, en la medida en que la remuneración del adjudicatario está plenamente garantizada por el poder adjudicador, que asume también el riesgo económico.*”

«1. La presente Directiva se aplica a los contratos a que se refiere la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (35) salvo que dichos contratos estén excluidos de conformidad con los artículos 7, 8, 9, 10, 11, 12, 15, 16, 17 y 37 de dicha Directiva.

La presente Directiva se aplica también a las concesiones adjudicadas por los poderes adjudicadores mencionados en la Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo (36), salvo que dichas concesiones se excluyan en virtud de los artículos 10, 11, 12, 17 y 25 de dicha Directiva.

A efectos de la presente Directiva, se entiende por «contratos» los contratos públicos, los acuerdos marco, las concesiones de obras públicas o de servicios y los sistemas dinámicos de adquisición.

En lo relativo a los contratos comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2014/24/UE o de la Directiva 2014/23/UE, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para garantizar que las decisiones adoptadas por los poderes adjudicadores puedan ser recurridas de manera eficaz y, en particular, lo más rápidamente posible, en las condiciones establecidas en los artículos 2 a 2 septies de la presente Directiva, cuando dichas decisiones hayan infringido el Derecho de la Unión en materia de contratación pública o las normas nacionales de incorporación de dicha normativa».

La nueva redacción, en cuanto se refiere a los contratos sometidos a **la regulación de las nuevas Directivas, implica una ampliación del objeto del recurso**, pues a la inicial limitación a las cuestiones de licitación y adjudicación, se incluye ahora a todas las cuestiones de los contratos, lo que afecta claramente a los supuestos relativos a modificaciones contractuales, subcontratación y causas de rescisión/resolución, en los términos regulados por las Directivas²²⁵. Y así lo acaba de declarar la reciente 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. Petición de decisión prejudicial planteada por Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Asunto C-391/15), que señala que tanto el “artículo 1, apartado 1, y el artículo 2, apartado 1, letras a) y b), de la **Directiva 89/665, en su versión modificada por la Directiva 2007/66, tienen efecto directo**”. Así, la legislación nacional contraria a estas previsiones, queda desplazada.

225

Criterio ya admitido por STJUE de 8 de mayo de 2014, *Idrodinamica Spurgo Velox*, asunto C-161/13, que analiza si existe o no derecho a un plazo de impugnación ante supuestos de modificaciones contractuales, en concreto, la modificación de la composición del grupo adjudicatario.

Igualmente, y sobre la base de la jurisprudencia del TJUE sobre cuándo existe un contrato, podrá ser objeto de revisión un convenio o un encargo a medio propio si, a pesar de su denominación, por objeto y causa, hay un contrato público y su adjudicación se considera ilegal²²⁶. Esto significa que el recurso especial deja de ser un recurso precontractual, y que se debe considerar contractual²²⁷.

Todas estas previsiones tienen efecto directo y obligan a la “relectura” del vigente TRLCSP, que deberá ser aplicado sin desconocer las previsiones directas de la Directiva, que serán parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los Tribunales administrativos y la Jurisdicción, ya que el conocido –e incuestionable– principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este. Es necesaria, en consecuencia, una interpretación de la norma nacional conforme al Derecho europeo²²⁸. Y, como norma de obligado cumplimiento, será parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Así, las previsiones de tipo de colaboración público-privada, los principios en que se fundamentan, las reglas de control a las decisiones que se adoptan en el contexto de una concesión, etc. son ya de directa aplicación, sin que ni la autoridad ni el funcionario público competente puedan desconocer su significado y alcance práctico (STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GmbH*).

226

La STJUE de 18 de enero de 2007, *Auroux*, asunto C-220/05, ya admitió la interpretación sobre la técnica de convenio entre un ayuntamiento y una sociedad mixta para la realización de un centro de ocio, para declarar que este es un caso de contrato de obra, que debe ser objeto de licitación (por ello, el convenio se considera una contratación directa ilegal). La STJUE de 25 de marzo de 2010, *Helmut Müller GbmH*, asunto C-451/08, subraya que el concepto de contrato público requiere únicamente que su ejecución conlleve un beneficio económico directo para el poder adjudicador, pero sin que sea necesario acreditar también la existencia de una ventaja económica para el contratista (apartados 48-53).

227

Sobre esta idea (y sus conclusiones) vid. J.M. GIMENO FELIU, *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.*

228

Vid. en este sentido, R. ALONSO GARCÍA, “La interpretación del derecho de los Estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico”, *Revista española de Derecho Europeo*, núm. 28, 2008, pp. 385-410.



VII.

Epílogo conclusivo



Cambra de Comerç de Barcelona

Procede, a modo de epílogo, presentar una serie de reflexiones conclusivas sobre los condicionantes y características de la colaboración público-privada, así como sobre las posibilidades de *contract back in* de determinados servicios públicos, recordando 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 la necesidad de abordar una aplicación de las normas de contratación pública que permitan cumplir el objetivo de mayor eficiencia e integridad en la prestación y de mayor calidad en la gestión de los servicios públicos y actividades de interés general.

Primera. 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”.

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 coherente con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, la lógica de la mejor satisfacción del interés público y del derecho a una buena administración.

Segunda. El debate sobre la prestación de los servicios públicos en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público²²⁹, es decir, sobre la regularidad, continuidad y neutralidad en la prestación, garantizando la mejor calidad del servicio a los ciudadanos. No interesa tanto que sea gestión directa o indirecta como que constituya la mejor prestación (también en parámetros de eficiencia) de la actividad. Es decir, debe prevalecer la idea del nivel óptimo de gestión. Y debe diferenciarse también entre los servicios económicos de interés general y los Servicios de Interés General, que son actividades esenciales cuya prestación no puede faltar a los ciudadanos en adecuadas condiciones de calidad y precio; se trata de los denominados servicios sociales, entre los que se incluye la sanidad, amén de otros como la educación, el amplio abanico de la Seguridad Social, etc. El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea reconoce, al respecto, una amplia competencia de los Estados miembros en relación con los servicios que más frecuentemente se organizan a partir de criterios de solidaridad y de cohesión social.

Así, frente a la idea de una gestión pública directa, lo esencial, desde la perspectiva del ciudadano y la protección de sus derechos, ha de ser la mejor prestación

229

Concepto de servicio público de difícil delimitación conceptual, como ya ha advertido la STC 127/1994, de 5 de mayo, al afirmar que “la idea de servicio público no constituye una noción unívoca y sí un concepto muy debatido por la doctrina jurídica -con detractores y valedores-, sujeto a distintas elaboraciones y utilizado en diversos momentos históricos con finalidades también distintas”.

del servicio público, al margen de quien sea el que se encargue de su gestión (así se ha advertido de forma expresa por la STC 84/2015, al analizar la constitucionalidad de las formas de gestión indirecta en los servicios sanitarios públicos, advirtiendo que no por ello hay quiebra del artículo 41 de la CE). Y esta visión objetiva es compatible y, en muchos casos, incluso indispensable, con la participación de la iniciativa privada.

Tercera. No puede desconocerse que, en el ámbito europeo, se ha fomentado la “visión” de política económica que pone en valor la cooperación público-privada (no siempre con fines lucrativos, donde es buen ejemplo todo el tercer sector relacionado con la solidaridad) y de respeto de los principios de competencia en los modos de gestión pública (artículo 106 TFUE), al considerarse que es la que favorece una mejor consolidación del modelo y de los estándares sociales asociados al mismo (cdo. 3 de la Directiva 2014/23). 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. Esta filosofía “penetra” en todos los ordenamientos nacionales y es un condicionante para las decisiones de gestión pública directa, en tanto en este caso se debe justificar la mejor eficiencia y calidad.

La colaboración público-privada se refiere, en general, a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas 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 público-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 las metodologías del sector privado, c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios, actuando como regulador y d) la posibilidad de soslayar las restricciones financieras públicas.

Esto explica la extensión de estas fórmulas de colaboración público-privada, pero conviene advertir que el eventual éxito que algunos conceden a esta modalidad contractual viene por el lado de las ventajas asociadas a la idea de que la inversión de capital y la gestión privada pueden aliviar las restricciones fiscales sobre la inversión en infraestructuras e incrementar con ello la eficiencia. Aunque no debería ser ese el único criterio, sino más bien la cláusula de valor por dinero (y en ese análisis hay que advertir de posibles deficiencias como la pérdida del control público de las decisiones, los riesgos políticos y de rendición de cuentas, la posible pérdida de competencia en un mercado “cerrado” o el que esos servicios sean pagados directamente por los ciudadanos).

Sin embargo, también tiene elevados costes de transacción y ciertos problemas de riesgo moral si se entiende que el socio privado tiene un aval público ilimitado (máxime si el contrato no contiene previsiones adecuadas sobre las posibles incidencias en la ejecución). Además, puede plantear incertidumbres contables, al tratarse de sistemas de financiación poco transparentes y de difícil fiscalización. Asimismo, conviene advertir que un mal diseño de la colaboración público-privada no solo implica riesgos para el concesionario, sino que la operación puede comportar también problemas de deuda pública y de compensaciones indemnizatorias muy elevadas.

Cuarta. Los principios y las técnicas o formas de la gestión indirecta 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.

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.

Quinta. La opción de “reinternalización” de servicios públicos encuentra importantes condicionantes en el Derecho Europeo (en especial, de contratación pública) que no se pueden desconocer y que se deben analizar en el contexto de la Estrategia Europea 2020²³⁰. El nuevo paquete legislativo europeo en materia de contratación pública contiene una “novedosa” Directiva de “concesiones”, que supone una evidente ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales, así como una necesaria 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, claramente vinculado al concepto de riesgo operacional, juega un importante papel el cumplimiento de los plazos y de las condiciones contractuales, así como la técnica, frente a extinciones anticipadas no causadas por el concesionario, de la responsabilidad patrimonial administrativa (RPA), que se comporta como un elemento de seguridad importante y que funciona como “efecto

230

La iniciativa de reforma de la contratación pública se enmarca en la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador [COM(2010) 2020], así como las iniciativas emblemáticas de Europa 2020 «Una Agenda Digital para Europa» [COM(2010) 245], «Unión por la innovación» [COM(2010) 546], «Una política industrial integrada para la era de la globalización» [COM(2010) 614], «Energía 2020» [COM(2010) 639] y «Una Europa que utilice eficazmente los recursos» [COM(2011) 21]. Aplica también el Acta del Mercado Único [COM(2011) 206], y en particular su duodécima medida clave: «Revisión y modernización del marco normativo de los contratos públicos».

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. Tampoco puede ser utilizada como aseguramiento del riesgo ilimitado, pues entonces falsearía de forma evidente la competencia y se incurriría en la prohibición de ayudas de Estado ilegales prevista en el artículo 107 TFUE.

Sexta. 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 incluyen la resolución de contratos (artículo 30 de la Directiva 2014/23), pero con el límite relativo a su resolución, que se erige así en un elemento de control (artículo 44). Y es que 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. Como se ha señalado con anterioridad, 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 constreñida al respeto de ciertas reglas y escapa de la posibilidad de resolver anticipadamente, por motivos de oportunidad o discrecionales, el contrato.

Séptima. Las Directivas de contratación pública tienen un plazo de transposición ya vencido (18 de abril de 2016), por lo que sus disposiciones tienen efecto directo en

aquellos aspectos en que la regulación sea clara, precisa e incondicionada. Así, las previsiones de tipo de colaboración público-privada, los principios en que se fundamentan, las reglas de control a las decisiones que se adoptan en el contexto de una concesión, etc., son ya de directa aplicación, sin que ni autoridad ni funcionario público puedan desconocer su significado y alcance práctico (STJUE de 2 de junio de 2005, *Koppensteiner GmbH*). Este efecto directo de las Directivas de contratación pública obligan a la “relectura” del vigente TRLCSP, que deberá ser aplicado sin desconocer las previsiones directas de la Directiva, que serán parámetro de legalidad ordinaria a controlar por los Tribunales administrativos y la Jurisdicción, ya que el conocido –e incuestionable– principio de primacía del ordenamiento de la Unión Europea obliga a que la norma nacional no se aplique si contraviene a este. Es necesaria, en consecuencia, una interpretación de la norma nacional conforme al derecho europeo.

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, se encuentra “desplazada” por la Directiva de concesiones de 2014, pues en ella parece establecerse 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. La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse conforme a lo dispuesto por la Directiva de concesiones de 2014 y los principios europeos de contratación pública. Y todo ello, junto con el principio de confianza legítima, que obliga, como regla general, a estar a lo pactado.

Esto significa que tanto el rescate de una concesión como las figuras análogas no pueden ser consideradas ya como una prerrogativa del contrato administrativo, pues éste cede a favor de un modelo de igualdad de trato y de eficiencia e integridad en la gestión de los fondos públicos. En la opción de rescate nos encontraremos con una

expropiación forzosa y, en consecuencia, deberá existir *causa expropriandi* y aplicarse el procedimiento expropiatorio legalmente establecido.

Octava. En todo caso, la decisión de “reinternalizar” la prestación de un servicio, como ya se ha destacado repetidamente, no supone en ningún caso un acto político o de gobierno (ni siquiera cuando es adoptada por un Ayuntamiento, por ejemplo), pues se trata del ejercicio de una potestad administrativa, discrecional pero vinculada a la técnica de gestión de los servicios públicos o del demanio público, que exige una evaluación desde la óptica del derecho a una buena administración.

La posibilidad de rescatar una concesión debe resituarse, no ya como una prerrogativa inherente al contrato administrativo, sino desde la lógica del ejercicio de una potestad *quasi* expropiatoria, y no ya desde la de un poder contractual. Así, solo cuando se cumplan los requisitos de la normativa expropiatoria, y siempre previo pago de la justa indemnización que proceda, podrá recuperarse anticipadamente la gestión directa de un servicio (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 ponderar adecuadamente los conceptos de compensación industrial y de amortización, así como de pérdida de fondo de comercio.

Además, en la decisión de reasumir la gestión directa en la prestación del servicio, en tanto *causa expropriandi*, deberán 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 sin que su afán pueda ser el 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. Si lo que se pretende es una nueva “moral pública” para evitar la “precarización de condiciones laborales” en las concesiones, o evitar

falta de información de costes, la mejor opción es la “reformulación” jurídica de la relación concesional (por ejemplo, forma de pago de las facturas, supuestos de reequilibrio, exigencias de estabilidad de plantilla o de un mínimo de retribución, prerrogativas de inspección, o inclusión de penalidades, entre otras).

Argumentar la gestión pública desde una perspectiva diferente a la mejor y más eficiente calidad de la prestación del servicio puede comportar la existencia de un vicio de desviación de poder (muy evidente si, como se ha argumentado repetidamente, la decisión pretende una “funcionarización encubierta del personal”). Desviación de poder que invalidará jurídicamente la decisión y que, obviamente, podrá ser combatida jurídicamente. Además, justificar una prerrogativa pública para “reinternalizar” en los supuestos de disfunciones del modelo de colaboración público-privada, cuando éstas son consecuencia de una incorrecta diligencia administrativa en el diseño y control de estas modalidades de prestación del interés público, resulta, cuando menos, una paradoja.

Novena. La decisión de rescatar podrá ser controlada, a la vez que por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016, con el efecto directo de las directivas de contratación pública, se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones. Y es que, al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este caso, la posible resolución). Efecto directo del ámbito del recurso especial declarado de forma expresa, en cuestión prejudicial, por 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.

Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial–, el tribunal administrativo de recursos contractuales competente podrá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

Y en dicho control jugarán especial importancia, además de los principios generales de Derecho comunes a toda actuación administrativa (igualdad, proporcionalidad, racionalidad, etc.) los más específicos de justicia y eficiencia y economía en el gasto público; y el principio o la regla de libertad de empresa y libre competencia. El cumplimiento de los principios del Derecho de la Unión Europea es una forma más de hacer valer el interés público, pues también estos tienen como objetivo el logro de una contratación más favorable para los intereses públicos.

El juez o tribunal administrativo deberá vigilar si la “decisión económica” de la Administración era la mejor de las decisiones posibles, pudiendo modificar ésta si su análisis le lleva a la conclusión de que aquélla no era la más correcta. Y para ello atenderá, lógicamente, a la jurisprudencia del TJUE de la Unión Europea, que ha conformado un sólido y coherente “derecho pretoriano”, que sirve de fuente interpretativa y que limita aquellas opciones que puedan contravenir las reglas de la Unión Europea.

Por otra parte, la *seguridad del concesionario*, que se presenta inicialmente como una condición necesaria para el adecuado cumplimiento de la concesión, es algo más que eso: *un bien jurídico penalmente tutelado*, puesto que forma parte del interés general que los concesionarios puedan estar respaldados por la seguridad. Esto significa que, por lo que se refiere a un proceso de rescate de una concesión administrativa, su incorrecta tramitación pueden dar lugar a la aparición de delitos, de entre los cuales sobresale, por mencionar expresamente a la expropiación, el del artículo 541 CP. Asimismo, podrían concurrir, en función de las circunstancias, varios tipos penales: a) el delito de prevaricación, referido a la orden de proceder a confiscar, aunque sería difícil conferir a esa clase de orden la condición de “resolución en asunto administrativo”, lo cual llevaría posiblemente el hecho hacia otros terrenos; b) el delito de coacciones, para los supuestos en los que la ejecución de la decisión de recurrir a las vías de hecho vaya acompañada de violencia o intimidación; c) el delito de usurpación, con

la agravación de abuso de la función pública, solo tendría cabida en relación con la confiscación de tierras, pues los únicos derechos “usurpables” son los derechos reales inmobiliarios. Ahora bien, si la confiscación conllevara la ocupación material de instalaciones pertenecientes al concesionario, podría darse el delito de usurpación según la manera en que ésta se llevara a cabo.

Décima. Finalmente, la técnica de “reinternalización” tiene otros 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 estabilidad presupuestaria (la 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, aun cuando siempre supeditada al previo cumplimiento de los mandatos constitucionales directos que caracterizan la fórmula del Estado Social y Democrático de Derecho que consagra la Constitución²³¹. 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 las técnicas de intervención administrativa. Desde la lógica de estos principios, los procesos de “reinternalización” presentan importantes problemas de encaje con las previsiones legales de disciplina financiera y presupuestaria, dentro de las cuales se mueven nuestras Administraciones locales y todas las Administraciones públicas.

Por otra parte, en tanto en los procesos de “reinternalización” se limita la regla de la competencia, se exige ahora la intervención de la autoridad de competencia como

231

En este sentido, P. SALA SÁNCHEZ, “La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica”, ob. cit., pp. 35-38.

232

Como ha recordado J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS (“El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos”, ob. cit., p. 607), entre los criterios a considerar en la resolución de la opción entre gestión directa e indirecta, hay que consignar el muy relevante de la competencia, tal y como ha recordado la Comisión Nacional de la Competencia (Informe 13-3-2013, IPN 88/13). En este Informe, dictado con ocasión de la tramitación de la LRSAL, la Comisión Nacional de la Competencia afirmaba: “Cuando la titularidad de la prestación esté reservada a las entidades locales, estas deben decidir, de acuerdo con el artículo 82 LBRL, si prestar el servicio directamente o mediante gestión indirecta. La CNC estima que el APL debería establecer la obligación para las entidades locales de decidir entre gestión directa e indirecta de la forma más favorecedora posible de la competencia y, específicamente, de analizar ex ante determinados elementos que señalizan la posibilidad de introducir competencia efectiva. Por ejemplo, la existencia de un número suficiente de oferentes potencialmente interesados en la prestación del servicio, el grado de competencia efectiva entre los mismos, la escasa importancia relativa de los activos específicos que impliquen costes de entrada (en particular, de los costes hundidos) o el suficiente control que se atribuya al futuro prestador del servicio sobre los costes derivados de dicha prestación (por ejemplo, sobre los costes salariales). Cuando, entre otros, existan estos elementos, el APL debería establecer que las entidades locales opten por fórmulas de gestión indirecta que permitan la prestación privada. Al mismo tiempo, debe asegurarse la revisión periódica del prestador tras el plazo contractual mínimo necesario para asegurar la viabilidad económica de dicha gestión. Esta opción resulta preferible para la competencia y la eficiencia frente a la constitución de entidades instrumentales de capital público o mixto. Esto es debido a que la estabilidad temporal y la vinculación estructural de estas entidades instrumentales con las entidades locales reducen o eliminan las tensiones competitivas en la prestación del servicio, no contando con los mismos incentivos para ser eficientes. Adicionalmente, la CNC quiere subrayar que la gestión indirecta no implica indefectiblemente la provisión mediante un único prestador. El APL debería favorecer también la competencia ‘en el mercado’, estableciendo que cuando la prestación pueda realizarse eficientemente por varios operadores, esta pluralidad de prestadores debería ser la forma de provisión elegida por la entidad local”. Vid. también el trabajo de A. COLOME y S. GRAU I ARANAU, “Remunicipalización de servicios públicos locales y competencia”, Cuadernos de Derecho Local núm. 43, 2017, pp. 124-159.

requisito previo a la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades previstas en el artículo 86.2 de la LBRL²³². En el informe de la Comisión Nacional de la Competencia de 2008 denominado *Recomendaciones a las Administraciones Públicas 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 mercado²³³. En ese contexto, como también se ha indicado con reiteración, la apelación a la mera ideología para gestionar de un modo u otro (de forma directa o indirecta) un servicio público, no es ya suficiente en el siglo XXI, frente al derecho y las obligaciones que este incorpora de buena administración. El derecho no es indiferente ni a la publicación ni a la privatización. Ello no significa que no puedan adoptarse ambas decisiones, ni que el derecho sea una carrera de obstáculos (también ideológicos) en uno u otro sentido.

En todo caso, 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 “internalización” de esos servicios, y de su asunción (si es necesaria su prestación y 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 competencia (ni se podrá utilizar de forma indebida la técnica de encargos a medios propios)²³⁴.

En definitiva, el alcance sobre las fórmulas de colaboración público privadas y su función en la consecución del

233

Un ejemplo de tales consideraciones lo encontramos en el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía n.º 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 mediante monopolio impidió a la Agencia pronunciarse sobre la misma [http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/sites/all/themes/competencia/files/pdfs/Informe_1_02-10_VEJER_2.pdf (último acceso: noviembre de 2014)]. Decisión y motivación que podrán ser recurridas 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”.

234

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 comercialización 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).

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, sobretodo, desde la seguridad jurídica, facilitar un modelo de actuación complementaria entre el sector público y el sector privado. Quebrantar la flexibilidad del modelo, desde una única perspectiva ideológica, pervierte la estructura constitucional existente y, por ello, deviene en una actuación contraria a derecho.



Bibliografia

- ANA JUAN LOZANO, M. y RODRÍGUEZ MÁRQUEZ, J., *La colaboración público-privada en la financiación de las infraestructuras y servicios públicos. Una aproximación desde los principios jurídico-financieros*, Ministerio de Economía y Hacienda, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 2006.
- ALBERTÍ ROVIRA, E., "Criterios constitucionales de la intervención pública en la economía", en libro colectivo *La Constitución económica*, Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2012.
- ALBI, F., *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*, Aguilar, Madrid, 1960.
- ALONSO GARCÍA, R., "La interpretación del Derecho de los Estados conforme al Derecho Comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico", *Revista española de derecho europeo*, núm. 28, 2008.
- ALONSO GARCIA, R., *Derecho Comunitario, Derechos nacionales y derecho común europeo*, Civitas, Madrid, 1989.
- ALONSO GARCIA, R., *Derecho comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Ceura, Madrid, 1994.
- ALONSO UREBA, A., "El marco constitucional económico español y la adhesión a las Comunidades Europeas", *Tratado de Derecho Comunitario*, Civitas. Madrid, 1988.
- AMENÓS ÁLAMO, J., 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.
- AMOEDO SOUTO, C., "La autoprovisión administrativa como alternativa a la externalización contractual de servicios", en libro col. *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*. Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017.
- ARIMANY LAMOGLIA, E., "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. especial homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias, 2011.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Economía y Estado. Crisis y Reforma del sector público*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 299-305.
- ARIÑO ORTIZ, G., "El enigma del contrato administrativo", *RAP* núm. 172, 2007.
- ARIÑO ORTIZ, G., "El servicio público como alternativa", *REDA* núm. 23, 1979.
- ARIÑO ORTIZ, G., *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968.
- ARNOLD, J., "Le texte définitif de la Communication interprétative de la Commisison européenne sur les concessions en droit communautaire", *Revue Francaise Droit Administrati* núm. 5 de 2000.
- ARROWSMITH, S., *Public Private partnerships*, Sweet and Maxwell, London, 2000.
- ARROWSMITH, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, vol. 1, 3ª ed., Sweet and Maxwell, Londres, 2014.
- AUBY, J.B., "Comparative approaches to the rise of contract in the public sphere", *Public Law*, spr, 2007.

- BAÑO LEON, J.M., "La influencia del Derecho comunitario en la interpretación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas", RAP 151, 2000.
- BARNES, J., "Introducción: Hacia el Derecho Público europeo", en libro col. dirigido por él mismo *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.
- BEL I QUERALT, G., y A. ESTRUCH MANJÓN, "La gestión de los servicios públicos locales: ¿por qué se privatizan los servicios públicos y qué efectos tiene la privatización?", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011.
- BENACHIO, A., M. COZZIO Y F. TITOMANLIO, *I contratti pubblici nella giurisprudenza dell'Unione Europea, Tomo I*, publicación del Osservatorio di Diritto comunitario e nazionale sugli appalti pubblici. Universidad de Trento, 2016.
- BERNAL BLAY, M. A., *El contrato de concesión de obras públicas y otras técnicas paraconcesionales*, Civitas, Cizur Menor, Madrid, 2011.
- BERNAL BLAY, M.A., "La colaboración público-privada institucional", *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 37, 2010.
- BLANCO LOPEZ, F., "La Directiva 2014/23 de concesiones. El riesgo operacional", *Revista Derecho y Salud, Vol. 24, núm. 2 de 2014*.
- BLANQUER CRIADO, D., *La concesión de servicio público*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2012.
- BOCKMAN MOREIRA, E., "Contratos públicos de longo prazo, mutações e segurança jurídica", *La contratación pública a debate: presente y futuro*, (Dir: Fernández Acevedo, Rafael y Valcárcel Fernández, Patricia), Civitas, Cizur Menor 2014.
- BOUZA VIDAL, "Modalidades de unificación y armonización de legislaciones en la Comunidad Económica Europea", en *Tratado Derecho Comunitario*, Vol. I, Civitas, Madrid, 1988.
- BRUNETE DE LA LLAVE, M.T., *Los contratos de CPP en la LCSP, La Ley*, 2009.
- BRUNETE DE LA LLAVE, T., "Colaboración público-privada: presente y futuro", *Observatorio de Contratos Públicos 2010*, Civitas, Cizur Menor, 2011.
- BUSTILLO, R., "La desviación de poder en el derecho comunitario y en el Convenio europeo de derechos humanos", RAP núm. 188, 2012.
- CALATAYUD PRATS, I., "Riesgo y efectos de la resolución por incumplimiento del contratista de las concesiones de obra y servicio público: la liquidación del contrato (RPA) y la indemnización de daños y perjuicios", *Revista General de Derecho Administrativo* (Iustel, enero 2017), num. 44.
- CANDELA TALAVERO, J.E. "La resolución del contrato público por incumplimiento de las restantes obligaciones contractuales esenciales", *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 43, 2017.
- CARANTA, R., "Transparence et concurrence", en Noguellou, R., y Stelkens, U. (eds.), *Droit comparé des contrats publics*, Bruylant, Bruselas, 2010.
- CARBONELL PORRAS, E., "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003.

CARBONELL PORRAS, E., "El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias. ¿Convenio o contrato administrativo?", en libro col. *Estudios de Derecho Público Económico*, Civitas, Madrid, 2003.

CARLÓN RUIZ, M., "Nuevas técnicas para nuevos tiempos: del servicio público al servicio universal", en AA. VV., *Derecho de la Regulación, Tomo I*, Iustel, 2009.

CARTEI, G., y M. RICCHI *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico Privato - Temi europei, istituti nazionali e operatività*, Editorial Scientifica, Nápoles 2015.

CASTILLO BLANCO, F. "Remunicipalización de servicios locales y situación del personal de los servicios rescatados", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016.

CAVALLO, G., y G. DI PLINIO, *Manuale di diritto pubblico dell'economia*, Giuffrè, Milán, 1983.

CHINCHILLA MARÍN, C., "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas", en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011

CHINCHILLA MARÍN, C., (2004), *La desviación de poder*, 2.ª reimpr. de la 2.ª ed., Civitas, Madrid.

CHINCHILLA, C., *El servicio público, ¿una amenaza o una garantía para los derechos fundamentales? Reflexiones sobre el caso de la televisión*, en libro hom. al prof. García de Enterría, Civitas, 1991.

COLABIANCHI, A., *Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la pubblica amministrazione*, "Giurisprudenza Civile", 1990, vol. I.

COLOME, A., y S. GRAU I ARANAU, "Remunicipalización de servicios públicos locales y competencia", *Cuadernos de Derecho Local* núm. 43, 2017.

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., "El contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado como instrumento eficaz para salir de la crisis", *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*, núm. 110, 2011.

COLÓN DE CARVAJAL FIBLA, B., "Presente y futuro de la colaboración público-privada a nivel europeo: aspectos determinantes de su importancia como instrumento eficaz para salir de la crisis", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 316, 2011

COZZIO M., "La función de la jurisprudencia en el proceso de europeización de las reglas de contratación pública», en Gimeno Feliu (Dir.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Civitas, 2013.

COZZIO, M., "Modifiche in corso di esecuzione, tra regole europee convergenti e interpretazioni nazionali divergenti", en libro col. M. AGOSTINA CABIDDU y M. CRISTINA COLOMBO. *Appalti pubblici, in house providing e grande infrastrutture. Dossier Appalti*. Pubblica amministrazione 24, febrero de 2015.

DE GISPERT PASTOR, "La noción de empresa en la Constitución española", en libro colectivo *La empresa en la Constitución*, Aranzadi, 1989.

DE LA CRUZ FERRER, J., "Financiación y gestión público-privada: experiencia de la iniciativa de financiación privada en el Reino Unido", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núms. 2 y 3, 2000.

DELORS, J., "Orientamenti e indirizzi comunitari", en *Rivista Il Diritto dell'Economia* núm. 1, 1990.

DÍAZ PÉREZ, J., "Retos de la colaboración público-privada para el desarrollo de infraestructuras públicas (PPP)", en Boletín Económico de ICE N° 3012, del 1 al 30 de junio de 2011.

DÍEZ-PICAZO, L., "Algunas reflexiones sobre el derecho de propiedad privada en la Constitución", en *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, II, De los derechos y deberes fundamentales, Civitas, Madrid 1991.

DIEZ-PICAZO, L., "Reflexiones sobre la idea de Constitución Europea", *Revista de Instituciones Europeas*, núm. 2 de 1993.

DORREGO DE CARLOS, A., y F. MARTINEZ VAZQUEZ (dirs.), *La colaboración público-privada en la Ley de Contratos del sector público*, La Ley

ECKERT, G., "Le périmètre des marchés de partenariat". *Contrats et Marchés publics* núm. 10, Octubre 2015, dossier 11.

EDWARD, David A. O., "Efecto directo y primacía del Derecho comunitario. El problema especial de las directivas", *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 42, mayo-agosto 1995, pp. 35-42.

ENDICOTT, T., *Administrative Law*. Oxford University Press, 2015.

ESTEVE PARDO, J. *Estado garante. Idea y realidad*. Innap Investiga, Madrid, 2015.

ESTEVE PARDO, J., "La Administración garante. Una aproximación", *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015.

ESTEVE PARDO, J. "Perspectivas y cauces procedimentales de la remunicipalización de servicios", *RAP* núm. 202, 2017.

FALCON, G., "Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario", *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico* núm. 1, 1993.

FERNANDEZ ESTEBAN, "La noción de Constitución europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *REDC* núm. 40, 1994.

FERNÁNDEZ FARRERES, G., "El concepto de servicio público y su funcionalidad en el derecho administrativo de la nueva economía", *Justicia Administrativa*, núm. 18, 2003.

FERNANDEZ FARRERES, G., *El régimen de las ayudas estatales*, Civitas, Madrid, 1993.

FERNANDEZ FARRERES, G., *La subvención: concepto y régimen jurídico*, IEF, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F. "Equilibrio económico y revisión de precio en los contratos administrativos", *REDA* núm. 163, 2014.

FERNANDEZ GARCIA, J., "El servicio público en el Derecho de la Unión Europea", *Revista Derecho de la Unión Europea* núm. 7, 2004.

FERNANDEZ, T.R., "León Duguit en España y en español", *Revista de Administración Pública*, núm. 183, 2010.

FERNANDEZ, T.R., "Reflexiones sobre la sostenibilidad de los servicios públicos, un nuevo principio general en gestación", *RAP* núm. 200, 2016.

FONT I LLOVET, T., "Organización y gestión de los servicios de salud. El impacto del derecho europeo", *Revista Administración Pública* núm.199, 2016.

- FRACCHIA, F., "Concessione amministrativa", A. FALZEA, P. GROSSI, E. CHELI Y R. COSTI, *Annali I. Enciclopedia del diritto*. Editorial Giuffrè Editore, Milano, 2008.
- FRACCHIA, F., "Público e privado nella gestione dei servizi pubblici locali: tra esternalizzazione e municipalizzazione", *federalismi.it*, núm. 14, 13/07/2016 (<http://www.federalismi.it/nv14/editoriale.cfm?eid=408>).
- FRACCHIA, F., "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.
- FUENTETAJA PASTOR, J.A., *Derecho Administrativo Europeo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.
- FUERTE LÓPEZ, J., "Sobre el delito de prevaricación: requisitos, formas y elementos para su determinación en la contratación pública", en www.obcp.es.
- FUERTE, M., "Los riesgos del riesgo de explotación", en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, 2013.
- GALLEGO CÓRCOLES, I., "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.
- GALLEGO CORCOLES, I., "Las relaciones "contractuales" entre entes públicos no sometidas a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública", en libro colectivo dirigido por M. Almeida e I. Martín, *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo* (Toledo, 13 y 14 noviembre de 2014).
- GARCÉS SANAGUSTIN, M., "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.
- GARCÍA HERNÁNDEZ, J., "El fin de las concesiones administrativas de gestión de servicios públicos en los supuestos en los que la retribución que abonan los usuarios tengan naturaleza de tasa: ¿y ahora qué?", *Revista Derecho Local* núm. 38, febrero de 2016.
- GARCÍA RUBIO, F., "Pros y contras jurídico-administrativos de la reinternalización (remunicipalización) de servicios locales", en libro col. *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017.
- GIMENO FELIU, J.M., "Servicio público, derechos fundamentales y Comunidad Europea", *Revista Aragonesa de Administración Pública* núm. 5, 1994, pp. 127-166.
- GIMENO FELIU, J.M., "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas", *Revista de Administración Pública*, núm. 135, 1994.
- GIMENO FELIU, J.M., *El servicio público eléctrico en el mercado interior europeo*, Civitas, Madrid, 1995.
- GIMENO FELIU, J.M., "La incorporación del Derecho comunitario al ordenamiento nacional", *Noticias UE* núm. 267, 2007.
- GIMENO FELIU, J.M., "El principio de eficiencia", en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, Madrid, 2011.

GIMENO FELIU, J.M., "Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contrato de servicios y el CPP", *REDA* núm. 156, 2012.

GIMENO FELIU, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública. De la burocracia a la estrategia. (El contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014.

GIMENO FELIU, J.M., "La "codificación" de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE", *REDA* núm. 172, 2015.

GIMENO FELIU, J.M., "El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho 'pretoriano'. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma", en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

GIMENO FELIU, J.M., "La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad", *La corrupción en España*, Atelier, Barcelona, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., "Presente y futuro de la regulación de la modificación de los contratos del sector público", libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2015*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., "Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., "La transposición de de las Directivas de contratación pública en España y el efecto directo por vencimiento del plazo de incorporación. Consecuencias prácticas", *Revista Gallega de Administración Pública*, núm. 52, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., "Administración pública y derecho administrativo en la Unión europea: la consolidación de un modelo de uniformización jurídica", libro homenaje al profesor Santiago Muñoz Machado, CEPC, Tomo I, Madrid, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., *Sistema de control de la contratación pública en España. (cinco años de funcionamiento del recurso especial en los contratos público. La doctrina fijada por los órganos de recursos contractuales. Enseñanzas y propuestas de mejora). Número monográfico especial (2016) Observatorio de los contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016.

GIMENO FELIU, J.M., "Hacia una nueva Ley de Contratos del Sector Público. ¿Una nueva oportunidad perdida?", *REDA* núm. 182, 2017.

GIMENO FELIU, J.M., "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.

GOMETZ, G., *La certeza jurídica como previsibilidad*, 2012, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales

GONDRA ROMERO, J.L., "Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea", *Tratado de Derecho Comunitario*, Civitas, Madrid, 1988.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., "Contrato de colaboración público-privada", *Revista de Administración Pública*, núm. 170, 2006.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Financiación de infraestructuras públicas y estabilidad presupuestaria*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

GONZÁLEZ GARCÍA, J., *Colaboración público privada e infraestructuras de transporte. Entre el contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado y la atipicidad de la gestión patrimonial*, Marcial Pons, Madrid 2010.

GONZÁLEZ VARAS, S., "Rescate de concesiones", *Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 28, 2013.

GONZALEZ-VARAS "Nuevos desarrollos de la idea de colaboración privada empresarial de las funciones públicas", *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, 2006.

GRANADO HIJELMO, I., "La Constitución para la Unión Europea como proyecto normativo y como problema jurídico", *Noticias de la Unión Europea* núm. 124, 1995, en AAVV, *La encrucijada constitucional de la Unión Europea*, Civitas, Madrid, 2002.

GRECO, G., "Il Diritto comunitario propulsore del Diritto amministrativo Europeo", *RTDP* núm. 1, 1993.

GUARINO, G., "L'Atto Unico e il proceso di integrazione europea", *Revista Tempo Presente* núm. 91-92, 1988.

HERNANDEZ GIL, A., "La unificación jurídica europea", *Noticias CEE* núm. 71, 1990.

HERNANDEZ GONZALEZ, J.F., "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.

HERNANDO RYDINGS, M., *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona,

JACQUE, J.P., "La communautorisation des politiques nationales", *Revue Francaise d'Etudes Constitutionnelles et Politiques* núm. 48, 1989.

JEZE, G., "Appréciation per les gouvernements et leur agents de l'opportunité d'agir: réalisation, organisation et fonctionnement des services publics", *Revue Droit Public*, 1915.

JIMENEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A., "El efecto directo de las directivas de la Comunidad Europea", *RAP* núm. 109, 1986.

JOURDAN, P., "La formation du concept de service public", *Revue Droit Public* núm. 1 de 1987.

LAGUNA DE PAZ, J.C., *Servicios de interés económico general*, Civitas, Cizur Menor 2009.

LAZO VITORIA, X., "El futuro del mercado concesional en Europa", *REVISTA CEFLEGAL*. CEF, núm. 154 (noviembre de 2013).

LENCE REIJA, C., "La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia", *Revista española de Derecho Administrativo* num.170, 2015.

LEZERTUA RODRIGUEZ, M., *La doctrina jurisprudencial sobre el efecto directo de las directivas comunitarias*, *Revista Vasca de Administración Pública* núm. 11, 1985.

LÓPEZ DE CASTRO GARCÍA-MORATO, L., "La configuración poliédrica del servicio de abastecimiento de agua a poblaciones ante el mercado interior: mucho más que un servicio de interés económico general", *REDA* núm. 163, 2014.

LÓPEZ RAMÓN, F., "Las dificultades de una legislación básica sobre concesiones administrativas", *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, núm. 243, 1989.

MACHO PÉREZ, A.B, 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.

MAGALDI MENDAÑA, N., *Los orígenes de la municipalización de servicios en España*, INAP, 2012.

MAGALDI MENDAÑA, N., "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*, núm. 39-40, 2012.

MAGIDE HERRERO, M., "Marco legal de la colaboración público-privada; algunas referencias particulares al ámbito de la defensa", en AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012.

MALARET I GARCIA, E., "Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto", *RAP* núm. 145, 1998.

MARCOU, G., "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.

MARTIN MATEO, R., *El marco público de la economía de mercado*, Aranzadi, 2003.

MARTÍN REBOLLO, L., "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", *RAP* núm. 100-102, 1983.

MARTÍN RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo Económico I*, La Ley, Madrid, 1988.

MARTIN-RETORTILLO, L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Discurso leído el día XXV de octubre de 2004, en su recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (publicado en Civitas).

MARTIN-RETORTILLO-L., *La interconexión de los ordenamientos jurídicos y el sistema de fuentes del derecho*, Civitas, 2004.

MARTÍN-RETORTILLO, S., "Las nuevas perspectivas de la Administración Económica", *RAP*, núm. 116, 1988.

MARTÍNEZ MANZANEDO, R., "La contabilidad de la colaboración público-privada en el contexto del Sistema Europeo de Cuentas (SEC 95)", *Presupuesto y Gasto Público*, núm. 45, 2006.

MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS, J. L., "El servicio público local. Redimensionamiento y gestión de actividades y servicios públicos", en J. A. CARRILLO DONAIRE y P. NAVARRO RODRÍGUEZ (coords.), *La Reforma del Régimen Jurídico de la Administración Local*, El Consultor de los Ayuntamientos-La Ley, Madrid, 2014.

MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, J.M., "La remunicipalización de servicios", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 9, Sección Opinión / Colaboraciones, Quincena del 15 al 29 Mayo, 2017, Ref. 1195/2017.

MASSERA, A., "L'amministrazione e i cittadini nel Diritto comunitario", *RTDP* núm. 1, 1993.

- MATTERA, A., *El mercado único europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 191 y ss.
- MAURI MAJOS, J. "Consecuencias de la remunicipalización en materia de personal", Cuadernos de Derecho Local, núm. 43, 2017.
- MEDINA ARNAIZ, T. , "la regulación europea de las prohibiciones de contratar y su aplicación según la jurisprudencia de la Unión Europea", en libro colectivo *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- MEDINA ARNAIZ, T., "La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa", Revista Vasca de Administración Pública núm. 104.2, 2016.
- MEILAN GIL, J.L., "Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión", RAP núm. 191, 2013.
- MESTRE DELGADO, *La extinción de la concesión de servicio publico, La Ley, Madrid, 1992*, p. 269.
- MIGUEZ MACHO, L., "Las fórmulas de colaboración público-privada en el derecho español", RAP núm. 175, 2008.
- MIGUEZ MACHO, L., "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.
- MIGUEZ MACHO, L., "Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público", en AA. VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014.
- MONTOYA MARTIN, E., "Exigencias derivadas del buen gobierno y la buena administración como prevención y lucha contra la corrupción en el sector público local", en libro col. *La corrupción en España*, Atelier, 2016.
- MONTOYA MARTÍN, E., "Nuevas perspectivas sobre la gestión de los servicios locales: incidencia de la crisis económica y necesidad de racionalización del sector público instrumental", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 5, 2011.
- MORENO MOLINA, J.A., "Un mundo para SARA, una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública, los contratos sujetos a regulación armonizada", RAP núm. 178, 2009.
- MORENO MOLINA, J.A., "El sometimiento de todos los contratos públicos a los principios generales de la contratación", en *Administración y Justicia. Liber Amicorum Tomás Ramón Fernández*, T.II, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2012.
- MORENO MOLINA, J.A., "La insuficiente incorporación del Derecho comunitario de la contratación pública en la Ley de contratos del sector público", *Monografías de la Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. X, 2008 (Ed. J. M. Gimeno), Zaragoza, 2008, pp. 49 – 87,
- MORENO MOLINA, J.A., "Las concesiones de obra pública en el derecho comunitario europeo", Revista Contratación Administrativa Práctica, La Ley núm. 39, 2005.
- MUÑOZ MACHADO, S., "Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española", REDA núm. 75, 1992.

MUÑOZ MACHADO, S., "La integración europea: nuevos problemas jurídicos de consolidación desde la perspectiva de los Ordenamientos internos", *Revista andaluza de administración pública*, núm. 7, 1991.

MUÑOZ MACHADO, S., *El Estado, el Derecho interno y la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1986.

MUÑOZ MACHADO, S., *La Unión Europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Editorial, Madrid, 1993.

MUÑOZ MACHADO, S., *Servicio público y mercado*, Tomo I, Civitas, 1998.

MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol. I, Thomson Civitas, 2004.

MUÑOZ MACHADO, S., y BAÑO LEON, J.M., "Libertad de empresa y unidad de mercado", en libro col. *La empresa en la Constitución española*, Aranzadi, 1989.

NAVARRO, V., "Un análisis de las críticas neoliberales y conservadoras al Estado de Bienestar y propuestas alternativas", en el libro colectivo *El Futuro del Estado de Bienestar*, Cedecs, Barcelona, 2002.

NIETO GARRIDO, E., "El New Public Management y el gobierno a través de contratos en el Reino Unido", *RAP* núm. 162, 2004.

NIETO GARRIDO, E., "La financiación privada de obras y servicios públicos en el Reino Unido", *RAP* núm. 164, 2004.

NOGUERA DE LA MUELA, B. "La colaboración público-privada en las obras hidráulicas", en libro col. *Tributos, aguas e infraestructuras*, ed. Atelier, Barcelona, 2012.

ORTEGA BERNARDO, J., y M. DE SANDE PÉREZ-BEDMAR, "El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales", *Anuario de Derecho Municipal*, núm. 9, 2015.

PAJNO, A., "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 2016.

PALOMAR OLMEDA, A., *Colaboración público privada: análisis avanzado de los problemas prácticos de esta modalidad contractual*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011.

PARDO GARCÍA-VALDECASAS, J.J., "El interés público y los principios comunitarios: su influencia en la modificación contractual", en *La contratación Pública: problemas actuales*, Cano Campos/ Bilbao Alexiades (coord.), Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, 2013.

PAREJO ALFONSO, L., *Estado social y Administración pública*, Civitas, 1983.

PEÑA OCHOA, A., "El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público", *Monográfico Revista Aragonesa Administración Pública La Nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Zaragoza, 2009.

PERDIGO SOLA, J., "Aproximación a la Directiva 2014/23/UE, de Concesiones", en libro en libro *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.

PIÑAR MAÑAS, J.L., "Reflexiones sobre la privatización de empresa pública en España", *Revista Española de Derecho Administrativo* núm. 84, 1994.

PONCE SOLE, J., "La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración", REDA 175, 2016.

PONCE SOLE, J., "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.

PONCE SOLE, J., *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

PUERTA SEGUIDO, F., "El contrato de concesión de obra pública como instrumento de colaboración privada en el desarrollo de infraestructuras: el desastre económico de las autopistas", en libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, 2015.

QUERALT, "Public compliance y corrupción: análisis conceptual y propuestas", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, núm. 2, 2016.

PUNZÓN MORALEDA, J., y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, "El equilibrio económico de los contratos públicos", en AA. VV., *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Civitas, Cizur Menor, 2012.

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)", REDA núm. 161, 2014.

RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., "El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria reconducción de este tipo contractual (Comentario a las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 29 de abril de 2010 y de 10 de marzo de 2011)", en *Administración y Justicia. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, tomo II, Thomson, Pamplona, 2012.

REICH, N., *Mercado y Derecho*, Ariel, Barcelona, 1985.

RIDAO I MARTÍN, J., "La colaboración público-privada en la provisión de infraestructuras de servicio público. Revisión crítica y alternativas al actual marco regulador". *Revista catalana de dret públic*. Núm. 45, 2012.

RODRIGUEZ IGLESIAS, G.C., "La Constitución de la Comunidad Europea", *Noticias CEE* núm. 100, 1993.

RODRÍGUEZ-ZAPATA, J., "La propiedad privada: de cienienta a derecho fundamental", en *Revista general de legislación y jurisprudencia*, núm. 3 (jul.-sept. 2001).

RUIZ OJEDA, A., *La concesión de obra pública*, Civitas, Madrid, 2006.

SALA SANCHEZ, P., "La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica", *Revista española de control externo*, Vol. 16, núm. 46, 2014.

SANCHEZ GRAELLS, A., "What Need and Logic for a New Directive on Concessions, Particularly Regarding the Issue of their Economic Balance?", en *European Public Private Partnerships Law Review*, núm 2, 2012 (disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2101712).

SANCHEZ MORON, M., "La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación", en la obra colectiva *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011.

SAUSSIÉ, S. , *An Economic Analysis of the Closure of Markets and other Dysfunctions in the Awarding of Concession Contracts*, estudio encargado por el Parlamento europeo, junio de 2012, <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201206/20120626ATT47715/20120626ATT47715EN.pdf>).

SCHWARZE, J., "Tendencias towards a Common Administrative Law in Europe", *European Law Review*, II, 1991.

SUTTI, F. e I. GOBBATO. "Il mercato del PPP alla luce del nuovo Codice degli Appalti". *Paper. L'attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche*. <http://www.italiadecide.it/public/files/PAPER.pdf>

SUTTI, F., e I. GOBBATO. "Il mercato del PPP alla luce del nuovo Codice degli Appalti". *Paper. L'attuazione del nuovo Codice dei Contratti Pubblici: problemi, prospettive, verifiche*. <http://www.italiadecide.it/public/files/PAPER.pdf>

TAMARIT, J.M., *Comentario al artículo 541*, en AAVV, Dir. Quintero Olivares, *Comentarios al Código penal español*, Aranzadi Thomson Reuters, 7ª ed. 2016.

TER-MINASSIAN, T., y J.L. RUIZ, "Aspectos económicos en la colaboración público-privada", *Presupuesto y Gasto Público* núm. 45, 2006.

TORNOS MAS, J., "El concepto de servicio público a la luz del derecho comunitario", *RAP*, núm. 200, 2016 (ejemplar dedicado a *El Derecho administrativo a los 30 años de nuestro ingreso en la Unión Europea*).

TORNOS MAS, J., "El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración pública", libro Homenaje al profesor L. Martín-Retortillo, Zaragoza, 2008.

TORNOS MAS, J., "Informe sobre la contraprestación del servicio de abastecimiento domiciliario de agua: La Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2015 (RI§1151068)", *Revista Derecho Municipal*, Iustel, 10 de marzo de 2016.

TORNOS MAS, J., "La remunicipalización de los servicios públicos locales. Algunas precisiones conceptuales", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58-59, 2016.

TORNOS MAS, J., "La remunicipalización de los servicios públicos locales", en libro col. *Los servicios públicos locales. Remunicipalización y nivel óptimo de gestión*, Iustel/Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2017.

TORNOS MAS, J., "La tarifa como forma de retribución de los concesionarios: una figura constitucional y necesaria", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 24, 2011.

TORNOS MAS, J., "Servicios públicos y remunicipalización", *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, núm. 76, 2016 (ejemplar dedicado a *Derecho Administrativo: Regulación de Servicios Públicos y Competencia*. <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.002>).

TRAYTER, J.M., "El efecto directo de las Directivas comunitarias: el papel de la Administración y los jueces en su aplicación", *RAP* núm. 125, 1991.

UVERLING, U., "Comunidad Europea. El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas como Tribunal Administrativo", en libro col. dirigido por J. Barnes *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.

- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Colaboración público-privada, estabilidad presupuestaria y principio de eficiencia de los fondos públicos", libro col. *Observatorio de los Contratos Públicos 2011*, Civitas, 2012.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "La colaboración público-privada como fórmula de externalización de cometidos públicos", *Anuario de la Facultad de Derecho de Orense*, 2007.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., "Público y Privado en la gestión de Servicios de Interés General" en V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÁ, B. NOGUERA DE LA MUELA (coords.) *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos*, Valencia-Torino: G. Giappichelli Editore-Tirant lo Blanch, 2016.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P., *Ejecución y financiación de obras públicas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006.
- VAQUER CABALLERÍA, M., "El criterio de la eficiencia en el Derecho administrativo", *RAP* núm. 186, 2011.
- VÁZQUEZ MATILLA, J., *La modificación de los contratos públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015.
- VILLALBA PÉREZ, F., "La concesión de servicios, nuevo objeto de regulación del Derecho Comunitario. Directiva 2014/23/UE de 26 de febrero de 2014 relativa a la adjudicación de contratos de concesión", en *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica (REALA)*, nº 2, 2014.
- VILLAR EZCURRA, J.L., "El principio de riesgo y ventura", en R. GÓMEZ-FERRER MORANT (dir.), *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 2004.
- VILLAR PALASÍ, J. L. , "Concesiones administrativas", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, F. Seix Editor, tomo IV.
- VILLAR ROJAS, F., *Privatización de servicios públicos*, Tecnos, Madrid, 1993.
- VILLAR ROJAS, F.J., "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *RAP* núm. 172, 2007.
- WOEHLING, J.M., "Reflexions sur le renouveau du service public", *La Revue Administrative*, núm. 269, 1992.
- WOLLMANN, H., "La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un 'retorno' a las gestiones públicas/municipales?", *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 31, febrero de 2013.



Cambra Oficial de Comerç, Indústria, Serveis i Navegació de Barcelona

Oficines i serveis

Av. Diagonal 452 Barcelona

Seu corporativa

Casa Llotja de Mar. Passeig d'Isabel II, 1 Barcelona

www.cambrabcn.org



Cambra de Comerç de Barcelona