

La remunicipalización de servicios públicos locales: la necesaria depuración de conceptos y los condicionantes jurídicos desde la óptica del derecho europeo*

JOSÉ MARÍA GIMENO FELIU

Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza

(orcid.org/0000-0001-6760-9222)

(gimenof@unizar.es)

- 1. El debate sobre la remunicipalización: precisiones iniciales sobre su finalidad**
- 2. El contexto de regulación y del modelo económico como condicionantes de la remunicipalización**
 - 2.1. Breve referencia a la evolución de la posición de las Administraciones Públicas en el desarrollo de actividad económica
 - 2.2. Límites generales y contextualización de la colaboración público-privada en Europa
- 3. Delimitación conceptual y “resituación” de la posibilidad de remunicipalizar en el marco normativo vigente**

Artículo recibido el 21/12/2016; aceptado el 12/01/2017.

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

4. **La necesaria delimitación conceptual de contrato de gestión de servicios públicos y servicios**
5. **Las limitaciones derivadas del derecho europeo de la contratación pública a la posibilidad de “remunicipalizar” los servicios. La desaparición de la posibilidad del rescate como una prerrogativa**
 - 5.1. La equivalencia de prestaciones en las fórmulas de colaboración público-privada: plazos y protección de las inversiones a efectuar
 - 5.2. El rescate de la concesión como opción expropiatoria y no como prerrogativa del contrato administrativo
6. **Epílogo conclusivo**

Resumen

Este estudio pretende analizar los condicionantes jurídicos, desde la óptica del derecho europeo, a la posibilidad de remunicipalizar servicios locales. Lo que exige cierta depuración conceptual que permita delimitar adecuadamente los contornos de la figura y sus límites.

Palabras clave: *remunicipalización; colaboración público-privada; rescate; buena administración; servicio público.*

The remunicipalization of local public services: the necessary clarification of concepts and the legal requirements from the perspective of European Union law

Abstract

This study analyzes the legal requirements, from the perspective of the European Union law, for the remunicipalization of local services. This analysis requires a conceptual clarification in order to adequately determine the scope and limits of this instrument.

Keywords: remunicipalization; public-private partnership; rescue; good administration; public service.

1

El debate sobre la remunicipalización: precisiones iniciales sobre su finalidad

La cuestión de la “remunicipalización”, como mecanismo de *contracting back-in*, se encuentra de actualidad, en tanto existen propuestas en muchos ayuntamientos para iniciar este proceso¹. El debate, sin duda con componentes ideológicos², exige alguna reflexión en torno la problemática jurídica que puede derivarse de estos procesos de “remunicipalización” de servicios públicos locales gestionados de forma indirecta, desde la perspectiva del derecho europeo y, en concreto, de la normativa de contratación pública³. Debate que tiene también por finalidad “testar” el modelo de colaboración público-privada en la prestación de los servicios públicos⁴. 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. 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”⁵.

1. El propio término de “remunicipalización”, ni existe en el Real Diccionario de la Lengua Española ni se contempla en norma alguna. Sin embargo, el término se ha extendido y consolidado.

2. Sobre 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. Debo remitirme a la argumentación y conclusiones de mi trabajo: “Remunicipalización de servicios locales y Derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016, pp. 50-71.

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. G. MARCOU, “La experiencia francesa de financiación privada de infraestructuras y equipamientos”, en A. RUIZ OJEDA y J. GOH (dirs.), *La participación del sector privado en*

El modelo de colaboración con el sector privado (que no se da solo en la gestión indirecta de servicios publicados) permite determinar unas reflexiones previas en torno a la colaboración público-privada, que no siempre es sinónimo de explotación de grandes infraestructuras o servicios⁶:

- a) La colaboración entre sector público y sector privado tiene ventajas presupuestarias, que la hacen muy interesante en épocas de crisis y restricciones presupuestarias, 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)⁷.
- b) El criterio de mayor valor/dinero inherente a estos modelos permite una mayor eficacia-eficiencia en la gestión de los proyectos, con escasas desviaciones o problemas de ejecución, a la vez que por su propio diseño son más adaptables a los cambios derivados en los contratos de larga duración (pero debe garantizarse un adecuado equilibrio de riesgos).
- c) 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

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.

6. 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.

7. 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.

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. Además, puede plantear incertidumbres contables, al tratarse de sistemas de financiación poco transparentes y de difícil fiscalización⁸. 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 carteles empresariales (como en la gestión de residuos)⁹.

8. Resulta de interés la opinión de 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 resultados 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.

9. 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.

En ese contexto, la opción de remunicipalizar y volver a una gestión directa encuentra especial justificación ideológica¹⁰.

Por otra parte, se debe advertir, en todo caso, que el debate sobre la prestación de los servicios públicos locales, en sentido estricto, debe pivotar sobre la esencia de la propia idea y función del servicio público¹¹, 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 actividad¹². Y debe diferenciarse también entre 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, la seguridad social, etc., que no se organizan prioritariamente como actividades económicas, no siéndoles, por tanto, aplicables las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, ni las reglas sobre competencia y ayudas públicas, por no formar parte del mercado interior, y reconociendo el Tratado 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 social¹³.

Como bien ha destacado el profesor J. TORNOS MAS, el concepto jurídico de servicio público es de difícil precisión, pues existen dos concepciones de servicio público: 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

10. Por todos, J. ORTEGA BERNARDO, “El debate sobre la remunicipalización de los servicios públicos: aspectos jurídicos, administrativos y laborales”, *Revista de Información Laboral*, núm. 6/2016, pp. 31-62.

11. 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”.

12. 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.

13. 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).

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 prestaciones¹⁴. Concepto de servicio público que necesariamente debe interpretarse a la luz del derecho europeo¹⁵, 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 Europea¹⁶. Como afirmó J. M. WOEHLING, 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 económico¹⁷. 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. Y es que 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 sociales¹⁸.

14. 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.

15. *Vid.* el trabajo de 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.

16. *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.

17. J. M. WOEHLING, “Reflexions sur le renouveau du service public”, *La Revue Administrative*, núm. 269, 1992, pp. 396-400.

18. 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 prescricional 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,

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 distinto¹⁹.

Por supuesto, toda decisión sobre “remunicipalizar”, como su inversa, exige una adecuada motivación y explicación desde el paradigma de la buena administración. Como bien ha explicado J. PONCE, no es suficiente un motivo político, sino que se exige que la decisión se fundamente desde el derecho a una buena administración. 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 “remunicipaliza”²⁰. 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 adopte²¹. Decisión que, aun con marcado carácter discrecional, como ha señalado este autor, 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

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”, *RAP*, 199, 2016, pp. 253-288.

19. 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 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. Sobre la necesidad de atender a la eficiencia, economía y buena administración en la prestación de servicios locales se ha pronunciado 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”, *ob. cit.*, pp. 173-178.

20. 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.

21. Sobre este principio, *vid.* J. M.^a 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”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, 2011, pp. 91 y ss.

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”²².

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 “remunicipalización”, lo que comporta un vicio de desviación de poder (muy evidente si la decisión pretende una “funcionarización encubierta del personal”)²³. En esos casos, lo que debe hacerse 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”). Por ello, en relación con las retribuciones de los trabajadores 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”.

Por supuesto, la decisión de remunicipalizar deberá ser compatible con las exigencias de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera (ar-

22. 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, pp. 74-75.

23. También J. PONCE apunta la existencia de desviación de poder, y consecuente invalidez, cuando la finalidad del rescate en una “remunicipalización” 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.

título 1 Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera), tal y como se previene en la regulación que sobre esta posibilidad regula la LRBRL²⁴. Así, los procesos de remunicipalización requieren, con carácter previo –como ha explicado en profundidad el profesor F. VILLAR ROJAS, y a cuyas precisas conclusiones me remito–, superar el filtro de las reglas sobre sostenibilidad financiera y estabilidad presupuestaria, solo entonces serán viables. Pero, además de superar esas exigencias, la decisión local sobre la forma de gestión queda condicionada por las preferencias establecidas por el legislador de régimen local, que se basan en aquellos mismos principios. No se trata ya, como lo fue durante mucho tiempo, de una dimensión secundaria, sino que esas reglas son presupuesto de la organización y gestión de los servicios locales²⁵. En este sentido, la decisión de remunicipalizar deberá medir el impacto en las arcas públicas, y garantizar que no suponga incumplimiento de estos requisitos constitucionales y legales. Si se adoptara la decisión de rescatar y ello implicara vulnerar dichas obligaciones jurídicas, la decisión sería inválida por contravenir estos preceptos, y quien adoptó tal decisión, dependiendo de las circunstancias, podría haber cometido una infracción de las tipificadas en el artículo 28 de la Ley estatal 19/2013, de transparencia, acceso a la informa-

24. Es más, el artículo 85.2 indica que “solo podrá hacerse uso de las formas previstas en las letras c) y d) cuando quede acreditado mediante memoria justificativa elaborada al efecto que resultan más sostenibles y eficientes que las formas dispuestas en las letras a) y b), para lo que se deberán tener en cuenta los criterios de rentabilidad económica y recuperación de la inversión. Además, deberá constar en el expediente la memoria justificativa del asesoramiento recibido que se elevará al pleno para su aprobación en donde se incluirán los informes sobre el coste del servicio, así como, el apoyo técnico recibido, que deberán ser publicitados. A estos efectos, se recabará informe del interventor local quien valorará la sostenibilidad financiera de las propuestas planteadas, de conformidad con lo previsto en el artículo 4 de la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera”. Sobre esta cuestión resulta de interés el estudio de J. PONCE, “Crisis económica, deberes jurídicos de eficiencia y economía y derecho administrativo”, en BLASCO, A. (coord.), *El derecho público de la crisis económica. Transparencia y sector público. Hacia un nuevo derecho administrativo*, Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, INAP, 2011, pp. 459 y ss.

25. F. VILLAR ROJAS, “Implicaciones de los principios de sostenibilidad y estabilidad presupuestaria en los modos de gestión de los servicios públicos locales”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016, pp. 96-106. Como concluye este autor, existe la obligación de evaluar toda decisión local, también sobre modos de gestión, a la luz de los principios de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera y de la regla de gasto. Así, la potestad de elegir entre gestión directa e indirecta, con los límites conocidos relativos al ejercicio de autoridad, da paso a la aplicación de reglas determinadas por la ley: preferencia implícita por la gestión indirecta (mediante contrato) y por la financiación por los usuarios (tasas, tarifas); y, en su defecto, por la gestión directa administrativa, también con tasas y tarifas. La gestión directa empresarial aparece como una excepción que requiere de especial justificación.

ción pública y buen gobierno²⁶. Repercusión económico-financiera claramente vinculada también a la solución que se derive del personal que trabaja en la empresa privada que será “asumida” por la Administración²⁷.

El debate, lógicamente, es también de repercusiones ideológicas en torno a la bondad de un modelo de *insourcing*²⁸. Pero un debate jurídico-técnico aconseja alejarse de posturas apriorísticas maximalistas: ni la gestión indirecta en colaboración con el sector privado es siempre más económica o eficiente, ni todos los servicios son más eficientes y sostenibles con gestión directa. Habrá de analizarse supuesto a supuesto. Sin olvidar, como ha señalado J. PONCE, 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 gestión²⁹.

2

El contexto de regulación y del modelo económico como condicionantes de la remunicipalización

Más allá del alcance político y económico del debate instaurado, que enfatiza el valor de la gestión pública –de recuperación de lo público– frente a las tradicionales fórmulas de colaboración público-privadas, parece necesario abordar un análisis jurídico de los procesos de remunicipalización –que se están produciendo o que pretenden llevarse a cabo–, de las consecuencias que arrastran y de los posibles condicionantes derivados del derecho europeo y sus principios reguladores³⁰.

26. 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.

27. 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.

28. 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).

29. 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. 96.

30. Sobre esta nueva visión “remunicipalizadora” puede consultarse el trabajo de H. WOLLMANN, “La experiencia de los ordenamientos europeos: ¿un ‘retorno’ a las gestiones

2.1

Breve referencia a la evolución de la posición de las Administraciones Públicas en el desarrollo de actividad económica

En España, desde el siglo XIX vienen empleándose fórmulas de colaboración público-privada, tanto contractuales como institucionales (Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales)³¹, que han conocido en estos últimos quince años una fuerte expansión (no siempre por motivos ideológicos)³². Y el contrato de gestión de servicios públicos –y el sistema de concesiones– ha conformado un eje de la propia disciplina del derecho administrativo clásico³³.

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, 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”³⁴.

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

públicas/municipales?”, *Cuadernos de Derecho Local (QDL)*, núm. 31, febrero de 2013, pp. 70-80.

31. 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).

32. 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.

33. 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.

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

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 participativo³⁵.

El concepto de servicio público, como técnica de intervención directa en la economía, ha ido evolucionando hacia las condiciones de calidad y regularidad de la prestación, obviando el dato de la titularidad pública (el profesor S. MUÑOZ MACHADO ha abordado con claridad esta cuestión y su concreto significado)³⁶. Así, podemos hablar de Estado regulador³⁷, o incluso de Estado garante (como desde hace ya años insiste J. ESTEVE PARDO)³⁸.

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 la creación de sociedades públicas que actúan en régimen de derecho privado; en lo técnico, a la aceleración tecnológica e industrial; y en lo histórico, a la general apertura a los procesos de internacionalización de las relaciones económicas derivada de la globalización, y cuya manifes-

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

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

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.

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

38. J. ESTEVE PARDO, “La Administración garante. Una aproximación”, *Revista de Administración Pública*, núm. 197, 2015, pp. 11-39.

tación en nuestro entorno geográfico supranacional es la creación del mercado interior europeo.

El resultado final de la regulación de la actividad económica es una compleja interrelación entre regulación y competencia, basada en actuaciones reguladoras –unas de supervisión de la actividad y otras de control o intervención– de carácter vertical y horizontal. Y cualquier decisión política debe coherer con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, la lógica de la mejor satisfacción del interés público. Predomina, por tanto, la visión del Estado garante de servicios públicos de calidad.

Obviamente, la regulación europea, como se verá, tiene importantes consecuencias jurídicas, no solo derivadas del proceso de uniformización jurídica³⁹, sino también del hecho de ser una cuestión que, por su relación con el mercado interior, no es indiferente para las instituciones europeas⁴⁰. Aunque es cierto que no se impone un modelo de “privatización” de gestión.

La Directiva 2014/23, de concesiones, indica que: “La presente Directiva reconoce y reafirma el derecho de los Estados miembros y las autoridades públicas a determinar los medios administrativos que consideren más adecuados para la realización de obras y la prestación de servicios. En concreto, la presente Directiva no debería menoscabar en modo alguno la libertad de los Estados miembros y de las autoridades públicas para realizar obras o prestar servicios directamente al público o para externalizar tal suministro mediante delegación a terceros. Los Estados miembros y las autoridades públicas deberían continuar siendo libres para definir y especificar las características de los servicios que hayan de prestarse, incluidas las eventuales condiciones relativas a la calidad o el precio, de conformidad con el derecho de la Unión, con el fin de lograr sus objetivos de interés público” (cdo. 5). Para advertir que: “Tampoco debe tratar la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios” (cdo. 7).

Sin embargo, como se verá, sí avanza cierta preferencia por las fórmulas de colaboración público-privada, no solo como necesarias para financiar

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

40. 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].

complejas infraestructuras o servicios, sino también como estrategia para incorporar los mejores saberes tecnológicos o de innovación (en ocasiones inaccesibles para un poder público).

La posibilidad de “remunicipalizar” un servicio que se gestiona de forma indirecta, no puede realizarse en estos momentos desde la lógica de la legislación nacional. Los principios y las técnicas o formas de la gestión indirecta de los servicios públicos, deben interpretarse a la luz de las reglas y principios del Tratado de Funcionamiento de la Unión y de la normativa europea reguladora de la contratación pública, que se caracteriza ahora por su clara *vis expansiva*. Y es que el modelo tradicional de la contratación pública, armado sobre la figura del contrato administrativo, que pivota sobre las “prerrogativas administrativas”, debe ceder a favor de las reglas de competencia y del principio de seguridad jurídica en las relaciones contractuales⁴¹. Frente a la idea de *imperium* y unilateralidad de la relación jurídica, respeto al principio de *pacta sunt servanda* y bilateralidad contractual.

2.2

Límites generales y contextualización de la colaboración público-privada en Europa

Un principio clave en el derecho europeo, que condiciona en gran medida cualquier decisión económica de una Administración Pública, es el de 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)⁴². Regla que se ha consagrado en el artículo 135 CE y que presenta una vocación de *golden rule*, una regla de oro de aplicación preferente.

Por ello, el escenario de gestión privada de actividades de titularidad pública (lo será siempre mediante regulación contractual) no resulta ya desde

41. Idea que expone con claridad el trabajo de J. L. MEILÁN 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 G. 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.

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

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 “remunicipalización” mediante rescate de los contratos existentes presentan importantes problemas de encaje con las previsiones legales de disciplina financiera y presupuestaria dentro de las cuales se mueven nuestras Administraciones locales⁴³, desde el punto de vista de las indemnizaciones a satisfacer a las actuales concesionarias.

En segundo lugar, no puede desconocerse que en este ámbito europeo se ha fomentado la “visión” de política económica que pone en valor la cooperación público-privada (no siempre con fines lucrativos), al considerarse que es la que favorece una mejor consolidación del modelo y de los estándares sociales asociados al mismo. La Directiva 2014/23, de concesiones, expresa esta convicción: “La contratación pública desempeña un papel clave en la estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión, de 3 de marzo de 2010, titulada ‘Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador’ (‘la estrategia Europa 2020’), ya que es uno de los instrumentos basados en el mercado destinados a conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y fomentar al mismo tiempo la utilización más eficiente posible de los fondos públicos. En este contexto, los contratos de concesión representan instrumentos importantes para el desarrollo estructural a largo plazo de la infraestructura y los servicios estratégicos, contribuyendo al desarrollo de la competencia en el mercado interior, permitiendo que se aprovechen las competencias del sector privado y contribuyendo a lograr eficiencia y aportar innovación” (cdo. 3).

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

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”⁴⁴.

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) la consecución de mejor eficacia y eficiencia en la actividad privada al aprovechar de forma dinámica los conocimientos y metodologías del sector privado; y c) el nuevo papel del Estado en la prestación de servicios actuando como regulador⁴⁵.

El nuevo paquete legislativo europeo contiene una “novedosa” Directiva de “concesiones” (Directiva 2014/23) que es, sin duda, una de las grandes novedades, especialmente por lo que supone de ampliación del objeto de la regulación comunitaria frente a las prácticas nacionales (así como de depuración conceptual en el ámbito de los servicios públicos)⁴⁶. Normativa que

44. 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. *Vid.* 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 22 de septiembre de 2005.

45. 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. *Vid.* Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El papel del BEI en el ámbito de la colaboración público-privada (CPP) y el impacto en la problemática del crecimiento” (2005/C 234/12), DOUE de 29 de mayo de 2005. M. GARCÉS SANAGUSTÍN 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. *Vid.* “En torno a la colaboración”, en AA. VV., *El futuro de la colaboración del sector privado con el sector público*, AESMIDE/Fundación Areces, Madrid, 2012, p. 52. Igualmente, M. HERNANDO RYDINGS, *La colaboración público privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, Cizur Menor, 2012, pp. 530-532.

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

generó una importante contestación y que exigirá un esfuerzo de transposición⁴⁷. Sin olvidar que esta normativa es, sin duda, estratégica para poder fomentar las inversiones y reactivar adecuadamente la economía en un mercado⁴⁸ donde el riesgo, como se verá, es una de sus notas características (en contratos complejos y de larga duración), y que, por ello, exige un marco jurídico estable y predecible.

El principal objetivo de esta nueva Directiva es aclarar el marco jurídico aplicable a la adjudicación de concesiones, así como delimitar claramente el ámbito de aplicación de dicho marco⁴⁹. Y, por supuesto, incrementar la se-

47. Por ejemplo, el Dictamen del Comité Económico y Social publicado en el Diario Oficial del día 29 de junio de 2012 (C 191/84) es crítico con la propuesta, lo mismo que el Dictamen del Comité de las Regiones publicado en el Diario Oficial el día 13 de septiembre de 2012 (C 277/74); ambos alertan de la complejidad de la regulación, así como de la necesidad de precisar a qué tipo de concesiones afectaría, al ser tan diversa la regulación en los Estados miembros. También el Parlamento Europeo había aprobado una resolución sobre la modernización de la contratación pública, de 25 de octubre de 2011, en la que se afirmaba, con relación a las concesiones de servicios, que “ha de tenerse debidamente en cuenta tanto la complejidad de los procedimientos como las diferencias existentes entre los Estados miembros en materia de cultura y práctica jurídicas con respecto a la concesión de servicios; [...] insiste en que una propuesta de acto legislativo relativo a la concesión de servicios solo estaría justificada si tiene por objeto corregir posibles distorsiones del funcionamiento del mercado interior; resalta que, a día de hoy, no se ha observado ninguna distorsión de este tipo y que un acto legislativo relativo a la concesión de servicios será, por lo tanto, innecesario si no persigue una mejora evidente del funcionamiento del mercado interior”. Como curiosidad, un ejemplo de problemas de traducción fue el Informe del Parlamento Europeo sobre nuevos aspectos de la política de contratación pública, de 10 de mayo de 2010, donde se incurrió en el error de hablar de “servicio de concurso” en lugar de concesiones de servicios públicos.

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

49. Resultan de interés las reflexiones de X. LAZO VITORIA, “El futuro del mercado concesional en Europa”, *CEFLegal*, CEF, núm. 154, noviembre 2013, pp. 137-174. En este trabajo se 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 de 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 VITORIA la necesidad de flexibilizar el concepto de “riesgo operacional sustancial” contenido en la Directiva [“Contratos públicos, concesiones y contratos mixtos. Novedades en las nuevas Directivas de contratación pública”, en AA. VV., *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico Especial (2015), *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 426-430]. Lo que, en mi opinión, no parece sencillo, dado que la nueva normativa comunitaria parece bloquear el concepto, lo que limita (si no excluye) cualquier posibilidad de flexibilización a adaptación.

guridad 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 adjudicación⁵⁰.

3

Delimitación conceptual y “resituación” de la posibilidad de remunicipalizar en el marco normativo vigente

El debate y las posibilidades de la remunicipalización exigen cierta delimitación conceptual de cuándo puede hablarse de remunicipalización como opción a la gestión privatizada de un servicio. Técnicamente solo pueden “remunicipalizarse” aquellas actividades o servicios de titularidad pública (86.2 LRBRL) que se gestionan de forma indirecta. Aunque no es propiamente una “remunicipalización”, puesto que la actividad ha continuado siendo de titularidad pública. Así, las actividades “despublicadas” (como servicios funerarios) y en régimen de competencia necesitarán de norma legal que vuelva a reservar al sector público local dicho servicio. Opción poco plausible, pues la LRSAL (2013) ha optado por impulsar la libre competencia, elevando las exigencias para el ejercicio de una actividad económica por las entidades locales, teniendo en cuenta el impacto que dicha actividad puede tener sobre la libre competencia (la opción es “ajustar” la dimensión del sector público local)⁵¹, y eliminando servicios de la lista de posibles monopolios de las entidades locales, como es el caso del suministro de calefacción, las lonjas y los

50. Interesa sobre el contenido de esta Directiva el trabajo de F. L. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, “La nueva Directiva de concesiones. Un largo viaje con final esperado”, en AA. VV., *Las nuevas Directivas de Contratación Pública*, número monográfico Especial (2015), *Observatorio de los Contratos Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 169-237; así como el de J. PERDIGÓ SOLÀ, “Aproximación a la Directiva 2014/23/UE de Concesiones”, en AA. VV., *Observatorio de los Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 89-121. También, F. BLANCO LÓPEZ, “La Directiva 23/2014 de contratos de concesión. El ‘riesgo operacional’”, *Derecho y Salud*, vol. 24, extraordinario XXIII Congreso 2014, pp. 101-107.

51. Por todos, me remito al estudio de E. MONTOYA MARTÍN, “Medidas de redimensionamiento del sector público instrumental local antes y después de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 36, mayo 2014. Carácter “limitado” del sector público que, como filosofía, se recoge en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

mataderos; y se condiciona la prestación de un servicio en régimen de monopolio al informe previo de la autoridad de competencia⁵².

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 “internalización” de esos servicios y de su asunción (si es necesaria su prestación) por la Administración en cuestión. Y esta opción no podrá utilizarse para “falsear” la competencia, al evitar que una prestación típicamente contractual pueda ser objeto de concurrencia (ni se podrá utilizar de forma indebida la técnica de encargos a medios propios)⁵³. Las técnicas de autoorganización administrativa no pueden ser utilizadas en fraude de ley para excluir determinadas actividades de las reglas de la competencia, ni para eludir las exigencias propias de la iniciativa pública local⁵⁴. Así, una ampliación de objeto de un medio propio ya existente, con intención de asumir la actividad y el personal de una empresa privada que prestaba un servicio a la Administra-

52. Vid. C. LENCE REJA, “La iniciativa económica de las entidades locales y sus implicaciones para la libre competencia”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 170, 2015, pp. 179-214.

53. 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, lo 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, que 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 también, en su caso, multas de carácter simbólico: 50 000 euros a la Diputación, y 15 000 a la empresa pública (no hay multa económica a los ayuntamientos).

54. En este sentido, el Informe 19/2016, de 28 de septiembre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre Delegación por un ayuntamiento a un consorcio de la gestión del servicio de limpieza de las instalaciones municipales, ha advertido sobre la indebida, por extensa, utilización de la técnica de medio propio, y ha concluido que “los servicios como la limpieza de instalaciones municipales, que no constituyen prestaciones de poder público, no pueden ser objeto de relaciones de cooperación entre entidades públicas no sometidas a la normativa de contratación pública”.

ción, puede suponer una restricción ilegal a la competencia y devenir en una declaración de ilegalidad.

La municipalización de servicios es una potestad excepcional que se encuadra en el marco del artículo 128.2 CE⁵⁵: “Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general”⁵⁶. La finalidad de dicho precepto no es otra que la de admitir la posibilidad de que el sector público, cuando por razones de interés general lo considere oportuno, asuma con exclusividad una determinada actividad o servicio, sustrayendo su gestión de manos privadas, tanto en actividades o servicios que se planteen *ex novo*, como si con anterioridad tales actividades o servicios hubieran sido desempeñados o desarrollados por el sector privado. Así ha sido reconocido expresamente en la STC 189/1991, de 3 de octubre, donde se acepta el planteamiento de opción en las reservas al decir que, “aunque no sea una afirmación necesaria, se encuentra dentro de los poderes del legislador”. Por otro lado, es aquí contemplada como mero instrumento jurídico que permite canalizar adecuadamente en términos legales la adopción por el poder público de una decisión interventora de máxima intensidad. Es, en todo caso, una herramienta y no un objetivo en sí mismo.

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

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

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

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

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

Queda abierta la posibilidad de que otras leyes efectúen la reserva de municipalización en favor de los entes locales, teniendo en cuenta que la ley no es libre para reservar al sector público cualquier sector de la actividad, sino solo de aquellos que puedan calificarse como servicios esenciales para la comunidad. Entendido así el artículo 86.2 LRBRL, no existe duplicidad con el artículo 26 de la misma, pues los dos preceptos tienen una finalidad distinta: el primero de ellos, atribuir competencia al municipio para que pueda desarrollar su actividad prestacional en concurrencia con la empresa privada; el segundo, permitir a los entes locales (y no solo al municipio) que excluyan a esta de un sector que, desde que se haga efectiva la reserva, será de la exclusiva titularidad del ente local. Ello es lo que justifica que en el artículo 86.2 se haga referencia a servicios esenciales que están también enumerados en el artículo 26 como servicios obligatorios, y, al contrario, que se definan como servicios esenciales los que no están inscritos en el ámbito de la competencia municipal (como ocurre con la calefacción y el gas). El artículo 86.2 LRBRL es la concreción de la técnica de reservas al sector público del artículo 128 CE.

Desde esta perspectiva (los servicios reservados son servicios públicos), la STS de 24 de octubre de 1989 señala que estos servicios son “[...] una forma de actividad cuya titularidad ha sido reservada en virtud de una ley a la Administración para que esta la reglamente, dirija y gestione, en forma directa o indirecta, y a través de la cual se presta un servicio al público de forma regular y continua”.

Esto significa que la declaración de servicio público del artículo 85.1 LRBRL no debe entenderse como asunción de la titularidad de esa actividad, sino como competencias que son responsabilidad de la Administración local⁵⁷. En suma, el artículo 85.1 LRBRL no opera como reserva al sector local, existiendo solo servicios públicos locales de titularidad municipal en los supuestos del párrafo 3 del artículo 86 LRBRL. Este criterio es el que sigue el Reglamento catalán de obras, actividades y servicios de las entidades locales (Decreto de 13 de junio de 1995), al hablar en su artículo 181

57. J. M.^a GIMENO FELIU, “Los servicios públicos locales”, en A. FANLO (coord.), *Estudio sistemático de la Ley de Administración Local en Aragón*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2000, pp. 321-355.

de “servicios públicos esenciales reservados” cuya gestión puede ser directa o indirecta.

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

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

Es evidente que estamos ante un proceso de progresiva eliminación de actividades sujetas a la prestación en régimen de monopolio, y este proceso ha sido impulsado por las autoridades de competencia con base en los principios europeos sobre regulación de actividades económicas. Por ello, en los procesos de municipalización se exige ahora la intervención de la autoridad de competencia como requisito previo a la ejecución efectiva, en régimen de monopolio, de las actividades previstas en el artículo 86.2 LRBRL⁵⁸.

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

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

Un importante condicionante en cómo se gestionan los servicios públicos locales, y cuál debe ser su marco normativo, se encuentra en el derecho europeo, que obliga a reinterpretar las diferentes formas de gestión indirecta del TRLCSP a la luz del nuevo modelo regulatorio europeo.

Tradicionalmente ha existido un problema de configuración conceptual en la delimitación de concesiones y contratos públicos (especialmente en el ámbito de los servicios) del que se han hecho eco las propias instituciones comunitarias. Así, en los considerandos de la Directiva 2014/23, de concesiones, se advierte que “existe un riesgo de inseguridad jurídica relacionado con las divergentes interpretaciones de los principios del Tratado por los legisladores nacionales y de grandes disparidades entre las legislaciones de los diferentes Estados miembros. Dicho riesgo ha sido confirmado por una amplia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que sin embargo aborda solo en parte determinados aspectos de la adjudicación de contratos de concesión (cdo. 4)”⁵⁹.

La cuestión no es meramente dogmática, sino que resulta de especial interés práctico, en tanto de la incorrecta tipificación de un contrato público pueden alterarse las normas y principios esenciales en una licitación pública⁶⁰.

59. A estos efectos es sumamente ilustrativa la Comunicación Interpretativa de la Comisión de 12 de abril de 2000 (2000/C 121/02), sobre las concesiones en derecho comunitario, en 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 1]. La letra d) del artículo 1 de la misma Directiva define la concesión de obras como un “contrato que presenta los caracteres contemplados en la a), con la salvedad de que la contrapartida de las obras consista, o bien únicamente en el derecho a explotar la obra, o bien en dicho derecho acompañado de un precio”. Resulta de esta definición que la principal característica distintiva del concepto de concesión de obras es que otorga el derecho de explotación de la obra como contrapartida de la construcción de la misma; este derecho de explotación puede también estar acompañado de un precio. *Vid.* L. MIGUEZ MACHO, “Fórmulas de colaboración público-privada contractual y crisis financiera del sector público”, en AA. VV., *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas, Cizur Menor, 2014, pp. 172-182.

60. *Vid.* J. M.^a 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.^a RAZQUIN LIZARRAGA, “El contrato de gestión de servicios públicos: la necesaria recon-

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*)⁶¹. En ausencia de transferencia de riesgos nos encontramos ante un contrato de servicios, tal y como sucede con el concierto, que viene a ser un contrato de servicios⁶².

ducción 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, ibídem, "Contratos de gestión de servicios públicos y recursos especiales en materia de contratación (presente y propuestas de reforma)", *REDA*, núm. 161, 2014, pp. 37-74.

Sobre esta cuestión pueden verse los trabajos de M. Á. 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.

61. 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). 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) y el Tribunal de Contratación Pública de Madrid (Resolución 48/2014, de 19 de marzo).

62. 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

Aquí radica la principal novedad de esta Directiva, que decide regular de forma autónoma la cuestión de las concesiones. Y así se expresa ahora de forma clara el artículo 5.1 de la Directiva, al referirse a la “concesión de servicios” como “un contrato a título oneroso celebrado por escrito, en virtud del cual uno o más poderes o entidades adjudicadores confían la prestación y la gestión de servicios distintos de la ejecución de las obras contempladas en la letra a) a uno o más operadores económicos, cuya contrapartida es bien el derecho a explotar los servicios objeto del contrato únicamente, o este mismo derecho en conjunción con un pago”. Añadiendo que se considerará que el concesionario asume un riesgo operacional 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, que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdénable. Idéntica definición, pero para las obras, incorpora para definir el contrato de concesión de obras.

Como se ve, esta normativa incide como nota esencial en el dato del riesgo operacional, que deberá ser compatible con el principio de equilibrio económico del contrato⁶³. En ella se deja claro qué tipos de riesgo se con-

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”.

63. La doctrina ha explicado las singularidades del equilibrio económico en los contratos administrativos, así como las técnicas de compensación en las figuras del *ius variandi*, el *factum principis* y el riesgo imprevisible. Sirva el recordatorio a la obra clásica de G. ARIÑO, *Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, IEA, Madrid, 1968, así como el reciente trabajo de J. PUNZÓN MORALEDA y F. SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, “El equilibrio económico de los contratos públicos”, en AA. VV., *Observatorio de Contratos*

sideran operacionales y en qué consiste el riesgo significativo (considerando 11 y art. 5)⁶⁴. Como recuerda el considerando 20 de la Directiva:

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

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 Uría 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.

64. 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. Esta fórmula no solo se separa de la jurisprudencia comunitaria (por todas, STJ de 22 de diciembre de 2012, *Mehiläinen Oy*, C-215/09, apartado 47) y de la Propuesta de Directiva (que optaba por aplicar sus disposiciones a la parte del contrato que constituyera una concesión, *ex art.* 18.4), sino que además difiere de la prevista en la Directiva 2014/24/UE (art. 3.4).

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 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)⁶⁵.

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 corre⁶⁶. Obviamente, no resulta razonable exigir

65. 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)”.

66. 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

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)⁶⁷.

El riesgo de explotación económica del servicio o de la obra (riesgo operacional) debe entenderse como el riesgo de exposición a las incertidumbres del mercado que puede traducirse en el riesgo de enfrentarse a la competencia de otros operadores, el riesgo de un desajuste entre la oferta y la demanda de los servicios, el riesgo de insolvencia de los deudores de los precios por los servicios prestados, el riesgo de que los ingresos no cubran íntegramente los gastos de explotación o incluso el riesgo de responsabilidad por un perjuicio causado por una irregularidad en la prestación del servicio. Así, riesgos como los vinculados a una mala gestión, o a errores de apreciación del operador económico, no son determinantes a efectos de calificar un contrato como contrato público o como concesión de servicios, puesto que tales riesgos, en efecto, son inherentes a cualquier contrato, ya se trate de un contrato público de servicios o de una concesión de servicios⁶⁸. Pero tampoco puede olvidarse, como bien ha indicado M. Á. BERNAL BLAY, que aplicar con rigor el principio de riesgo y ventura en las concesiones administrativas generaría más problemas, imposibilitaría en muchas ocasiones

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.

67. 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 período o en relación a determinadas circunstancias” (Informe 69/09, de 23 de julio de 2010).

68. 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*, 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).

garantizar una prestación continuada y regular de los servicios públicos⁶⁹. 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). Estaríamos, en palabras de G. MARCOU, ante supuesto de deuda pública disfrazada⁷⁰.

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 concesiones⁷¹. 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 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 sea la concesión y no la gestión interesada, ni el concierto⁷². Lo que no supone negar ni la acción concertada ni la decisión or-

69. “Situación desalentadora” es, como califica M. Á. BERNAL BLAY, las consecuencias de la severidad en su exigencia (*El contrato de concesión de obras públicas...*, ob. cit., pág. 272).

70. 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 Cívitas, Madrid, 2000, p. 57.

71. 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”.

72. 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

ganizativa de crear empresas mixtas, sino solamente aclarar que estas técnicas no permiten eludir las reglas de contratación pública derivada de las directivas.

Esta delimitación de conceptos es importante, pues no pueden confundirse la figura del contrato de 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 europea⁷³.

El Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público ha optado por incorporar la definición del contrato servicios conforme al derecho de la Unión Europea. Así, se incluye la concesión de servicios, que se caracteriza (como la concesión de obras públicas) por la existencia de riesgo. Lo que supone que ya no hay contrato de gestión de servicios públicos y que se

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”.

73. 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 uniformar 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.

eliminan (mejor, se transforman) las figuras del concierto y de la gestión interesada⁷⁴. Se prevé que exista un régimen especial para los servicios dirigidos a ciudadanos: educativos, sociales, sanitarios, ya desvinculado de la idea formal del contrato de gestión de servicios públicos, pero preservando las notas de regularidad, continuidad, calidad y neutralidad en la prestación de estos servicios esenciales.

Esta opción ha sido cuestionada por el Consejo de Estado en su Dictamen 1281/2015, de 10 de marzo de 2016, al Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector Público, en tanto considera que no asegura un régimen adecuado para garantizar los principios de igualdad, universalidad y continuidad de los servicios públicos o de interés general⁷⁵. Sin embargo, en la práctica no hay una desmaterialización de la idea del servicio público, sino un ajuste técnico de categorías conceptuales. Una actividad calificada como servicio público podrá ser prestada con transferencia de riesgos (concesión) o como contrato de servicios, sin que deba existir diferencia en el régimen de prestación al ciudadano ni en la utilización de prerrogativas⁷⁶.

5

Las limitaciones derivadas del derecho europeo de la contratación pública a la posibilidad de “remunicipalizar” los servicios. La desaparición de la posibilidad del rescate como una prerrogativa

Analizados los aspectos prácticos de una eventual “reasunción” de servicios por una entidad local –y utilizando los conceptos europeos de la contratación

74. 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.

75. En este punto el Consejo de Estado viene a asumir la tesis defendida y argumentada por J. L. MARTÍNEZ-ALONSO CAMPS en sus alegaciones presentadas y concretadas en su trabajo: “Modificación de la Ley de Contratos del Sector Público y gestión de servicios públicos locales: propuestas y alternativas”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 40, octubre 2015. También F. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ propone reajustar la categoría del contrato de gestión de servicios públicos y mantener el modelo de conciertos (“La controvertida supresión del contrato de gestión de servicios públicos”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 60, 2016, pp. 50-57).

76. Resulta de especial interés el Informe 2/2014, de 22 de enero, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, sobre “Calificación de los contratos asistenciales sanitarios y sociales. El riesgo asumido por el contratista como elemento clave para la calificación de un contrato como gestión de servicio público. Posibilidad de incorporar cláusulas propias del régimen jurídico del contrato de gestión de servicio público a los pliegos que han de regir la ejecución de un contrato de servicios”.

pública–, procede examinar en qué medida la normativa europea puede condicionar esta posibilidad de “remunicipalización” de contratos existentes.

5.1

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

En este marco de preservar la seguridad jurídica y favorecer inversiones del sector privado, el plazo es un elemento esencial, que debe ser ajustado al reparto de riesgos y que no puede favorecer de forma desproporcionada al concesionario por excesiva duración, pues –además de ayuda estatal ilegal conforme a las previsiones del artículo 107 TFUE– puede implicar una retribución indebida (en más). Esta es una cuestión en la que la Directiva 2014/23 insiste, de tal manera que se fija un plazo orientativo de cinco años, que solo podrá ser mayor respetando la regla de que “la duración máxima de la concesión no podrá exceder el tiempo que se calcule razonable para que el concesionario recupere las inversiones realizadas para la explotación de las obras o servicios, junto con un rendimiento sobre el capital invertido, teniendo en cuenta las inversiones necesarias para alcanzar los objetivos contractuales específicos” (artículo 18). Este plazo se explica en el considerando 52 de la Directiva, de la siguiente manera: “La duración de una concesión debe limitarse para evitar el cierre del mercado y la restricción de la competencia. Además, las concesiones de muy larga duración pueden dar lugar al cierre del mercado, obstaculizando así la libre circulación de servicios y la libertad de establecimiento. Ahora bien, tal duración puede estar justificada si resulta indispensable para permitir que el concesionario recupere las inversiones previstas para la ejecución de la concesión y obtenga además un beneficio sobre el capital invertido. Por lo tanto, para las concesiones de duración superior a cinco años la duración ha de estar limitada al período en el que resulte razonablemente previsible que el concesionario

pueda recuperar las inversiones realizadas para explotar las obras y servicios, más un beneficio sobre el capital invertido en condiciones normales de explotación, teniendo en cuenta los objetivos 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 reequilibrio económico, la normativa española (ahora también la europea) prevé la denominada responsabilidad patrimonial administrativa (RPA), cuando “fracasa” anticipadamente la concesión, que se comporta como un elemento de seguridad importante, que funciona como “efecto llamada en los inversionistas” al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión⁷⁷. 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)⁷⁸.

77. 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.

78. 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*

Si fuera resolución imputable a la Administración –como es el caso de una decisión de “remunicipalización”–, 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 prin-

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.

cipio del derecho privado *rebus sic stantibus intellegitur* (junto a la técnica del equilibrio financiero del contrato para preservar el cumplimiento en condiciones de equivalencia) y para supuestos de resolución, la RPA. En consecuencia, en todo contrato, con independencia de su naturaleza jurídica, se ha de procurar que las prestaciones que las partes se obligan a dar, entregar o recibir resulten equivalentes desde el punto de vista económico⁷⁹. Así, si se rescata una concesión, deberá indemnizarse conforme al sistema de RPA que se contiene en el actual TRLCSP.

5.2

El rescate de la concesión como opción expropiatoria y no como prerrogativa del contrato administrativo

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

El rescate es una de las causas de resolución del contrato de gestión de los servicios públicos a la que podrá acudir la Administración Pública, cuando concurren razones de interés público y para gestionar directamente el servicio⁸⁰. Son notas características del rescate en nuestra legislación las siguientes: a) es una forma de terminación de ciertos contratos y concesiones; b) es una forma de terminación anormal, frente a la forma normal de extinción

79. 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 implícita, 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).

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

de los contratos, que es su cumplimiento, y de las concesiones, que es el transcurso del plazo; c) es una forma de terminación anticipada, pues pone fin a la relación contractual o concesional antes de llegarse al plazo o fecha prevista para su finalización; d) no tiene carácter sancionador, pues no penaliza ningún incumplimiento del contratista o concesionario; y e) su fundamento último es la protección del interés público que preside la actuación administrativa que determinó el otorgamiento de la concesión o el contrato, de modo que solo el interés público puede legitimar el rescate.

La potestad de rescatar un servicio público local es, aparentemente, una potestad discrecional, en tanto que solo exige constatar –y justificar– el concurso de un interés público, cuya satisfacción exige extinguir la concesión⁸¹. Lo que no sucede, como bien advirtiera J. MESTRE DELGADO, cuando los motivos que se invocan son exclusivamente económicos y, en particular, en los de subrogarse en una explotación lucrativa⁸².

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

- a) El valor de las obras por el plazo pendiente de amortizar (compensación de amortización).
- b) La pérdida de beneficios empresariales por referencia a las anualidades que restan para completar el plazo de concesión (compensación industrial)⁸³.

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

81. 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).

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

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

del procedimiento administrativo contenida en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

Esta posibilidad legal de iniciar un procedimiento de rescate debería valorar, además de un mejor cumplimiento de la prestación, los costes económicos derivados de tal operación en los conceptos de compensación industrial y compensación de amortización y de pérdida de fondo de comercio (y también, como 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 advirtiera hace tiempo MESTRE DELGADO, una detallada justificación. Los contratos de concesión de servicios públicos suelen ser contratos complejos y de larga duración, en los que los costes indemnizatorios se presumen muy importantes (y pueden conllevar problemas de “reputación” de la empresa, que no pueden ser minusvalorados). Además, las consecuencias jurídico-laborales de una extinción anticipada –con obligación de subrogación del personal– pueden hacer inviable financieramente tal operación. Por ello, el Gobierno local, valorando los distintos aspectos jurídicos y económicos, es quien deberá decidir si procede ese rescate y la consecuente explotación directa del servicio, o si, por el contrario, ante las deficiencias de ejecución, prefiere mejorar la relación jurídica prestacional de otra forma.

El rescate es, por tanto, una causa de resolución del contrato, no por incumplimiento contractual imputable al contratista, sino basada en una causa de interés público (Dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, núm. 604/2011, de 2 de noviembre de 2011). Llevando, por otra parte, aparejadas dos consecuencias: la necesaria gestión directa del servicio por el ayuntamiento, y la obligación de indemnizar al contratista, ya que se le ve privado, sin causa a él imputable, de un beneficio al que tiene derecho por resultar en su día adjudicatario de un contrato administrativo⁸⁴. En definitiva, no puede solicitarse un rescate por incumplimiento del concesionario⁸⁵. Y un rescate, como “expropiación” del título habilitante, exige siempre compensación económica.

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

85. 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.

Esta opción del rescate, entendida como una prerrogativa administrativa, en mi opinión, queda condicionada (si no eliminada, tal y como se viene entendiendo) por la nueva regulación sobre resolución que se contiene en la Directiva 2014/23, de concesiones. Es cierto que la normativa europea admite la gestión directa de servicios. Y que esta reasunción puede realizarse extinguido el plazo de explotación de la concesión (es, en definitiva, una decisión organizativa, competencia de los Estados).

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

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

Artículo 44. Resolución de concesiones

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

- a) que una modificación de la concesión suponga una nueva adjudicación, de conformidad con el artículo 43;*
- b) que el contratante se encuentre, en el momento de la adjudicación del contrato, en una de las situaciones contempladas en el artículo 38, apartado 4, y, por lo tanto, hubiere debido ser excluido del procedimiento de adjudicación de la concesión;*
- c) que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictamine, en un procedimiento conforme con el artículo 258 del TFUE, que un Estado miembro ha incumplido sus obligaciones con arreglo a los tratados debido a que un poder adjudicador o entidad adjudicadora de dicho Estado miembro ha adjudicado una concesión sin ajustarse a las obligaciones que le imponen los tratados o la presente Directiva.*

De este precepto, en tanto establece un listado cerrado, se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador⁸⁶.

⁸⁶. Vid. J. M.^a GIMENO FELIU, “Remunicipalización de servicios locales y derecho comunitario”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 58/59, 2016,

Prima la idea de seguridad jurídica y de respeto al principio *pacta sunt servanda*. Y no debe sorprender, pues en el derecho de la contratación pública la doctrina del TJUE no ha admitido como justificación tal interés público para validar la corrección de la potestad del *ius variandi*⁸⁷. Sirve de ejemplo la Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 31 de enero de 2013 (Asunto T 235/11), que enjuicia un recurso del Reino de España, que recuerda que, “si la entidad adjudicadora estuviera autorizada para modificar a su arbitrio, durante la fase de ejecución del contrato, las propias condiciones de licitación, sin que las disposiciones pertinentes aplicables contengan una habilitación expresa en tal sentido, los términos de la adjudicación del contrato, tal como se estipularon inicialmente, resultarían desnaturalizados”. Es decir, que no existe una prerrogativa unilateral en la ejecución de contratos. Es más, se exigen dos requisitos muy importantes: a) que las disposiciones que autorizan excepciones a las normas que pretenden garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por el Tratado en el sector de los contratos públicos de obras deben ser objeto de una interpretación estricta; y b) que un Estado miembro no puede invocar disposiciones, prácticas ni circunstancias de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho de la Unión (véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de octubre de 2011, Comisión/Grecia, C-601/10). Estos límites resultan de directa aplicación a la posibilidad de resolución anticipada por voluntad de la Administración, pues se desnaturaliza la filosofía del régimen de contratación en el ámbito de las concesiones, donde no tiene cobertura, con la extensión hasta ahora utilizada, de las prerrogativas públicas exorbitantes.

Esta regulación europea ha desplazado desde el 19 de abril de 2016 a la legislación nacional, al ser una cuestión que despliega efecto directo, en tanto clara, precisa e incondicionada⁸⁸. Y así lo han considerado también el

pp. 50-71. 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.

87. 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. GALLEGRO 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.

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

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). Por ello, es una previsión de obligada aplicación por los operadores jurídicos, en tanto, en palabras de R. ALONSO GARCÍA, es necesaria una interpretación de la norma nacional conforme al derecho europeo⁸⁹. Y, como norma de obligado cumplimiento, será parámetro de control por parte de los órganos administrativos de recursos contractuales y la jurisdicción contencioso-administrativa⁹⁰.

autoridades públicas, administrativas o judiciales, las cuales vendrán obligadas a salvaguardar esos derechos y esas obligaciones. Este efecto directo fue consagrado por el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Van Gend en Loos* de 5 de febrero de 1963, en la que declara que el derecho europeo no solo genera obligaciones para los Estados miembros, sino también derechos para los particulares. En las sentencias de los asuntos *Ratti* (5 de abril de 1979) y *Ursula Becker* (19 de enero de 1982) se sistematiza esta doctrina, que podemos sintetizar en los siguientes requisitos: a) que el Estado miembro haya incumplido su deber de transposición, bien porque no haya dictado en plazo la norma de transposición, bien porque la haya dictado pero su contenido no respete el mandato de la Directiva; b) que el precepto de la Directiva contenga un mandato preciso, claro e incondicionado; c) que el precepto suponga el reconocimiento a los particulares de un derecho frente a los poderes públicos (efecto directo vertical ascendente). Es decir, se ha reconocido el efecto directo vertical pero no el inverso, esto es, la Directiva no puede generar obligaciones para los particulares, de modo que el Estado no puede exigir las obligaciones que se derivan de la norma a los particulares. Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo: “El efecto directo de las nuevas Directivas comunitarias sobre la contratación pública. Consecuencias prácticas de la falta de transposición de las Directivas por el Estado español”, Papeles de Derecho Europeo e Integración Regional, WP IDEIR núm. 30 (2016), Cátedra Jean Monnet-prof. Ricardo Alonso García. Con la colaboración del proyecto Erasmus+ y del Instituto de Derecho Europeo e Integración Regional. La Revista *Contratación Administrativa Práctica* núm. 143, 2016, es un número especial que contiene interesantes colaboraciones sobre el efecto directo de las directivas de contratación pública.

⁸⁹. 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.

⁹⁰. 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 se 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, págs. 9-38).

El interés público –al igual que sucede con la modificación contractual– ya no es título jurídico suficiente para ejercer potestades sobre el contrato. Los ejes de la regulación europea no son las prerrogativas públicas, sino preservar el derecho de la competencia entre operadores y respetar el principio de seguridad jurídica que obliga a estar a lo pactado. Máxime en un sector donde las inversiones del sector privado son tan necesarias. No significa que no pueda rescatarse si existe un claro interés público. Pero el rescate, como tal, es ya expropiación forzosa y no privilegio contractual, y deberá sustanciarse conforme a las reglas y los principios de esta potestad⁹¹.

Además, la decisión de rescatar podrá ser controlada –en tanto cuestión contractual– por los órganos de recursos contractuales competentes, pues tras el 18 de abril de 2016 se amplía el ámbito del recurso especial a estas cuestiones (deja de ser un recurso precontractual). Y al ser norma de contenido procesal, se aplicará la regla vigente al momento de dictar el acto (en este caso, de resolución)⁹². Así, junto a la posibilidad de suspensión de la decisión –lo más probable, desde la lógica de funcionamiento del recurso especial–, el tribunal administrativo podrá valorar si el rescate –como fórmula de resolución– resulta conforme a las nuevas exigencias de la concesión.

La opción de rescate de concesiones debe, en definitiva, reinterpretarse 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)⁹³.

91. 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.

92. La diferencia entre normas sustantivas y procesales respecto al régimen transitorio de la aplicabilidad de las nuevas normas es, por lo demás, clásica en nuestro ordenamiento jurídico, como convincentemente razona la recurrente, desde la Transitoria cuarta del Código Civil, siguiendo con las Transitorias de la LEC y de la LJCA. El Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de noviembre de 2012 (recurso 1085/2011), ha admitido 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”).

93. 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.

6

Epílogo conclusivo

Procede, a modo de epílogo, presentar una serie de reflexiones conclusivas sobre los condicionantes y las posibilidades de la remunicipalización de servicios públicos locales.

Una idea previa es 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. Y cualquier decisión política debe coherer con los distintos principios regulatorios y, por supuesto, la lógica de la mejor satisfacción del interés público y del derecho a una buena administración. Por otra parte, en tanto en los procesos de municipalización se limita la regla de la competencia, se exige ahora la intervención de la autoridad de competencia como requisito previo a la ejecución efectiva en régimen de monopolio de las actividades previstas en el artículo 86.2 LRBRL⁹⁴.

94. 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 LRBRL, 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 señalan 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”.

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 mercado⁹⁵. En ese contexto, como ha indicado J. PONCE, 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 remunicipalización 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 sentido⁹⁶.

La municipalización es una potestad excepcional (*ex* artículo 128.2 CE) vinculada a la reserva (publicación) del servicio, que se podrá prestar en régimen de monopolio o mediante gestión indirecta. La declaración de servicio público del artículo 85.1 LRBRL no debe entenderse como asunción de la titularidad de esa actividad, sino como competencias que son responsabilidad de la Administración local. En consecuencia, solo pueden “remu-

95. Un ejemplo de tales consideraciones lo encontramos en el informe de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía n.º I 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_I_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”.

96. 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. 101.

nicipalizarse” aquellas actividades o servicios de titularidad pública (86.2 LRBR) que se gestionan de forma indirecta. Esta opción, técnicamente, no es una “remunicipalización”, puesto que la actividad ha continuado siendo de titularidad pública. Así, las actividades efectivamente “despublicadas” (como servicios funerarios, o lonjas, por ejemplo) y en régimen de competencia, necesitarán de norma legal que vuelva a reservar al sector público local dicho servicio. Por otra parte, si la actividad no es un contrato de servicios públicos, sino que su objeto es típico de una relación de servicios, obviamente, tampoco podrá hablarse de remunicipalización, sino de no “externalización” o “internalización” de esos servicios, y de su asunción (si es necesaria su prestación), como competencia propia, por la Administración en cuestión. Y esta opción no podrá utilizarse para “falsear” la competencia, al evitar que una prestación típicamente contractual pueda ser objeto de concurrencia (ni se podrá utilizar de forma indebida la técnica de encargos a medios propios).

La opción de remunicipalizar encuentra importantes condicionantes en el derecho europeo (en especial, de contratación pública) que no se pueden desconocer. 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, y 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, que funciona como “efecto llamada en los inversionistas”, al garantizar parte del negocio más allá del riesgo lógico de la gestión de la concesión. La RPA se comporta como un elemento de aseguramiento de ciertos riesgos, pero no puede ser regulada o configurada de modo absoluto, pues se diluiría el elemento del riesgo operacional.

No puede desconocerse que en este ámbito europeo se ha fomentado la “visión” de política económica que pone en valor la cooperación público-privada (no siempre con fines lucrativos), al considerarse que es la que favorece

una mejor consolidación del modelo y de los estándares sociales asociados al mismo (cdo. 3 de la Directiva 2014/23). La colaboración público-privada se refiere, en general, a las diferentes formas de cooperación entre las autoridades públicas y 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, y c) nuevo papel del Estado en la prestación de servicios, actuando como regulador.

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). Y allí existe un límite relativo a la resolución del contrato que será un elemento de control (artículo 44). De este precepto se infiere una clara limitación a la posibilidad de resolver anticipadamente concesiones de obras o servicios, pues deja de ser una prerrogativa del poder adjudicador. Prima la idea de seguridad jurídica y de respeto al principio *pacta sunt servanda*. Y ello porque la relación jurídica concesional no puede interpretarse desde la lógica de la prerrogativa del interés público. La potestad de resolver anticipadamente, al igual que sucede con el *ius variandi*, queda constreñida al respeto de ciertas reglas, y se escapa de la posibilidad de resolver anticipadamente por motivos de oportunidad o discrecionales del contrato.

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

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

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

En todo caso, la decisión de remunicipalizar, como bien advierte J. PONCE, 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 público⁹⁷. 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 expropiatoria, y no ya de un poder contractual. Así, solo cuando se cumplan los requisitos de la normativa expropiatoria, y siempre previo pago de indemnización completa, 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 incluir los

97. 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.

conceptos de compensación industrial y compensación de amortización y de pérdida de fondo de comercio.

Por supuesto, 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 no lo será nunca el fin de “estabilizar” a la plantilla laboral de esas empresas, pues tal objetivo resulta ajeno a la eficiencia como causa válida de la operación de “reasunción” de la gestión. 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).

Finalmente, la técnica de remunicipalización 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. 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 rescate presentan importantes problemas de encaje con las previsiones legales de disciplina financiera y presupuestaria dentro de las cuales se mueven nuestras Administraciones locales.

En definitiva, la remunicipalización exige, más allá de las personales posiciones ideológicas, 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.